

marzec–kwiecień

3–4/2014



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej



Adw. Mieczysław Ettinger:

Cechami charakterystycznymi idealnego adwokata są: szlachetność, brak wyrachowania, wszechstronna wiedza, szacunek i życzliwość w stosunku do kolegów, bezwzględna lojalność, wysokie wyrobienie społeczne, brak lęku i niezależność.

Doświadczony, stary adwokat udziela rad młodemu adwokatowi:

Przemaszajcie w sądzie jak najdłużej. Im dłużej będziecie, Kolego, przemaszać, tym dłużej wasz klient będzie na wolności.

Zadawanie właściwych pytań wymaga tyle samo umiejętności, co dawanie właściwych odpowiedzi.

(Do druku przekazała adw. Maria Zuchowicz)



marzec–kwiecień

3–4/2014

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 LIX nr 675–676



Naczelna Rada Adwokacka

Wydaje
Naczelna Rada Adwokacka
Warszawa

Redaktor Naczelny:
Czesław Jaworski

Kolegium:
Zbigniew Banaszczyk
Antoni Bojańczyk
Lech Gardocki
Jan Kuklewicz
Andrzej Mączyński
Marek Antoni Nowicki
Lech K. Paprzycki
Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski
Adam Redzik
Stanisław Rymar
Piotr Sendecki
Ewa Stawicka
Andrzej Tomaszek
Andrzej Warfołomiejew
Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz
Małgorzata Wrzołek-Romańczuk
Stanisław Zabłocki

Członkowie zagraniczni:
Stanislav Balík
Erik Luna
Frank Meyer
Mykhailo Petriv
Philippe Sands
Stephen C. Thaman

Redaktor techniczny:
Hanna Bernaszuk

Projekt okładki:
Krzysztof Ciesielski

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

Wykonanie: Agencja Wydawnicza MakPrint
www.makprint.pl

Ark. wyd.: 24,2. Papier: III Offset, 80 g
Nakład: 14 800 egz.

ISSN 0031-0344
indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe

„Palestra” znajduje się wykazie czasopism naukowych
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Spis treści

Jubileusze „Palestry”

Czesław Jaworski, adwokat, redaktor naczelny „Palestry” (Warszawa),

Adam Redzik, adwokat, dr hab. UW (Warszawa)

Od „czasopisma poświęconego obronie prawa” do „pisma Adwokatury Polskiej” 7

Uchwała Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 25 lutego 2014 r. nr 20/2014 . 14

Anzelm Lutwak, adwokat, redaktor „Palestry” (Lwów)

Przedmowa do zeszytu 1 „Palestry” z 1 marca 1910 r. 16

Stanisław Car, adwokat, redaktor „Palestry” (Warszawa)

Przedmowa do zeszytu 1 „Palestry” z 1 marca 1924 r. 21

Komitet Redakcyjny (Warszawa)

Przedmowa do zeszytu 1 „Palestry” z 1957 r. 25

* * *

Andrzej Sacher, ks., dr, Sąd Metropolitalny (Katowice)

Zarys procedury kanonizacyjnej na przykładzie procesu kanonizacyjnego
bł. Jana Pawła II 26

Ewa Stawicka, adwokat (Warszawa)

Rzymska róża 33

Andrzej Michałowski, adwokat (Warszawa)

Niech nadal ufa żywym 36

Piotr Kardas, adwokat, dr hab., prof. UJ (Kraków)

Etyczne i proceduralne determinanty pełnienia funkcji sędziego, obrońcy
i oskarżyciela w kontrydiktoryjnym procesie karnym 40

Marta Kolendowska-Matejczuk, adwokat, dr, adiunkt EWSPiA (Warszawa)

Ustanawianie obrońcy z urzędu w ramach tzw. prawa ubogich w procedurze
karnej. Uwagi w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 30/11
oraz zmian prawa, jakie mają wejść w życie z dniem 1 lipca 2015 r. 53

Anna Golonka, dr, adiunkt URz (Rzeszów)

Stan silnego wzburzenia jako znamię zabójstwa typu uprzywilejowanego czy
okoliczność wpływająca na zmniejszenie poczytalności sprawcy przestępstwa? . 65

Rafał Teluk , prokurator Prokuratury Apelacyjnej, doktorant UMCS (Rzeszów–Lublin)	
Wyłączenie jawności rozprawy wobec osób objętych programem ochrony ...	76
Marek Antoni Nowicki , adwokat (Warszawa)	
Prawo cudzoziemców do skutecznej ochrony prawnej w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	82
Grzegorz Szklarski , adwokat, doktorant UJ (Kraków)	
Zakres podstawy skargi konstytucyjnej na gruncie Konstytucji RP	96
Michał Białkowski , aplikant adwokacki, doktorant UAM (Szczecin–Poznań)	
Dowód <i>prima facie</i> w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem	115
Leszek Piechnik , dr (Warszawa)	
Umowa tzw. leasingu operacyjnego wykształcona w krajowej praktyce obrotu gospodarczego	126
Mariusz Lewandowski , adwokat, doktorant UMK (Toruń)	
Ochrona pracownika przed dyskryminacją w polskim prawie pracy	137
Piotr Sendeki , adwokat (Lublin)	
Seidlerowskie antynomie – w stulecie urodzin profesora	154

Adwokatura dziś i jutro

Radosław Baszuk , adwokat (Warszawa)	
Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym	168
Jerzy Naumann , adwokat (Warszawa)	
Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym – uwagi polemiczne	174

Ważne dla praktyki

Piotr Kulik , adwokat (Warszawa)	
Postępowanie podatkowe – początek i koniec zawsze w terminie 5 lat	179

Punkty widzenia

Michał Makowski , adwokat (Piaseczno)	
Wejście w porozumienie na szkodę zamawiającego – (de)penalizacja zmów przetargowych w systemie zamówień publicznych	185
Piotr Kociubiński , adwokat, dr, PSW (Biała Podlaska)	
Wtórna niekonstytucyjność poprawek, czyli dlaczego adwokaci są „gorszym” zawodem prawniczym od radców prawnych	200

Głosy

Józef Wójcikiewicz , prof. dr hab. UJ (Kraków)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9 lipca 2013 r., III KK 92/13	204

Damian Tokarczyk , apl. adw. (Warszawa)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2012 r., IV KK 42/12	209
Przemysław Mogielka , adwokat, doktorant WSzB (Gdańsk)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/2011	215

Najnowsze orzecznictwo

Zbigniew Strus , sędzia SN w st. spocz. (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa i postępowania cywilnego	226
Zbigniew Szonert dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego	231
Waldemar Gujski , adwokat (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach prawa pracy	236
Michał Jackowski , adwokat, dr (Poznań)	
Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (listopad 2013–styczeń 2014).	
Prawo małżeńskie w orzecznictwie TK	242

Z wokandy Luksemburga

Tomasz T. Koncewicz , adwokat, dr hab., prof. UG (Gdańsk),	
Anna Podolska , apl. adw., doktorantka UG (Gdańsk)	
Karta Praw Podstawowych w sądach polskich. Młt, marzenie czy rzeczywistość?	247

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka , adwokat (Warszawa)	
Czy podmiot odpowiedzialny za szkodę zawsze może skutecznie powołać się, w celu uniknięcia bądź zmniejszenia rozmiaru swej odpowiedzialności, na tzw. przyczynę rezerwową, czyli taką okoliczność, która spowodowałaby powstanie uszczerbku niezależnie od zachowania owego podmiotu?	258

Pytanie o obronę

Antoni Bojańczyk , adwokat, dr hab., prof. UW (Warszawa)	
Obrońca a nowelizacja procedury karnej: czy nowela zmienia rolę procesową obrońcy w postępowaniu przygotowawczym?	261

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski (Warszawa)	
Ryzykowny manewr wyprzedzania przyczyną wypadku	271

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek , adwokat (Warszawa)	
Torebka Charlotty	277

Po lekturze	
<i>Andrzej Bąkowski</i> , adwokat (Warszawa) Pierwszy zeszyt jubileuszowy „Palestry” z 1988 r.	281
Procesy artystyczne	
<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków) Zbrodnia i konsternacja (cz. 4). Kres bezwolnej wolności	285
Recenzje i noty recenzyjne	
<i>Prawnicy i dziennikarze – współpraca, rywalizacja, manipulacja</i> , red. Elżbieta Łojko <i>Hanna Gajewska-Kraczkowska</i> , dr, UW (Warszawa)	293
Kronika adwokatury	
Z posiedzeń Prezydium NRA	296
Muzyka integruje. Jeszcze o III Dniach Kultury Adwokatury Polskiej w Krakowie <i>Anna Woźniakowska</i> , muzykolog, była Dyrektor Działu Muzycznego Polskiego Radia w Krakowie	297
95 lat nowoczesnej samorządnej Palestry Państwa Polskiego	
<i>Adam Redzik</i> , adwokat, dr hab. UW (Warszawa) Jak rodził się nowoczesny polski samorząd adwokacki	300
Uroczystość 95-lecia nowoczesnego polskiego samorządu adwokackiego	305
Szpalty pamięci	
Adwokat Zbigniew Waydowicz (1925–2013) <i>Maciej Stanisław Zubek</i> , adwokat (Bielsko-Biała), <i>Janusz Hańderek</i> , adwokat (Bielsko-Biała)	307
Varia	
<i>Zbigniew Cichoń</i> , adwokat (Kraków) Bronił torturowanych, trafił do więzienia, ale adwokaci go nie opuścili	310
<i>Rentree solennelle</i> w Paryskiej Izbie Adwokackiej	311
<i>Rentree du Barreaux de Lyon</i>	312
Listy do Redakcji	
Słowo o działalności na rzecz kultury wysokiej adwokata Stanisława Kłysa <i>Joachim Grubich</i> , prof. zw., Uniwersytet Muzyczny im. Fryderyka Chopina w Warszawie, Akademia Muzyczna w Krakowie (Warszawa–Kraków)	315
Wołanie na puszczy <i>Hanna Gajewska-Kraczkowska</i> , dr, UW (Warszawa)	316

Jubileusze „Palestry”

Adam Redzik, Czesław Jaworski

OD „CZASOPISMA POŚWIĘCONEGO OBRONIE PRAWA” DO „PISMA ADWOKATURY POLSKIEJ”

Rocznice są naturalnym pretekstem do pokazywania, kim w rzeczywistości jesteście i na czym polegają nasze powinności. Skąd czerpiemy ideały i siłę. Na jakich wartościach się opieramy. I że polska palestra to nie tylko – co się nam przypisuje – pieniądze. Że to również szerokie horyzonty zawodowe i pozazawodowe jej członków, stałe doskonalenie umiejętności prawniczych, zaangażowanie w tworzenie prawa i w życie publiczne. To kształtowanie nowych pokoleń, z jednej strony z pamięcią i w szacunku dla przeszłości, ale z drugiej przygotowywanie na to, co nadchodzi. A wreszcie, że palestra to również jej PALESTRA, wokół której skupione jest grono najwybitniejszych prawników polskich różnych profesji, i na której łamach pojawiają się także teksty młodych utalentowanych jurystów obok znakomitych historyków i twórców kultury, żeby wymienić tylko te dwa goszczone przez nas środowiska.

Stanisław Mikke, *Na osiemdziesięciolecie*,
„Palestra” 2004, nr 3–4

Początki¹ były odważne i ambitne.

W 1910 r. we Lwowie – ówczesnej polskiej stolicy polityczno-naukowo-kulturalnej – pojawił się adwokat z pomysłem na adwokackie środowiskowe czasopismo. Namówił kilku kolegów, by się dołączyli finansowo i na bazie owej spółki rozpoczął wydawanie „pisma poświęconego obronie prawa”, czyli periodyku dla obrońców/adwokatów

¹ Dzieje przedwojenne czasopisma adwokackiego „Palestra” zostały dość dokładnie opracowane przed pięciu laty. Zob. A. Redzik, „Głos Prawa”, „Palestry” czy adwokata Anzelma Lutwaka?, „Palestra” 2009, nr 3–4, s. 153–164; idem, „Palestra” w latach 1924–1939, „Palestra” 2009, nr 5–6, s. 124–134, a także: S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa: Iskry 2011, s. 346–366. Przedmowy do pierwszych zeszytów „Palestry” z 1910, 1924 i 1957 r. publikujemy na s.

o nazwie „Palestra”. Owym adwokatem był literat, niespokojny duch, działacz społeczny **Anzelm Lutwak** (1872–1942). Liczył, że przedsięwzięcie się powiedzie, że spotka się z poparciem kolegów. Rzeczywiście dołączyło do spółki nieco adwokatów, ale nie tylu, by można było bilansować koszty ponoszone na wydanie z sumami uzyskanymi ze sprzedaży zeszytów. Lutwaka wsparli m.in. adw. Michał Wyrostek (1876–1953) – w 1920 r. szef sztabu Generalnego Inspektoratu Armii Ochotniczej, a potem senator RP (1930–1935) oraz adw. Włodzimierz Starosolski (1878–1942) – pochodzący z polsko-ukraińskiej rodziny, potem minister w rządzie Zachodnio-Ukraińskiej Republiki Ludowej, zwolennik współpracy polsko-ukraińskiej. Nie wystarczyło. Władze Izby Adwokackiej we Lwowie nie zaangażowały się w wydawanie pisma. Po wydrukowaniu zeszytu 7–8 w 1910 r. zaniechano dalszej publikacji. Adwokatura galicyjska nie dojrzała jeszcze do swojego organu prasowego. Co prawda rok później powstał Związek Adwokatów Polskich, któremu dzięki charyzmatycznemu przywódcy adw. Antoniemu Dziędzielewiczowi udało się stworzyć platformę jednoczącą adwokatów polskich i zwołać w czerwcu 1914 r. we Lwowie owiany legendą „Sejm Adwokatury Polskiej”, to utworzone w 1913 r. kilkunastostronicowe „Czasopismo Adwokatów Polskich” nie stało się pismem adwokatury, a wydawane było nieregularnie².

W 1924 r., w stolicy niepodległej Polski – Warszawie, stworzenia czasopisma adwokackiego podjął się ambitny adwokat z aspiracjami naukowymi i politycznymi **Stanisław Car** (1882–1938). Porozumiał się z Ferdynandem Hoesickiem – cenionym księgarzem i wydawcą, który oprócz literatury pięknej wypuszczał także monografie prawnicze i zbiory ustaw – i w marcu 1924 r. wydał pierwszy zeszyt „Palestry”, jako pisma stołecznej adwokatury. Niedługo potem, 15 kwietnia tego roku, Anzelm Lutwak zaczął wydawać we Lwowie „Głos Prawa”, w którym komplementował warszawską inicjatywę Cara, pisząc: „O «Palestrze» stwierdzić możemy z szczerem zadowoleniem, iż pismo to nie tylko wytknęło sobie szereg doniosłych zadań, żywym wycuciem potrzeb naszego życia zbiorowego podyktowanych, wśród których na pierwszy plan wysunięto rozbudowę organizacji i autonomii korporacyjnej – o tyle młodszej w b. zaborze rosyjskim od naszej – lecz też znajdujemy w tych trzech zeszytach wierne i skuteczne programu wykonywanie. [...] Łamy «Palestry» owiane myślą szczerze postępową i tchnące duchem nieklamanej odwagi cywilnej, która powinna być najwybitniejszym rysem naszego oblicza zbiorowego, mają wszelkie prawo do najżywszej uwagi i współpracy nie tylko ze strony adwokatury stołecznej, której organem «Palestra» być pragnie, lecz też ze strony ogółu rzeczników i przyjaciół prawa” („Głos Prawa” nr 4 z 1924 r. – piśmiennia oryginalna).

Trafna i jakże życzliwa ocena. Zwraca też uwagę aktualność celów postawionych „Palestrze” przed 104 i 90 laty. Zaskakująca jest też zbieżność dat dziennych owych pierwszych zeszytów – 1 marca.

Tymczasem nad warszawską „Palestrą” gromadziły się chmury. Ani Car, ani Hoesick – mimo akcji promocyjnej i wysokiej jakości druku – nie zdobyli odpowiedniej liczby prenumeratorów. Warszawa miała już ugruntowany dwutygodnik prawniczy – „Gazetę Sądową Warszawską”, wydawany od 1873, a redagowany od lat przez adw. Henryka

² A. Redzik, „Czasopismo Adwokatów Polskich” – organ Związku Adwokatów Polskich (1913–1914, 1919–1939), „Palestra” 2011, nr 3–4, s. 238–245.

Konica. Nie było to jednak czasopismo w pełni adwokackie. Z biegiem czasu adwokata Cara coraz bardziej pochłaniała polityka. W połowie 1925 r. przekazał redakcję adw. **Zygmuntowi Sokołowskiemu** (1880–1932). Gdy wycofała się z drukowania Księgarnia Hoesicka, Sokołowski drukował pismo na własny koszt – od 1 kwietnia 1926 r. Sumy uzyskiwane ze sprzedaży niewielkiego nakładu nie pokrywały kosztów przygotowania i wydruku. Sokołowski poświęcił się pismu bez reszty.

Jeszcze za życia Sokołowskiego podjęto starania w kierunku uczynienia z „Palestry” organu Izby Adwokackiej w Warszawie. Po jego śmierci Izba przejęła wydawanie „Palestry” i uczyniła z niej organ Izby, nakładając na adwokatów obowiązek prenumeraty. Redaktorem naczelnym został adwokat, profesor **Adam Chełmoński** (1890–1959). Po jego rezygnacji w 1937 zdecydowano, że odład redaktorem naczelnym ma być każdorazowy dziekan Rady Adwokackiej i tak też się stało. Od kwietnia do grudnia 1937 r. i ponownie od lata 1938 r. do wybuchu II wojny światowej redaktorem był Leon Nowodworski (1889–1941), zaś w okresie 1937–1938 – Stefan Urbanowicz (1891–1940). Trudy redagowania ponosił jednak przede wszystkim sekretarz redakcji, którym od połowy lat trzydziestych był adw. **Kazimierz Kraushar** (1900–1947).

Decyzją Rady Izby Adwokackiej w Warszawie z 1932 r. byt „Palestry” został zabezpieczony. Pismo stołecznej adwokatury szybko poczęło wychodzić poza granice Izby; coraz częściej docierało do adwokatów w całym kraju. W 1935 r. na łamach „Palestry” zaczęto publikować „Biuletyn Naczelnej Rady Adwokackiej” – odrębnie paginowany i naddrukowywany w osobnych odbitkach. Do wybuchu II wojny światowej ukazało się 61 numerów owego Biuletynu. Także dzięki temu „Palestra” w istocie stała się nieformalnym organem adwokatury polskiej, ale także jednym z najważniejszych czasopism prawniczych w kraju.

W ciągu niespełna 16 lat z pras drukarskich zeszło 170 numerów „Palestry”. Redakcja czasopisma w tym czasie trzykrotnie zmieniała siedzibę. Początkowo mieściła się w kancelariach Cara i Sokołowskiego – odpowiednio przy ul. Marszałkowskiej 83 i ul. Mazowieckiej 2, od 1932 r. zaś w siedzibie Rady Adwokackiej przy ul. Królewskiej 16, a od 1936 r. w Al. Jerozolimskich 11.

W sierpniu 1939 r. ukazał się wakacyjny zeszyt „Palestry” (nr 7–8), który stał się ostatnim zeszytem na wiele lat. Jesienią rozpoczął się długi okres braku wolności – wojny, okupacji, stalinowskiego terroru. Dopiero październik 1956 r. przyniósł nadzieję na zmiany. Udało się wówczas odtworzyć kilka czasopism naukowych, także prawniczych. W Poznaniu wznowiono „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, a w Warszawie „Palestrę”³. Stało się to dzięki determinacji przedwojennego autora „Palestry”, wybitnego cywiliisty adw. **Stanisława Janczewskiego** (1887–1970), któremu adwokatura zawdzięcza także pierwszy *Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu*. Janczewski, posiadając poparcie Prezesa NRA Michała Kulczyckiego, zadbał o to, aby z pismem w ramach Kolegium współpracowało grono wybitnych adwokatów i uczonych, jak np. Marian Cieślak. Odtworzona „Palestra” była „organem Naczelnej Rady Adwokackiej”, a drukowały ją Wydawnictwa Prawnicze, w których ważną rolę odgrywał adwokat **Józef Ignacy Bielski** (1900–2004) – od ich powstania w 1951 r. zastępca redaktora naczelnego Wydawnictw, a od 1958

³ Początkiem było wydanie w 1956 r. trzech zeszytów „Biuletynu Naczelnej Rady Adwokackiej”. Na jego podstawie w 1957 r. odtworzono „Palestrę”.

do 1972 r. redaktor naczelny. Bielski związany był z „Palestrą” do końca, początkowo sprzyjając jej drukowaniu, a po przejściu na emeryturę uczestnicząc w redagowaniu.

W 1964 r. redakcję „Palestry” objął adwokat, a jednocześnie kompozytor i literat, dr **Pa-
wel Aslanowicz** (1907–1979) – człowiek o ogromnej wiedzy w zakresie prawa cywilnego, cieszący się też uznaniem środowiska, a jednocześnie kompozytor, autor piosenek i pasjonat teatru. W tym samym czasie do redakcji dołączył adw. **Edmund Mazur** (1924–2006), który aż do 1990 r. należał do wąskiego grona faktycznych redaktorów „Palestry”.

Czasopismo dbało o poziom zamieszczanych tekstów i ugruntowało się w opinii środowiska jako poważny periodyk naukowy i zawodowy. W pierwszej połowie lat siedemdziesiątych w fotelu redaktora naczelnego zasiadali na krótko dr **Zdzisław Krze-
miński** (1918–2009) – do dziś powszechnie znany historyk adwokatury i nauczyciel etyki adwokackiej, który redagował „Palestrę” w latach 1972–1973, oraz dr **Władysław Pocięj** (1918–2007) – wybitny obrońca i znawca prawa karnego, uczestniczący także w pracach kodyfikacyjnych, który był redaktorem w latach 1973–1975. W połowie 1975 r. redaktorem naczelnym „Palestry” został **Zygmunt Skoczek** (1908–1987). Funkcję tę pełnił aż do śmierci w 1987 r., choć znaczną część prac redakcyjnych wykonywał wspomniany adw. Mazur, który u progu wolności, w 1987 r., został redaktorem naczelnym i pozostał nim do końca 1989 r.

Polska Ludowa nie była okresem jednolitym w historii „Palestry”. Jak w całych swych dziejach miesięcznik przechodził różne okresy. Starano się, aby periodyk nie był zbyt zdominowany ideologicznie i służył zawodowym i samorządowym interesom Adwokatury. Tworzono przy „Palestrze” wydawnictwa specjalne, tzw. „wrzutki” w postaci przeglądów orzecznictwa, krótkich monografii, przepisów adwokackich. W ramach „Biblioteki Palestry” w latach 1973–1975 ukazało się 9 zeszytów. Z inicjatywy środowiska wydano specjalne zeszyty „Palestry Literackiej”, której w latach 1982–1994 ukazało się 8 zeszytów. Wydawano również specjalne zeszyty poświęcone historii adwokatury, a także – raz na jakiś czas – łamy oddawano na tzw. zeszyty izbowe, redagowane przez poszczególne ORA.

Wiosna „Solidarności” spowodowała zmianę nastrojów w społeczeństwie i w adwokaturze. Styczniowy Zjazd Adwokatów z 1981 r. do dziś przywoływany jest jako jedno z najważniejszych wydarzeń w dziejach adwokatury polskiej. Wówczas to adwokaci odważnie upomnieli się o prawa człowieka i obywatela oraz postulowali rychłą reformę bankrutującego komunistycznego państwa m.in. poprzez wprowadzenie m.in. instytucji Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu. „Palestra” dokładnie zrelacjonowała przebieg owego pamiętnego Zjazdu – zwołanego z potrzeby chwili, a nie nakazu ustawy.

Po trudnych dla Adwokatury latach osiemdziesiątych przyszedł pamiętny rok 1989.

Pojawiły się nowe wyzwania i problemy. Na progu Trzeciej Rzeczypospolitej adwokaci cieszyli się ogromnym poparciem społecznym i po raz pierwszy od czasów odbudowy Polski w 1918 r. mogli licznie uczestniczyć w budowie wolnego wymiaru sprawiedliwości.

W 1989 r. załamał się rynek wydawniczy. Czasopisma wychodziły z wielomiesięcznymi opóźnieniami, jeżeli w ogóle. W 1990 r. redaktor naczelny adw. **Czesław Jaworski** podjął decyzję o zakończeniu współpracy z upadającymi wówczas Wydawnictwami Prawniczymi. Trud wydawania wzięła na siebie Naczelna Rada Adwokacka. „Palestra”

zmieniła drugi człon nazwy – z „organu Naczelnej Rady Adwokackiej” stała się „Pismem Adwokatury Polskiej”. Od 1992 r. redakcja „Palestry” wydawała „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” (do roku 1999) oraz „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa” (do dziś) – czyli tzw. zielone i czerwone zeszyty.

W 1992 r. Naczelna Rada Adwokacka uchwaliła, że prenumerata „Palestry” dla każdego adwokata i aplikanta adwokackiego jest obowiązkiem izb adwokackich.

Z początkiem 1993 r. adw. Jaworski przekazał redagowanie pisma adw. **Stanisławowi Mikke** (1947–2010). W ciągu kilku lat „Palestra” z czasopisma ok. stu czterdziestostronicowego urosła do pisma dwustu-, a potem trzystustronicowego. Rozbudowany został dział artykułów naukowych, przeglądy orzecznictwa. Pojawiły się cykle artykułów, stałe felietony, teksty pisane przez znanych pisarzy, historyków, filozofów. Zaczęto odnotowywać ważne dla adwokatury, ale i dla społeczeństwa rocznice, np. zbrodni katyńskiej, Powstania Warszawskiego. Redaktor Mikke relacjonował na łamach „Pisma Adwokatury Polskiej” prace ekshumacyjne w Katyniu i innych miejscach masowego mordu na Polakach. W pracach tych uczestniczył osobiście. „Palestra” uzyskała wyjątkową wśród polskich czasopism prawniczych szatę graficzną i strukturę; stała się rozpoznawalna i ceniona poza środowiskiem prawniczym. Adw. Mikke stał się „Panem Palestrą” – jak określił go syn jednego z zaprzyjaźnionych adwokatów – niewątpliwie żył redagowanym piśmem.

Przy „Palestrze” powstawały kolejne inicjatywy. Oprócz wydawania wspomnianego wyżej orzecznictwa SN w latach 2003–2011 wydawany był też pełny urzędowy zbiór orzeczeń Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego. Ponadto opracowywane i drukowane były przeglądy orzecznictwa, zbiory przepisów o adwokaturze. Artykuły cyklicznie zamieszczane w „Palestrze” bywały podstawą do wydania co najmniej kilku książek. Redakcja „Palestry” opublikowała pierwsze wydanie komentarza do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka autorstwa adw. Marka Antoniego Nowickiego (*Wokół Konwencji Europejskiej*, 1992), a kilka lat później pionierską książkę Antoniego Nowaka-Fara pt. *Integracja europejska: prawo i instytucje* (2001). Od Ośrodka Badawczego Adwokatury im. Adw. Witolda Bayera przejęto przygotowywanie i wydawanie „Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich”⁴. W tym samym roku ukazał się *Zarys historii samorządu adwokackiego w Polsce*⁵, rok później monografia *Samorząd adwokacki w Drugiej Rzeczypospolitej*⁶ oraz wspomnienia adwokata Ignacego Radlińskiego z KL Auschwitz pt. *Kapo odpowiedział – Auschwitz*⁷.

Rok 2008 to także uruchomienie – w marcu – własnego serwisu internetowego (www.palestra.pl) oraz – we wrześniu – duża wystawa plenerowa pt. *Adwokaci polscy Ojczyźnie* i towarzyszący jej obszerny album w wersji polsko-angielskiej⁸. W tym czasie „Palestra” uzyskała też po raz pierwszy punktację Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

⁴ W 2007 r. wydano zeszyt zamykający tom II (zmarli w okresie od 1918 do 1945 r.).

⁵ A. Redzik, *Zarys historii samorządu adwokackiego w Polsce*, wyd. 1, Warszawa 2007; wyd. 2 poprawione i uzupełnione, Warszawa 2010.

⁶ T. J. Kotliński, *Samorząd adwokacki w Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 2008.

⁷ I. Radliński, *Kapo odpowiedział – Auschwitz. Wspomnienia adwokata z obozu koncentracyjnego*, oprac. M. Gałęzowski, przedmowa J. Szajna, posłowie S. Mikke, Warszawa 2008.

⁸ *Adwokaci Polscy Ojczyźnie – Polish advocates in the service of their Homeland*, edited by Stanisław Mikke, Adam Redzik, wyd. 1, Warszawa 2008, wyd. 2 uzupełnione, Warszawa 2011.

W marcu 2010 r. redakcja, z inicjatywy redaktora naczelnego, przygotowała wystawę plenerową pt. *Adwokaci – ofiary Katynia*. Po 10 kwietnia 2010 r. do wystawy dostawiono dodatkową planszę, na której znalazły się informacje o czworgu adwokatów leżących na obchody 70. rocznicy zbrodni katyńskiej rządowym TU-154M. Wśród nich był redaktor naczelny „Palestry” adw. Stanisław Mikke oraz prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Joanna Agacka-Indecka.

W maju 2010 r. redaktorem naczelnym został ponownie adw. **Czesław Jaworski**. Dzięki wsparciu Prezydium NRA redakcja wydała zbiór felietonów, opowiadań i innych utworów śp. adw. Mikke (*Bez togi...*⁹). W tym samym roku unowocześniono stronę internetową oraz przygotowano drugie wydanie albumu *Adwokaci polscy Ojczyźnie*.

W odpowiedzi na zapotrzebowanie szkoleń aplikantów adwokackich, przy poparciu ze strony Prezesa NRA, w 2012 r. wydany został podręcznik *Historia adwokatury*¹⁰, a rok później źródła prawa do tegoż¹¹.

Rok 2013 przyniósł publikację monografii *Zwierzchnicy sądownictwa galicyjskiego* z przedmową śp. Stanisława Dąbrowskiego – Pierwszego Prezesa SN¹², oraz *Orzecznictwa sądów administracyjnych w sprawach osobowych adwokatów i aplikantów adwokackich*¹³. Trwają prace nad przygotowaniem do druku III tomu „Słownika Biograficznego Adwokatów Polskich”, a w następnej kolejności polsko-angielskiej wersji słynnego dzieła poświęconego pytaniom krzyżowym – *The Art of Cross-Examination* Francisca L. Wellmana.

„Palestra” dzisiaj to jedno z najważniejszych czasopism prawniczych w Polsce, a jednocześnie periodyk o najodleglejszym rodowodzie. Jest czasopismem punktowanym przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego. O poziom naukowy zamieszczanych materiałów dba Kolegium, składające się z wybitnych przedstawicieli adwokatury i nauki prawa, a każdy artykuł poddawany jest recenzjom znawców przedmiotu. Tematyka opracowań nie dotyczy li tylko prawa sądowego (cywilnego i karnego prawa materialnego i procesowego), ale również prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz historii prawa.

21 lutego 2014 r. Kolegium redakcyjne „Palestry” jednogłośnie rekomendowało Prezydium NRA poszerzenie składu Kolegium o uczonych jurystów z zagranicy. Są nimi sędzia dr Stanislav Balík (Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej), adw. prof. dr Frank Meyer (Uniwersytet w Zurychu), adw. prof. dr Stephen C. Thaman (Saint Louis University School of Law), adw. prof. dr Philippe Sands (University College London), prof. dr Erik Luna (Washington and Lee University), adw. dr Mychajło Petriv (Kołomyja-Kijów), a także o współpracujących od lat z „Palestrą” adw. dr hab. Małgorzatę Wrzolek-Romańczuk, adw. prof. UW dr. hab. Antoniego Bojańczyka. Prezydium NRA zaakceptowało propozycję Kolegium i począwszy od tego numeru „Palestra” wydawana jest z udziałem

⁹ S. Mikke, *Bez togi...o prawie, historii, psychologii oraz obowiązkach względem Ojczyzny i Adwokatury*, redakcja i posłowie A. Redzik, przedmowa C. Jaworski, Warszawa 2011.

¹⁰ A. Redzik, T.J. Kotliński, *Historia Adwokatury*, wyd. 1 i wyd. 2 poszerzone i porawione, Warszawa 2012.

¹¹ T.J. Kotliński, A. Redzik, M. Zaborski, *Historia ustroju adwokatury polskiej w źródłach*, Warszawa 2013.

¹² T.J. Kotliński, *Zwierzchnicy sądownictwa galicyjskiego*, przedmowa S. Dąbrowski, Warszawa 2013.

¹³ *Orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach osobowych adwokatów i aplikantów adwokackich*, oprac. A. Gnacikowska, Warszawa 2013.

Kolegium w nowym składzie. Poszerzenie składu Kolegium było konieczne w związku z ubieganiem się Pisma Adwokatury Polskiej o wyższą punktację Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

„Palestra” spotyka się z uznaniem nie tylko w Polsce. Na konferencji agendy CCBE ds. czasopism adwokackich w 2013 r. podnoszono potrzebę wydawania czasopism zawodowych, zwracając uwagę na ich charakter integrujący, edukacyjny i identyfikacyjny, a także – w wielu przypadkach prestiżowy. Wyrażono uznanie dla „Palestry”.

W ciągu kilkudziesięciu lat istnienia „Palestra” zmieniała się, dostosowywała do nowych technik. Od 2000 r. „Palestra” dostępna jest w Internecie – jako jedno z pierwszych czasopism prawniczych w Polsce. Witrynę www.palestra.pl odwiedza duża liczba osób. Od 2009 r. artykuły z „Palestry” udostępniane są w formacie pdf, a od 2012 r. także w wersji na tablety, smartfony – na platformie ISSUU (dostęp ze stron „Palestry”).

„Palestra” jest czasopismem nie tylko środowiskowym. Żadne inne środowisko zawodowe w Polsce nie ma podobnego czasopisma, które łączyłoby naukę z praktyką i kulturą.

Każda znacząca korporacja adwokacka w Europie (samorząd lub stowarzyszenie) wydaje własne czasopismo. Fakt wpisu na listę i opłacanie składki jest dostateczną podstawą do tego, żeby wszyscy adwokaci i aplikanci adwokaccy otrzymywali środowiskowe czasopismo. Jest to rozwiązanie sprawdzone w Europie, m.in. w Niemczech, w Czechach, na Słowacji, na Węgrzech.

Podobnie dzieje się w Polsce – od 1932 r. w Izbie Adwokackiej w Warszawie, na podstawie decyzji Rady Izby Adwokackiej, a na podstawie uchwały NRA z 1992 r. w całej Adwokaturze Polskiej. Aktualnie pożądanym byłoby wprowadzenie modelu sprawdzonego w innych samorządach i stowarzyszeniach adwokackich i doprowadzenie do sytuacji, że „Palestrę” w wersji papierowej czy elektronicznej będą otrzymywać wszyscy członkowie samorządu w ramach składki adwokackiej.

Tytułem próby wersji papierową tego zeszytu „Palestry” poprzedziła wysyłka drogą e-mailingową wersji elektronicznej. W niedługiej perspektywie redakcja zwróci się do odbiorców o zdeklarowanie wysyłanej wersji, przy zastrzeżeniu – jak ma to miejsce w przypadku niemal wszystkich czasopism prawniczych w Polsce – że cena będzie taka sama, ale na niższym poziomie niż dzisiaj obowiązująca.

Wyrażamy nadzieję, że „Palestra” jako „pismo Adwokatury Polskiej” jeszcze przez długie lata służyć będzie adwokaturze i środowisku prawniczemu w Polsce i w Europie.

UCHWAŁA PREZYDIUM NACZELNEJ RADY ADWOKACKIEJ Z 25 LUTEGO 2014 R. NR 20/2014

1 marca 2014 r. mija 90 lat od wydania pierwszego zeszytu „Palestry” – czasopisma Izby Adwokackiej w Warszawie oraz 104. rocznica wydania pierwszego zeszytu „Palestry” tzw. lwowskiej, będącej próbą stworzenia czasopisma dla całego polskiego środowiska adwokackiego Galicji.

Od pierwszych zeszytów „Palestra” była czasopismem podejmującym aktualną problematykę związaną z praktyką zawodową oraz nauką prawa. Inicjatywa lwowska adw. dr. Anzelma Lutwaka z 1910 r. nie przetrwała, bo prenumerata czasopisma nie stała się obowiązkiem każdego adwokata galicyjskiego. Wznawiając tytuł w 1924 r., adw. Stanisław Car oraz adwokaci warszawscy zadbali o to, aby miesięcznik był obowiązkowo prenumerowany przez adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie. W ciągu kolejnych lat „Palestra” stała się jednym z najważniejszych czasopism prawniczych Drugiej Rzeczypospolitej.

Wybuch II wojny światowej przerwał znakomity rozwój czasopisma, które z roku na rok stawało się w istocie pismem Adwokatury Polskiej.

Po wojnie i okresie stalinowskim, z inicjatywy wybitnego adwokata cywilisty Stanisława Janczewskiego, w latach 1956–1957 odtworzono miesięcznik „Palestra”, nawiązując do świetnej tradycji przedwojennej. W trudnych warunkach Polski Ludowej „Palestra” wpisała się dobrze w dzieje polskiego czasopiśmiennictwa prawniczego i dzieje samorządu adwokackiego. Na łamach czasopisma relacjonowano Pierwszy Krajowy Zjazd Adwokatury z 1959 r., poznański Ogólnopolski Zjazd Adwokatów ze stycznia 1981 r.; publikowano ważne rozprawy naukowe oraz opracowania praktyczne, nie zaniedbując warstwy samorządowej. „Palestra” wpisała się też w rozwój nauki prawa, brała czynny udział w dyskusjach nad kodyfikacjami.

W Trzecią Rzeczpospolitą „Palestra” weszła jako „Pismo Adwokatury Polskiej”, powszechnie znane nie tylko w adwokaturze, ale całym środowisku prawniczym. W kolejnych latach, kierowana przez adw. Czesława Jaworskiego, a potem przez wiele lat przez śp. adw. Stanisława Mikke, umocniła swoją pozycję, uzyskując unikalny, bardzo ceniony przez czytelnika układ, w którym poza częścią naukową, orzeczniczą i praktyczną znajdują się m.in. felietony i kronika adwokatury.

Dziś „Palestra” to jedno z najważniejszych czasopism prawniczych w Polsce, a jednocześnie periodyk prawniczy o najdłuższej tradycji. Cieszy się ogromnym uznaniem w całym środowisku prawniczym w Polsce. Dociera do odbiorców w wielu państwach europejskich, zarówno w wersji papierowej, jak i w wersjach elektronicznych. Szczególna wartość „Palestry” została zauważona i doceniona przez agendę CCBE podczas obrad w czerwcu 2013 r.

Z okazji jubileuszu Prezydium NRA stwierdza, że Pismo Adwokatury Polskiej „Palestra” dobrze służyło i służy samorządowi adwokackiemu i winno być nadal elementem tożsamości, edukacji i rozwoju adwokatów i aplikantów adwokackich.

Anzelm Lutwak

PRZEDMOWA DO ZESZYTU 1 „PALESTRY”
Z 1 MARCA 1910 R.¹

SŁOWA WSTĘPNE I WYTYCZNE

*Boni, nescio quo modo, tardiores sunt et principiis rerum neglectis ad extremum ipsa denique necessitate excitantur; ita ut non numquam cunctatione ac tarditate, dum otium volunt etiam sine dignitate retinere, ipsi utrumque amittant*².

Cicero, *Pro Sestio* [47.100]

Puszczamy w świat nowy organ myśli publicznej – poświęcony obronie prawa.

Pismo to zawdzięcza swe urzeczywistnienie inicjatywie i życzliwości grona członków stanu par excellence do obrony prawa powołanego: członków stanu adwokackiego. O tej inicjatywie, o sferze społecznej, wśród której potrzeba tego pisma odezwała się samotwórczem „stań się!” świadczy jego nazwa.

Lecz formuła „obrona prawa” – łącząca się z nazwą pisma i wszystką myśl jego w dwóch słowach ogniskująca, niechaj świadczy o tem, jak daleko ta myśl wybiega poza interes stanowy inicjatorów...

Na biologicznej wyżynie człowieka jest wiekuista żądza bytu – żądza rozwoju; odwieczna walka o byt – walką o prawo.

W tej walce słabszy ulega silniejszemu, poddaje się mu albo ginie. Lecz żądza bytu – rozwoju nie zna klęski, nie poddaje się, nie ginie. Uczucie krzywdy – krzyk bólu przeciw ciosom przyrodzonych i nadprzyrodzonych mocy staje się czynnikiem buntu i – sprawiedliwości; świadomość wspólnej niedoli łącznikiem uciemiężonych; intelekt bronią słabych we walce przeciw przemocy wszelkiej.

¹ Zachowano oryginalną pisownię.

² *Dobrzy obywatele tymczasem, nie wiem z jakiego powodu, działają opieszale i zaniechawszy podjęcia działania na początku, reagują dopiero w sytuacji krytycznej, tak że, chcąc zachować spokój kosztem własnej godności, niekiedy przez zwleknięcie i opieszalność tracą jedno i drugie.* Przekład Maciej Jońca.

Wśród srogich tej walki doświadczeń, prymitywne poczucie słabości i siły subtelizuje się w szczytne poczucie prawa; ślepy egoizm popędu samozachowawczego uzbraja się w nowy organ: we wzrok sumienia – i tak zwycięstwo odnosi duch we walce z ciałem, Ahuramazda we walce z Ahrimamem, Mojżesz-oswobodziciel narodu we walce z Faraonem-ciemnizytcielem, Chrystus-ludzkości zbawca we walce ze światem starożytnym, w którym „bogi i ludzie szaleją”, prawo sumienia i odpuszczania winy we walce z prawem pięści i odwetu, idea wolności obywatelskiej i równości wszystkich w obliczu prawa we walce z ideą kastowości i przywileju, organizacja pracy i myśli ludzkiej we walce z organizacją kapitału...

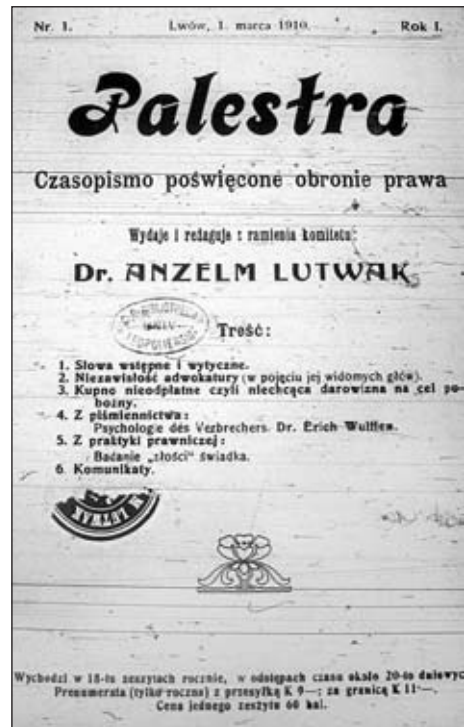
Szlak krwawy społecznej ewolucji...

Sumienie, sokratesowskie Daimonion, – psychiczny organ idei prawa, specjalizuje się i stwarza sobie w państwie oświeconem swoją szczególną kulturę, szczególne narządy samozachowawcze: powołuje też do życia dwa zawody wylącznie wymiarowi prawa czyli utrzymaniu równowagi w stosunkach prawnych społeczeństwa służące: zawód sędziowski – od samych początków atrybucjami władzy państwowej wyposażony, a pierwotnie nawet z urzędem najwyższego wodza, kapłana i ustawodawcy, więc z ad ministracją państwa w osobie samowładcy związany; i zawód rzecznika prawnego, mówcy pokrzywdzonych (patronus, orator, advocatus, postulans pro aliis...), – od początku zawód wyzwolony, rządzący się na wewnątrz i na zewnątrz a utonomią (collegia togatorum w Rzymie), wrogi z istoty swej wszelkiemu podporządkowaniu pod władzę państwa, sprzymierzeniec i opiekun z powołania wszystkich poszukujących wymiaru sprawiedliwości państwowej i we wędrowce za sprawiedliwością wsparcia intelektualnego łaknących – viva vox populi.

Idea niezawisłości sędziowskiej, wyzwolenia wymiaru prawa z pod protektoratu i bezpośredniego wpływu rządu państwa, idea wyodrębnienia sądownictwa od administracji państwowej, jest zdobyczą najnowszej ery: tej samej, która uświęciła zasadę niezawisłości obywatelskiej, swobody zdania, wyznania i prasy, zasadę najwyższej kontroli społeczeństwa nad wymiarem prawa.

Uświęciła – to nie znaczy: urzeczywistniła... Tylko sumienie człowieka nowych czasów wzniosło się o jeden szczebel wyżej ku doskonałości: na szczebel wstydlivosti i względu wobec opinii publicznej.

Ona jest dzisiaj najżyźniejszym polem kultury sumienia, jest instancją istotnie najwyzszą, przed którą nie masz „zarzutu sprawy osądzonej” – instancją, co prawda,



pozbawioną egzekutywy d o r a ż n e j, lecz za to dzierżącą „rząd dusz” i przekazującą swe wyroki przebaczące i potępiające pokoleniom potomnym.

Gdy otóż ideały te wymiarowi prawa w państwie nowożytnym z wysoka jak gwiazdy przyświecają, – tu na ziemi naszej często gęsto gubimy się jeszcze w m r o k a c h... Sumienie społeczne jest dzisiaj jak złoto pierwszej dobroci, lecz – tak zagrzebane głęboko pod podkładami nieczystego iltu i nieszlachetnego kruszcu, że gdzieniegdzie – zwłaszcza gdzie, jak u nas, bogactw nie ma i tylko za chlebem powszednim gonić trzeba – eksploatacja tego złota nie opłaca kosztów produkcji...

Ten kraj bowiem jest krajem nędzy, krzywdy i – procesów. Z roku na rok produkuje on niemal d w a r a z y tyle procesów, co wszystkie razem wzięte inne kraje w Radzie państwa reprezentowane. Statystyka wykazuje, że Galicjanin odwołuje się 5 razy częściej do ramienia sędziowskiego, niż Niegalicjanin tego państwa.

Mówi się tedy lekkomyślnie o pieniaczem usposobieniu Galicjanina. Nie, – to tylko nędza! W Galicji mało kto dopełnia swoich zobowiązań, bo mało kto m o ż e: mało kto umie uszanować dobytek i cześć współobywatela, bo głód wygryza z duszy wszystkie szlachetniejsze jej popędy...

W kraju tym przeto niemasz urzędu, któremoby powierzona była misja żywotniejsza, donioślejsza i – *last not least* – cięższa, nad urząd s ę d z i o w s k i. Zaiste, gdyby ten urząd sprawowali u nas n i e b i a n i e – nie żalilibyśmy się na zbytek sędziowskiej s u m i e n n o ś c i, r o z w a g i i b e z s t r o n n o ś c i – tyle jej potrzeba!

Nie będziemy wszakże ubolewali nad tem, że [zostają] sędziami nie niebianie, lecz tacy, jak my wszyscy, Galicjanie. Owszem, gdy wspomnimy czasy, kiedyto biurokracizm austriacki nadsyłał nam niebian swoich z Wiednia, powiadały: dzięki Bogu, dziś jest inaczej! Kraj oddycha s w o b o d n i e j, odkąd ma sędziów rodaków związanych z jego dolą i niedolą, obeznanych z jego pojęciami, obyczajami i potrzebami. Tylko wymiar prawa s w o j s k i zdobywa sobie powagę w społeczeństwie, gdyż liczyć może na jego zaufanie i przywiązanie.

Ze szczerem uznaniem stwierdzić też wypada, że nasz stan sędziowski naogół nie zawiódł położonych w nim nadziei, że jest dziś jeszcze wśród tego stanu liczny zastęp jednostek wybitnych uzdolnieniem, wiedzą i charakterem, że stan sędziowski u nas w przeważnej części pracuje p o n a d s i ł y i wśród karygodnego systemu oszczędnościowego rządów austriackich ugina się pod namiarem agendy, a pracuje częstokroć w otoczeniu lokalnym, które ubliża nietylko powadze urzędu sędziowskiego, ale już wprost najprymitywniej pojętej godności człowieka na wolnej stopie pozostającego – i to za wynagrodzeniem, które wśród rosnącej drożyzny kryje w sobie bezwzględna ironię i krwawy wyzysk ludzkiego intelektu!

Kto zna bodaj memoriał lwowskiego Koła sędziów, niedawno temu do ministra sprawiedliwości wystosowany, kto czytał przemówienie prezydenta naszej Apelacji, Eksc. Tchorznicznego, w ubiegłej sesji Izby panów, ten musi pojąć, że mizeria stosunków w naszym sądownictwie jest bliską katastrofą; ten musi pojąć, że mnożą się wyroki sądowe powierzchownością i nierozważą swoich motywów przerażające – wyroki, o których m i n i s t e r s p r a w i e d l i w o ś c i w czasie debaty budżetowej w Izbie posłów w czerwcu 1909 r. wyraził się, jak nigdy jeszcze minister austriacki się nie wyraził, a mianowicie, iż nadają się one żywcem dla „Fliegende Blätter”, – a w samej rzeczy wyroki, które swoją humorystką już niejedną łzę krwawą wycisnęły, niejedną zniwe-

czyły egzystencję ludzką; ten pojmie, że wśród takich warunków a d w o k a t staje się solą w oku sędziego, a to tem bardziej, im bardziej zastępstwo adwokackie w sądzie jest dla strony požądaniem, gdyż zabiera mu swoimi wywodami i wnioskami – niech one będą, nie wiem jak, uzasadnione, – jedyną może chwilę odpoczynku, wolności lub rozrywki – i bacząc tylko interesu i praw swego klienta, jest bezwzględny krytykiem wszelkiego błędu i zaniedbania; ten wreszcie pojąć musi, że antagonizm między adwokaturą a sądownictwem się zaostrza, że budzi się wzajemna nieufność i zawiść, wiodąca do ubolewania godnych scysji, w których jedna lub druga strona niekiedy w środkach nie przebiera... I gdy judykatura się psuje, adwokatura więdnije – bo odwraca się od forum sądowego, gdzie jej najwłaściwsze pole i gdzie od czasów niepamiętnych najpiękniejsze kwitły jej tryumfy – a kiedy pozatem wśród hyperprodukcji stanu ubieganie się o palmę pierwszeństwa na tem polu rzadko komu daje jakie takie widoki – adwokatura z konieczności, a z wielkim dla swej powagi i wartości uszczerbkiem, zwraca się do przedsiębiorstwa, do interesu...

Tu i ówdzie jest gorzej jeszcze: tak w adwokaturze, jak w sądownictwie spotykamy się częściej, niżbyśmy pragnęli z jednostkami, pozbawionymi wewnętrznego p o w o ł a n i a do swego zawodu. Ten lub ów „idzie” na adwokata lub sędziego z daleko mniejszym zapalem, aniżeli trzeba np. do sumiennego wykonywania zawodu droguerzysty: wybiera adwokaturę lub urząd sędziowski wedle tego, gdzie według jego przypuszczenia, trzeba mniej pracy, mniej zdolności, mniej wiedzy, lub gdzie szybsza „karjera” albo lepsze „plecy”...

Jednostki takie siłą faktów mnożą się w czasie, kiedy niezmiernie utrudnione warunki rozwoju w obu tych wzniosłych zawodach odstręczają znaczną część młodzieży naszej, w której sercach zniczył ideał jeszcze nie wygasł i która mogłaby do zawodu wnieść powołanie prawdziwe. – Że zaś niepowołani w s ę d z i o w s k i m zawodzie są stokroć dla społeczeństwa szkodliwsi, aniżeli niepowołani w a d w o k a t u r z e, to przecież dowodu nie wymaga.

A brak powołania idzie w parze zazwyczaj z brakiem zdolności i nieuctwem, a niekiedy nawet z usposobieniem złośliwym. U sędziego n i e p o w o ł a n e g o napróżno szukalibyśmy s u m i e n i a s ę d z i o w s k i e g o. Działalność jego polega na ciągłym n a d z y w a n i u swej według nowych ustaw procesowych prawie nieograniczonej w ł a d z y, na wymierzaniu bezprawia, zamiast prawa, na dyskredytowaniu judykatury sądowej i podkopywaniu poczucia sprawiedliwości w społeczeństwie. I taki sędzia niepowołany zwykł też każdą sprawę rozpatrywać przez mętne szkła u p r z e d z eń osobistych, politycznych lub wyznaniowych. W nim jest też źródło najhaniańbniejszej pod słońcem rzeczy: w y r o k u t e n d e n c y j n e g o... Tu bądźmy już szczerzy do końca: wydarzają się u nas wyroki i t a k i e. Są to wyroki, których nie usiłujemy tłumaczyć p r z e c i ą ż e n i e m sędziego, gdyż są powzięte już z g ó r y i każdy, kto ma odrobinę poczucia prawnego, wyczuje z w y r o k ó w t y c h u p r z e d z e n i e. W sądach naszych są one jeszcze na szczęście dość rzadkie – lecz za to, któż z nas nie spotkał się jeszcze z tendencyjnym wymiarem prawa tam, gdzie postępowanie jest do dziś dnia tajne, pisemne, inkwizycyjne, p o z b a w i o n e kontroli r z e c z n i k ó w p r a w a, – tam, gdzie obowiązują dotychczas patenty i dekrety nadworne z czasów terezańskich i józefińskich: u naszych władz p o l i t y c z n y c h i a d m i n i s t r a c y j n y c h?...

Dziś tedy albo nigdy – czas odwołać się do najwyższego trybunału o p i n i i p u b -

l i c z n e j; czas uprzytomnić sobie słowa Cicerona, które zacytowaliśmy jako motto, iż: „ludzie dobrej woli są – rzecz dziwna! – częstokroć tak jacyś nieskorzy do czynu, że zaniedbawszy działania w początkach, dają się w końcu porwać prądom krańcowym i w ten sposób, dzięki swej niestanowczości i ociężałości – gdy myślą tylko o tem, by mieć spokój, choćby za cenę własnej godności, pozbawiają się jednego i drugiego”... czas więc stworzyć i u nas organ dla tej opinii, któryby – na wzór podobnych, na zachodzie istniejących – informował ją stale o jakości krajowego wymiaru prawa, o jego chwilowych lub chronicznych niedomaganiach, wskazywał środki zaradcze, organizacyjne i ustawodawcze, zwalczał tego rodzaju projekty ustawodawcze, które, jak obecnie np. projekt ustawy o ograniczeniu przystępu stron procesowych do Najwyższego Trybunału, albo projekt ustawy o ograniczeniu służby przygotowawczej kandydatów sędziowskich, muszą wpłynąć pogarszająco na wymiar sprawiedliwości; jednym słowem organ, któryby służył wyłącznie obronie prawa – stojąc na straży zarówno praw, godności i niezawisłości stanu adwokackiego, bez którego prawidłowy wymiar prawa w skomplikowanej strukturze ustawodawczej państwa nowożytnego nie da się pomyśleć, jak najmniej na straży prawa publiczności odwołującej się do wymiaru prawa naszych władz sądowych i administracyjnych.

Być organem t a k i m; być idealnem ogniwem spójni między zawodową obroną prawa, t. j. stanem adwokackim, a społeczeństwem, [...] przyczynić się wedle skromnych sił naszych do poprawy warunków bytu tak w adwokaturze, jak i w urzędzie sędziowskim; zbliżyć te dwa szczytne zawody jak najbardziej ku sobie, przysporzyć wzajemnego zaufania i uznania, zdobyć dla adwokatury w interesie społeczeństwa te dziedziny wymiaru prawa, które dotychczas są dla niej niedostępne, a przez to wymiar prawa w naszym kraju udoskonalić – oto zadanie niniejszego czasopisma, – hasła, z któremi oddajemy „Palestrę” opinii publicznej.

REDAKCJA

Stanisław Car

PRZEDMOWA DO ZESZYTU 1 „PALESTRY”
Z 1 MARCA 1924 R.¹

NASZE ZADANIA I PROGRAM
ZAMIAST PROSPEKTU

Ce n'est pas assez d'avoir obtenu le titre d'avocat; il faut posséder les qualités du coeur et de l'esprit nécessaires pour en remplir dignement les fonctions².

(Boucher d'Argis, *Hist. abrégée de l'ordre des avocats*, Paris 1818)

Podjmując inicjatywę nowego periodycznego wydawnictwa prawniczego, poświęconego zagadnieniom życia zawodowego adwokatury w jego przebogatych i wielostronnych rozgałęzieniach – zdajemy sobie dokładnie sprawę z ogromu, wagi i doniosłości naszego zamierzenia.

Adwokatura polska, która w dziejach naszego życia publicznego zapisała się nie jedną piękną kartą i która, bądź co bądź, szczycić się może wielowiekową chlubną tradycją – nie zdobyła sobie w Polsce Odrodzonej tego stanowiska, jakie z natury rzeczy jej własnie, w nowobudującym się państwie, w udziale przyspaść powinno.

Złożywszy dwukrotnie świetne świadectwo swej żywotności w okresie okupacji, podczas wielkiej wojny przez wyłonienie z siebie w roku 1915 Sądownictwa Obywatelskiego, a następnie – przez wypełnienie najlepszymi swymi przedstawicielami pierwszej kadry sądownictwa polskiego w roku 1917 – adwokatura w dobie powojennej schodzi z widowni, usuwa się w cień, staje w drugim szeregu bojowników o jutro i rezygnuje bez walki z dotychczasowego swego przodującego w życiu publicznym stanowiska.

Czemu przypisać należy to, że rola adwokatury w Polsce Odrodzonej stała się tak nikłą?

¹ Zachowano oryginalną pisownię.

² *Nie wystarczy zdobyć tytuł adwokata; trzeba posiadać szczególne cechy serca i ducha, które są niezbędne dla godnego pełnienia tej służby.*



Dlaczego świcimy nieobecnością przy warsztatach pracy państwowo-twórczej i to teraz właśnie, gdy Polska, odzyskawszy niepodległość, buduje się od podstaw, gładz wnosząc po głazie, gdy powstają nowe formy życia i tworzą się nowe instytucje państwowe, gdy dźwiga się i na długie lata utrwała nowy prawny w państwie porządek?

W tej pracy twórczej i żywym tętnem bijącej – gdzie my – gdzie prawnik i adwokat polski?

– Poszukując odpowiedzi na te niepokojące zapytania, przyznać musimy, że źródło istniejącego stanu rzeczy tkwi przedewszystkiem w nas samych.

Nie ulega wątpliwości, że sfera interesów, wśród której toczy się nurt naszego życia, zacieśniła się bardzo; pochłonięci troską o byt materialny, oddaliśmy się zwykłej, szarej pracy zawodowej; zamknięci w czterech ścianach naszych kancelarii, obniżyliśmy poziom naszych aspiracji społecznych i nie wytworzyliśmy z siebie zwartego stanu, świadomego

swych wpływów i znaczenia, pozostając w rozbiciu, w rozproszeniu, zatomizowani i pozbawieni poczucia łączności i solidarności korporacyjnej – słowem – nie ma nas!

A jednak... ileż to dziedzin, z natury swej, z przeznaczenia do nas należy. Musimy tylko chcieć. Musimy stać się ciałem zwartym, znającym swój ciężar gatunkowy, musimy wyjść z zacisza naszych gabinetów, by wmieszać się w zgiełk życia publicznego, musimy z rozproszenia stać się korporacją, z luźno do siebie ustosunkowanych jednostek – stanem, przepojonym samowiedzą i zmierzającym wytrwale w raz obranym kierunku.

Jedną z dróg do tego celu prowadzących jest wymiana myśli, zapładniająca inicjatywą jednostki i budząca pragnienie czynu w zbiorowości.

Przez tę wymianę myśli chcemy wypełnić nową, żywą treścią nasze dotychczasowe, jakby marazmem dotknięte, życie korporacyjne; spodziewamy się podnieść poziom wiedzy zawodowej, w której wiele luk i braków dostrzegamy, pragniemy osiągnąć możliwie najdoskonalszą harmonię pomiędzy postępowaniem, a zasadami etyki, adwokata obowiązującej, w przekonaniu, że wszystko to, razem wzięte, nada stanowi naszemu wewnętrznej spójności i przysporzy mu blasku i powagi nazewnątrz: wobec współobywateli, władz publicznych i magistratury sądowej.

Taki cel nam przyświeca i temu szczytnemu celowi pismo nasze poświęcić zamierzamy.

Przechodząc do sprecyzowania naszego programu, otwieramy łamy naszego pisma dla następujących zagadnień:

W dziedzinie organizacji dźwignięte są pierwsze zaledwie zręby ustroju adwokatury. Obecnie obowiązujący Statut Palestry, opatrzony w tytule przydomkiem

„tymczasowy”, rozciąga swą moc nie na całe Państwo, lecz tylko na ziemię dawnego Królestwa Kongresowego i na Kresy Wschodnie. Pozostałe dzielnice korzystają dotychczas z odmiennych urzędzeń, pozbawionych charakteru narodowego i przypominających ciągle jeszcze obce panowanie. Ujednostajnienie ustaw organizacyjnych i stworzenie jednolitego dla całej Rzeczypospolitej Statutu Palestry – jest zagadnieniem wysoce aktualnym, pilną potrzebą stanu, bez pomyślnego rozwiązania której dalszy rozwój adwokatury musiałby uleże zahamowaniu. Jak wiadomo, prace nad Statutem Palestry skoncentrowane są w Komisji Kodyfikacyjnej, która przygotowała już pierworys odnośnej ustawy, będący przedmiotem ożywionej wymiany zdań zarówno w jej własnym łonie, jak i w zrzeszeniach i instytucjach prawniczych i korporacyjno-adwokackich.

Studia porównawcze wpływają niezmiernie dodatnio na pogłębienie przedmiotu i rozszerzenie horyzontów. Dlatego też, chcąc przyczynić się do należytego spełnienia oczekujących nas zadań legislacyjnych w dziedzinie organizacji, będziemy się starali o pozyskanie dla naszego pisma prac i studjów wybitnych przedstawicieli adwokatury zachodnioeuropejskiej ze szczególnem uwzględnieniem krajów klasycznych, jak Francja i Anglja, w których stan adwokatury dosięgnął znacznego stopnia wyrobienia i doskonałości organizacyjnej.

Odłogiem leży dotychczas kwestja tak ważna, jak *historja adwokatury w Polsce*. Dzieje palestry nie doczekały się dotąd syntetycznego opracowania. A jednak instytucja obrony w Polsce posiada dawną tradycję, tradycję, która, jak wszystko na świecie, ma swoje momenty świetlane i okresy przyćmienia. Ale i jedne i drugie są u nas tak mało znane, że opinie historyków w tej kwestji idą po liniach rozbieżnych i różnią się pomiędzy sobą nieraz bardzo znacznie. Fragmentaryczne usiłowania, jakie w tej materji czynione były dotychczas, sprawy nie wyczerpały. To też będziemy się starali, przez pomnażanie przyczynków, przygotowywać materiał dla przyszłego historyka, w przekonaniu, że znajomość dziejów własnego stanu winna się stać potrzebą kulturalną każdego członka naszej korporacji.

W szczególności w *alka o a u t o n o m j e*, o pozyskanie instytucji reprezentacyjnych, rozpoczęta jeszcze za dawnej Rzeczypospolitej (*collegia advocatorum*) kontynuowana następnie za Księstwa Warszawskiego i Królestwa Kongresowego, z uporem acz bezskutecznie ponawiana wielokrotnie po wprowadzeniu rosyjskiej reformy sądowej z 1876 r. i uwieńczona powodzeniem dopiero w Polsce Odrodzonej – jakaż to ciekawa i krzepiąca, choć tak mało znana karta z dziejów naszego stanu.

Przechodząc z kolei do zagadnień bieżących, czyż mamy wylizcać te wszystkie kwestje, które fala życia codziennego wyrzuca na swą powierzchnię? Zmienione warunki polityczne, gospodarcze i społeczne z konieczności wywołać musiały głębokie zmiany w *ustawodawstwie*, które ze względu na gorączkowy, powierzchowny nieraz tryb traktowania grzeszy zawilością. My, adwokaci polscy, ustawy te stosować musimy w życiu praktycznym; nikt bardziej od nas nie jest powołany do tego, aby stwierdzić, czy ta lub inna ustawa, twór pracy gabinetowej, wytrzymuje próbę życia, czy jest ona wykonalną i czy, zamiast przyczyniać się do uporządkowania zjawisk życia państwowego, nie jest ona źródłem zamętu w pojęciach i przyczyną nieporozumień, podkopujących poczucie praworządności w szerokich kołach obywateli. Rzeczowa i oparta na doświadczeniu życia codziennego krytyka ustawodawstwa obowiązującego z jednej – a zamierzonych projektów ustawodawczych, z drugiej strony – o ile ustawy te i projekty dotyczą tych dziedzin życia, z którymi codziennie styka się w swej praktyce adwo-

kat – oddać może rzetelną przysługę państwu, które długo jeszcze pozostawać będzie w fazie swej wewnętrznej, na prawie oprzeć się mającej organizacji.

Praktyka naszych władz i urzędów administracyjnych, z którymi adwokat co raz częściej spotykać się musi, również nastęrcza wiele uwag, zasługujących na publiczne omówienie. Otwierając łamy pisma dla tego rodzaju krytyki – redakcja wymagać będzie obiektywnego i rzeczowego traktowania poruszanej sprawy.

Przechodząc do wymiaru sprawie dli w o ś c i, pismo nasze będzie zmierzać do wytworzenia harmonijnych warunków współpracy pomiędzy adwokataturą i magistraturą sądową, bo wszak obie te korporacje: sędziowska i obrończa, są powiązane siostrzanemi sploty i stanowią rozgałęzienia, wychodzące z tego samego pnia macierzystego.

Obszerna k r o n i k a, zarówno kratkowa, jak i odnosząca się do innych dziedzin życia prawniczego wogóle, a zawodowego życia adwokatury – w szczególności, kronika, która byłaby żywym odbiciem całokształtu spraw, mogących interesować adwokata, a więc oświetlająca kwestje prawne, zagadnienia praktyczne, postulaty pod adresem władz i urzędów, zarządzenia organów reprezentacyjnych adwokatury (rad adwoka-ckich), tezy z orzecznictwa dyscyplinarnego, kwestje etyczne i t. d. – zamykałaby ramy naszego pisma.

Wreszcie zaznaczyć musimy, że pismu naszemu udzielać będzie moralnego poparcia Stołeczna Rada Adwokacka i z tego tytułu, w c z ę ś c i u r z ę d o w e j, pomieszczone będą komunikaty o charakterze urzędowym, pochodzące od Rady, które z natury rzeczy, muszą cały ogół adwokatury interesować.

Zakreślając sobie taką, jak wyżej wyszczególniliśmy, sferę dla naszego wydawnictwa, unikaliśmy świadomie wprowadzenia do naszego programu punktów, które mogłyby w czemkolwiek kolidować z programem innych już istniejących, zasłużonych wydawnictw prawniczych. W naszym piśmie chcemy rozwinąć te tylko dziedziny, które bądź wcale, bądź w niedostatecznej mierze są uwzględniane w czasopismach o charakterze szerszym i ogólniejszym. Sądzymy przeto, że ze strony tych pism, wspartych o tradycję długotrwałej, chlubnej i owocnej działalności – możemy liczyć na przychyłość i życzliwe współdziałanie. Jeśli będziemy czasem wybiegali poza ramy ściśle zakreślonego programu – to wyjątek ten czynić będziemy jedynie dla tych zagadnień, które z życiem adwokata w szczególnie ścisłym pozostają związku, to jest dla zagadnień tak zwanego prawa sądowego, czyli materialnego i procesowego prawa cywilnego i karnego. Zresztą, chcąc w żywym podążać tempie za wymaganiami życia, gotowi będziemy zawsze program nasz przystosowywać do wynurzających się potrzeb stanu obrończego.

Oto w konkretnym ujęciu główne wytyczne tego programu, o który wspierać się będzie nasze wydawnictwo.

Przystępując do pracy w trudnych warunkach wydawniczych, w okresie przełomu gospodarczego, wierzymy, że podejmujemy rzecz potrzebną i pożyteczną.

Chcemy lemiesz worać w ziemię, leżącą odłogiem; chcemy, by w uznojonej bródz padło ziarno; chcemy, by siew, który rozpocząć zamierzamy, przyniósł plon; chcemy, by stan, do którego należymy, wzniósł się do najwyższego punktu osiągalnej w życiu realnem doskonałości.

Rozumiemy jednak, że próżne będą nasze wysiłki, jeśli w pracy, którą rozpoczynamy, nie przyjdą nam z pomocą wszyscy koledzy i jeśli stanowcza wola zestrzelenia w jedno ognisko zbiorowych usiłowań – nie będzie nam przyświecała.

PRZEDMOWA DO ZESZYTU 1 „PALESTRY” Z 1957 R.

OD REDAKCJI

W roku 1956 Naczelna Rada Adwokacka uzyskała możliwość wydawania własnego organu w postaci „Biuletynu”. Według pierwotnej zapowiedzi Redakcji, w „Biuletynie” miały być zamieszczane „oficjalne enuncjacje władz naczelnych i Naczelnej Rady Adwokackiej jako zasadnicze wytyczne wykonywania zawodu, a ponadto – publikacje z zakresu zagadnień interesujących adwokaturę”.

Od chwili ukazania się pierwszego zeszytu „Biuletynu” wiele zmieniło się w Polsce Ludowej i w położeniu prawnym adwokatury polskiej.

Uchwały VIII Plenum położyły kres istniejącym wypaczeniom, stwarzając podstawy do zjednoczenia i zbiorowego wysiłku całego Narodu w walce o nowe, lepsze jutro.

Uchwalona wkrótce potem przez Sejm ustawa z dnia 19 listopada 1956 r. o zmianie ustawy o ustroju adwokatury przywróciła w znacznym stopniu – choć niecałkowicie – samorząd zawodu adwokackiego, otwierając nowe perspektywy dla rozwoju adwokatury w Polsce.

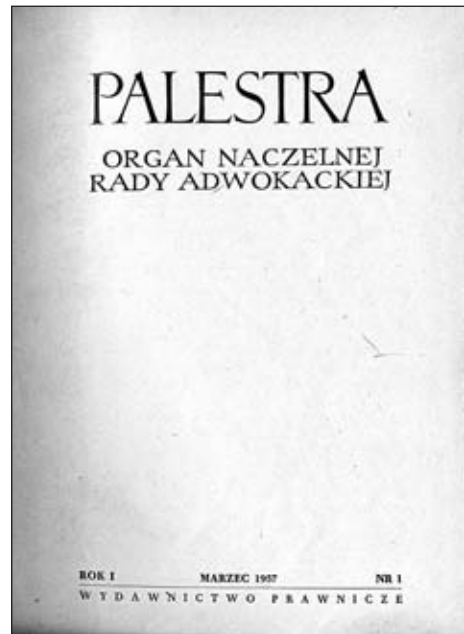
W tych warunkach początkowe założenia, na których miało się opierać wydawanie „Biuletynu”, a które nadawały mu charakter organu przeważnie informacyjnego, stały się anachronizmem.

Już przedtem zresztą Komitet Redakcyjny starał się uczynić z oficjalnego organu Naczelnej Rady Adwokackiej pismo, które by nie tylko uwzględniało w możliwie szerokim zakresie współczesną problematykę adwokatury polskiej, ale również sprzyjało rozwojowi myśli prawniczej w środowisku adwokackim i pobudzało kolegów adwokatów do twórczego wysiłku.

W jakim stopniu wypełnienie tego zadania powiodło się Komitetowi Redakcyjnemu – osądzą to sami czytelnicy.

Pragnąc iść dalej w tym samym kierunku, Komitet Redakcyjny postanowił porzucić nieodpowiadającą ani obecnemu charakterowi pisma, ani zawartej w nim treści nazwę „Biuletynu” i nawiązując do wydawanego – do chwili wybuchu II wojny światowej – przez Radę Adwokacką w Warszawie pisma pt. „Palestra”, powrócić do tej nazwy, mającej za sobą ustaloną tradycję.

Z dniem dzisiejszym oddajemy więc w ręce czytelników pierwszy numer „Palestry”, która, wychodząc w zmienionych warunkach, staje się w tej chwili organem całej adwokatury polskiej.



Komitet Redakcyjny

ZARYS PROCEDURY KANONIZACYJNEJ NA PRZYKŁADZIE PROCESU KANONIZACYJNEGO BŁ. JANA PAWŁA II

Papież Franciszek podczas konsystorza zwołanego 30 września 2013 r. wyznaczył 27 kwietnia 2014 r. dniem kanonizacji dwóch błogosławionych papieży – Jana XXIII i Jana Pawła II¹. Nadchodząca kanonizacja papieża Polaka jest dobrą okazją, by w ogólnym zarysie przedstawić przebieg procesu kanonizacyjnego wyznawcy.

Procedura kanonizacyjna jest przez Prawodawcę kościelnego regulowana specjalnym prawem papieskim, do którego odsyła w kan. 1403 § 1 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r. (KPK)². Źródłem tego prawa jest Konstytucja Apostolska Jana Pawła II *Divinus perfectionis Magister* z 25 stycznia 1983 r.³ Na jej podstawie Kongregacja Spraw Kanonizacyjnych wydała 7 lutego 1983 r. *Normy*, którymi należy się kierować w procesach kanonizacyjnych na szczeblu diecezjalnym⁴. W obliczu pojawiających się wątpliwości związanych ze stosowaniem prawa specjalnego Kongregacja wydała także *Instrukcję Sanctorum Mater*⁵ – akt administracyjny, który ma na celu ułatwić precyzyjne zachowanie prawa na etapie dochodzenia diecezjalnego. W kwestiach dotyczących procedury zbierania dowodów z dokumentów i z przesłuchania świadków⁶ należy obok przepisów specjalnych zachować również odpowiednie normy zawarte w KPK⁷ i w Kodeksie Kanonów Kościołów Wschodnich z 1990 r. Poza wymienionymi aktami prawnymi zastosowanie mają również inne akty administracyjne, których szczegółowe omówienie wykracza poza przyjęte ramy niniejszego opracowania⁸.

¹ Dane dotyczące chronologii procesu kanonizacyjnego bł. Jana Pawła II zostały zaczerpnięte z informacji podanych przez Katolicką Agencję Informacyjną na stronie www.ekai.pl/janpawel/, dostęp: 15 lutego 2014 r.

² Kan. 1403 – § 1. Sprawy kanonizacji Sług Bożych rządzą się szczególną ustawą papieską. § 2. W sprawach tych mają ponadto zastosowanie przepisy tego Kodeksu, ilekroć w tejże ustawie odsyła się do prawa powszechnego albo chodzi o normy, które z samej natury rzeczy dotyczą także tych spraw.

³ „Acta Apostolicae Sedis” (AAS) 75 (1983), s. 349–355.

⁴ *Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis faciendis in Causis Sanctorum*, AAS 75 (1983), s. 396–403 (dalej: *Normy*) – tekst polski: *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, red. nauk. P. Majer, Kraków 2011, s. 1654–1663. Ilekroć mowa jest o procedurze kanonizacyjnej przeprowadzanej w diecezji, tylekroć dotyczy to również analogicznego dochodzenia w eparchii. Ta ostatnia w katolickich Kościołach Wschodnich jest odpowiednikiem diecezji w Kościele łacińskim.

⁵ „Instrukcja” została zaaprobowana przez Benedykta XVI 22 lutego 2007 r. i opublikowana 17 maja 2007 r., AAS 99 (2007), s. 465–517; „Communicationes” 39 (2007), s. 221–268 (dalej: *SM*) – tekst polski wraz z komentarzem: H. Misztal, «*Sanctorum Mater*». *Instrukcja Kongregacji Spraw Kanonizacyjnych o prowadzeniu dochodzenia diecezjalnego lub eparchialnego w sprawach kanonizacyjnych*. Komentarz, wyd. II, Lublin 2011.

⁶ Szerzej na ten temat: *SM* art. 77–81 i 96–106; H. Misztal, *Akta spraw i postępowania kanonizacyjnego*, (w:) tenże, *Duc in altum. Sprawy kanonizacyjne. Wybór pism*, red. L. Fiejdasz, Lublin 2009, s. 604–606; R. Pajszczyk, *Dowód ze świadków w postępowaniu kanonizacyjnym*. Studium historyczno-prawne, Poznań 2006.

⁷ Zob. H. Misztal, *Zastosowanie norm Kodeksu Prawa Kanonicznego do postępowania w sprawach kanonizacyjnych*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 34 (2001), s. 154–172.

⁸ Szerzej na ten temat m.in.: H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne. Instytucje prawa materialnego. Zarys historii*,

Rozpoczęcie procesu kanonizacyjnego, którego etapem pośrednim jest beatyfikacja⁹, musi być poprzedzone spełnieniem kilku warunków. Pierwszym z nich jest *fama sanctitatis*, czyli spontaniczna opinia poważnych i uczciwych wiernych o świętości kandydata na ołtarze za jego życia, w czasie śmierci i po niej¹⁰. Ona daje początek jego kultowi i go podtrzymuje. Sam postulator procesu, zanim zwróci się do biskupa miejsca śmierci kandydata o rozpoczęcie sprawy, musi być przekonany o jego świętości i odpowiednio to uargumentować w prośbie do Kongregacji o wydanie zgody (*nihil obstat*) na wszczęcie procedury¹¹. W odniesieniu do papieża Jana Pawła II spełnienie tego warunku nie budzi żadnych wątpliwości. Wystarczy przypomnieć opinie wiernych o jego świętości za życia, przy śmierci, jak i po niej. Rzesza trzech milionów osób, które oddały mu ostatni hołd, i osławione już transparenty wznoszone podczas jego pogrzebu w dniu 8 kwietnia 2005 r., głoszące *Santo subito*, domagające się jak najszybszego wyniesienia go na ołtarze, również dowodzą tego przeświadczenia wiernych (*vox populi*).

Proces kanonizacyjny przebiega w trzech etapach: dochodzenie diecezjalne, studium w Kongregacji i dyskusje na posiedzeniach teologicznych.

Przed formalnym rozpoczęciem procesu postulator powinien przygotować odpowiednie pieczęci, zredagować biografię lub przynajmniej chronologię życia¹². Następnie do jego obowiązków należy zebranie pism drukowanych kandydata na ołtarze, po czym zwrócenie się do biskupa o powołanie cenzorów publikowanych i niepublikowanych pism Sługi Bożego, a także komisji historycznej dla dokonania kwerendy pism niedrukowanych oraz innych dokumentów związanych ze sprawą. Kolejnym etapem jest złożenie przez postulatora prośby (*supplex libellus*) do kompetentnego biskupa o rozpoczęcie i przeprowadzenie procesu¹³. Miejscem prowadzenia procesu jest z zasady diecezja, na terenie której zmarł kandydat na ołtarze¹⁴. Biskupowi miejsca nie wolno wszcząć postępowania przed uzyskaniem opinii Konferencji Biskupów na temat słuszności jej rozpoczęcia¹⁵. Następnie biskup kieruje do Kongregacji Spraw Kanonizacyjnych zapytanie, czy ze strony Stolicy Apostolskiej nie ma jakichś przeszkód w tej materii¹⁶. Ta, na podstawie opinii innych Kongregacji, m.in. Kongregacji Nauki Wiary, wystawia *nihil obstat*, jeżeli nic nie stoi na przeszkodzie do rozpoczęcia procesu. W tym samym czasie

procedura, wyd. II, Lublin 2003, s. 195. Publikacja ta stanowi podstawę niniejszego opracowania. Na szczególną uwagę w dziedzinie prawa kanonizacyjnego zasługują również liczne artykuły H. Misztala zebrane w: tenże, *Duc in altum. Sprawy kanonizacyjne. Wybór pism* oraz publikacja Congregatio de Causis Sanctorum, *Le cause dei santi. Sussidio per lo «Studium»*, red. V. Criscuolo, D. Ols, R. J. Sarno, ed. II, Città del Vaticano 2012.

⁹ W akcie beatyfikacji papież zezwala na kult Sługi Bożego ograniczony do jakiegoś terytorium (określone państwo, region, diecezja, instytut zakonny itp.) lub określonych czynności liturgicznych. Z kolei kanonizacja jest ostatecznym aktem papieskim, poprzez który Sługa Boży, uprzednio zaliczony do grona błogosławionych, zostaje zaliczony w poczet świętych, przez co poleca się oddawać mu kult publiczny w całym Kościele.

¹⁰ SM art. 4 § 1; 5 § 1; 7 § 2.

¹¹ H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 285–288.

¹² Por. H. Misztal, *Biografia w procesie beatyfikacyjnym*, „Prawo Kanoniczne” 25 (1982), nr 1–2, s. 267–279.

¹³ *Normy 3b i 8*; SM art. 12–19 i 25 § 1; H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 299–300. Szerzej na temat obowiązków postulatora: E. Zarosa, *Rola postulatora w sprawach kanonizacyjnych według ustawodawstwa Jana Pawła II. Prawo materialne i formalne w praktycznym zastosowaniu*, Lublin–Zamość–Sandomierz 1999.

¹⁴ *Normy 5a*; SM art. 21

¹⁵ *Normy 11a*; SM art. 41 i 42.

¹⁶ *Normy 15c*; SM art. 45 i 46.

biskup lub na jego polecenie promotor sprawiedliwości lub inni biegli winni na podstawie zgromadzonej dokumentacji sformułować pytania do świadków.

Czas, jaki powinien upłynąć od śmierci kandydata na ołtarze do momentu rozpoczęcia jego procesu beatyfikacyjnego, winien się mieścić między piątym a trzydziestym rokiem¹⁷. Nowo wybrany papież Benedykt XVI już w niespełna półtora miesiąca od śmierci swego poprzednika na tronie Piotrowym, 9 maja 2005 r., udzielił dyspensy od tego wymogu. Pięcioletni okres dzielący moment śmierci kandydata na ołtarze od chwili rozpoczęcia jego procesu beatyfikacyjnego ma na celu upewnienie, że wraz z upływem czasu opinia świętości nie wygasa, lecz nadal się utrzymuje. W odniesieniu do osoby Jana Pawła II zachowanie tego wymogu było niepotrzebne, ponieważ nie ulegało wątpliwości, że takie przekonanie wiernych nie wygaśnie. W związku z tym dokument zawierający dyspensę od tego wymogu został uroczyście ogłoszony przez Benedykta XVI w dniu 13 maja 2005 r. w rzymskiej bazylice większej św. Jana na Lateranie. Pięć dni później wikariusz generalny dla diecezji rzymskiej kard. Camillo Ruini ogłosił edykt wzywający wiernych do nadsyłania informacji potwierdzających świętość bądź przeczących świętości Jana Pawła II. Liczna korespondencja napływająca do Watykanu wyrażała przekonanie wielu osób o uzyskaniu szczególnych łask lub nawet cudów za jego wstawiennictwem, co przeradzało się w spontaniczny kult prywatny. W ten sposób zostały spełnione wszystkie wstępne warunki wymagane prawem do rozpoczęcia procesu beatyfikacyjnego¹⁸.

Pierwsza i ostatnia sesja procesu diecezjalnego ma charakter publiczny¹⁹. Formalne rozpoczęcie procesu beatyfikacyjnego Jana Pawła II nastąpiło w Rzymie 28 czerwca 2005 r., kiedy to zostali zaprzysiężeni członkowie trybunału²⁰. Postulatorem, czyli pełnomocnikiem powoda do rozpoczęcia i prowadzenia procesu, został mianowany ks. Sławomir Oder. Od tego momentu kandydata na ołtarze określa się mianem Sługi Bożego²¹. Kolejne sesje (robocze) mają charakter niejawni. Postulator w obecności delegata biskupiego, promotora sprawiedliwości oraz notariusza wnosi o rozpoczęcie przesłuchań świadków. Następnie wypowiada się promotor sprawiedliwości, czy nie ma nic przeciwko przesłuchaniu zaproponowanych osób, i stawia pytania powoływanym kolejno zaprzysiężonym świadkom. Na następnym etapie procesu trybunał przyjmuje dokumenty i pisma kandydata na ołtarze, stwierdza brak kultu publicznego i powołuje pisarzy, których zadaniem jest przepisanie akt procesu²². Postępowanie Trybunału beatyfikacyjnego w przypadku procesu wyznawcy ma za zadanie zbadanie na podstawie zeznań świadków heroiczności cnót Sługi Bożego, jego życia i opinii świętości. W procesie beatyfikacyjnym męczennika bada się, czy kandydat poniósł śmierć męczeńską z powodu nienawiści oprawcy do wiary.

Z uwagi na wielość świadków wywodzących się ze środowiska krakowskiego, wadowickiego oraz lubelskiego i wynikające stąd trudności w składaniu przez nich zeznań w Rzymie, ustanowiono na wniosek postulatora Trybunał rogatoryjny w Krakowie,

¹⁷ *Normy* 9; SM art. 25 § 2 i art. 26 § 1.

¹⁸ H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 288–289.

¹⁹ SM art. 86–88 i 141–143.

²⁰ *Normy* 6c. O urzędnikach dochodzenia w szczególności traktuje SM w art. 53–60.

²¹ SM art. 4 § 2.

²² H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 319.

którego pierwsze posiedzenie odbyło się na Wawelu w dniu 4 listopada 2005 r.²³ Jego przewodniczącym został mianowany bp Tadeusz Pieronek. Zadaniem tego Trybunału było świadczenie pomocy prawnej Trybunałowi rzymskiemu i przekazanie mu zgromadzonych dowodów w sprawie. Jego prace obejmujące przesłuchanie ponad stu świadków zakończyły się w katedrze wawelskiej w dniu 1 kwietnia 2006 r.

Po zgromadzeniu środków dowodowych następuje publikacja akt procesu, podczas której promotor sprawiedliwości oraz postulator sprawy studiują akta sprawy i mogą zażądać przedstawienia nowych środków dowodowych²⁴. Jeżeli zachodzi potrzeba prowadzenia dochodzeń uzupełniających, biskup może na wniosek postulatora lub promotora sprawiedliwości powoływać biegłych, których opinie dołącza się do akt sprawy²⁵. Po ewentualnym uzupełnieniu dowodów i ich ponownej publikacji następuje zamknięcie postępowania dowodowego na podstawie dekretu sędziego²⁶. Zadaniem mianowanego pisarza jest przygotowanie transumptu, czyli autentykowanej kopii całych akt procesowych z procesu diecezjalnego i ich tłumaczenie na jeden z przyjmowanych w Kongregacji języków, jeżeli zostały sporządzone w innej wersji językowej²⁷.

Na etapie procesu diecezjalnego dokonuje się rozpoznania i przeniesienia doczesnych szczątków Sługi Bożego. Dokonuje się tego w obecności delegata biskupa, promotora sprawiedliwości i notariusza. Na tę okoliczność powołuje się również biegłych lekarzy i robotników fizycznych niezbędnych do wykonania przewidzianych czynności. Wszyscy oni są zobowiązani do złożenia przysięgi na wierność wypełnienia zadania. W tym czasie zabezpiecza się również relikwie na wypadek beatyfikacji. Jeżeli przewidziana jest translacja, czyli przeniesienie ciała Sługi Bożego, dokonuje się tego bez rozgłosu, aby nie spowodować kultu publicznego²⁸. Ciało bł. Jana Pawła II zostało przeniesione z grot watykańskich już po akcie beatyfikacji dnia 3 maja 2011 r. i spoczęło pod ołtarzem kaplicy św. Sebastiana w bazylice św. Piotra w Watykanie. Wydarzeniu temu towarzyszyło wiele osób, zarówno duchownych, jak i świeckich, co jednak nie godziło w przepisy zakazujące dokonywania translacji w szerszym gronie dla uniknięcia oznak kultu publicznego, ponieważ kult ten został już dopuszczony i ustanowiony w akcie beatyfikacji.

Niezależnie od procesu dotyczącego cnót Sługi Bożego prowadzi się oddzielnie proces w sprawie udowodnienia cudów za jego przyczyną (*vox Dei*)²⁹. Wymaga się udowodnienia przynajmniej jednego cudu przed beatyfikacją i jednego cudu dokonanego po beatyfikacji, a będącego *conditio sine qua non* kanonizacji. Proces ten na szczeblu diecezjalnym przebiega analogicznie do procesu na temat heroiczności cnót. Nie bierze się nigdy pod uwagę tzw. cudów moralnych, jak np. nagłych nawróceń, wyzwolenia z nałogów itp., ponieważ nie ma gwarancji na ich trwałość. Rozpatruje się jedynie zdarzenia nadzwyczajne w porządku fizycznym, jak np. uzdrowienia, rozmnożenie żywności itp. Oczywiście bardzo ważna w tym procesie jest opinia biegłych, np. z zakresu

²³ Por. SM art. 114–116.

²⁴ Normy 27b i c; SM art. 122 § 2.

²⁵ H. Misztal, *Akta spraw i postępowania kanonizacyjnego*, s. 616–617; tenże, *Prawo kanonizacyjne*, s. 356.

²⁶ SM art. 117–121; H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 353–355.

²⁷ Por. Normy 29–31; SM art. 124–127 i 132.

²⁸ SM Appendix art. 13; H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 388.

²⁹ Normy 32.

medycyny³⁰. Jeden z lekarzy wchodzi w skład Trybunału i za pośrednictwem sędziego może stawiać pytania świadkom³¹. Fakt zaistnienia cudu za przyczyną Sługi Bożego Jana Pawła II został potwierdzony przez Trybunał w Rzymie w dniu 23 marca 2007 r. Polegał on na niewytłumaczalnym z medycznego punktu widzenia nagłym ustąpieniu objawów będącej w zaawansowanym stadium choroby Parkinsona u francuskiej siostry zakonnej Marie Simon-Pierre Normand.

Po zakończeniu obu procesów w diecezji – w sprawie heroicznego cnót Sługi Bożego oraz cudu dokonanego za jego wstawiennictwem – akta obu procesów przesyła się do Kongregacji Spraw Kanonizacyjnych w Rzymie, w której toczą się dalsze etapy procesu kanonizacyjnego³². Po otrzymaniu akt z diecezji sekretarz Kongregacji wpisuje je do protokołu i potwierdza ich przyjęcie. Następnie sprawdza się ważność akt procesu, a Kongres zwyczajny Kongregacji wyznacza relatora sprawy. W dalszej kolejności Kongregacja akceptuje na wniosek powoda postulatora rzymskiego, który na czas procedury w Kongregacji ma zamieszkiwać na terenie Rzymu. W przypadku procesu Jana Pawła II ustanowienie innej osoby postulatorem rzymskim od powołanej na ten urząd w fazie diecezjalnej było bezcelowe, ponieważ rezydowała ona w Rzymie.

Po zakończeniu wstępnych czynności w Kongregacji następuje studium zebranego materiału i przygotowanie *positio* na temat heroicznego cnót Sługi Bożego oraz cudu dokonanego za jego wstawiennictwem. Za ich treść jest odpowiedzialny relator sprawy, jednak przygotowanie *positio* powierza się postulatorowi i wyznaczonemu współpracownikowi zewnętrznemu³³. *Positio* dotyczące heroicznego cnót (*super virtutibus*) zawiera przede wszystkim prezentację pozycji, informację dotyczącą historii sprawy, źródeł i kryteriów opracowania pozycji, profil biograficzny Sługi Bożego, dane na temat opinii świętości i jej podstawy. Najważniejszą częścią tego dokumentu zawiera tzw. streszczenie, obejmujące rekonstrukcję całego życia i działalności Sługi Bożego. Następnie zamieszcza się w *positio* opinie cenzorów teologów dotyczące pism Sługi Bożego oraz opinie innych ekspertów³⁴. Z kolei *positio* dotyczące cudu (*super miraculo*) zawiera dane dotyczące życia Sługi Bożego (lub błogosławionego – jeśli dotyczy cudu wymaganego do kanonizacji), informację o domniemanym cudzie, jego chronologię, dekret ważności akt procesu diecezjalnego, streszczenie zawierające wszystkie akta procesu diecezjalnego, opinie biegłych, relacje ewentualnych poprzednich zebrań Konsulty i obszerną relację z Konsulty medycznej lub innej, która została powołana w danej sprawie³⁵.

W dalszej kolejności następują dyskusje merytoryczne w Kongregacji dotyczące przedmiotu sprawy³⁶. Na tym etapie badania i dyskusje prowadzi się nad wydrukowanym już *positio*. W przypadku pozycji dotyczących heroicznego cnót (lub męczeństwa) są one przedmiotem badań historyków i teologów, pozycje o cudach są zaś poddawa-

³⁰ Tamże, 34.

³¹ SM art. 92 § 2.

³² Normy 35.

³³ H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 474.

³⁴ H. Misztal, *Akta spraw i postępowania kanonizacyjnego*, s. 611–613; tenże, *Prawo kanonizacyjne*, s. 478–480.

³⁵ H. Misztal, *Prawo kanonizacyjne*, s. 484–486.

³⁶ Tamże, s. 468.

ne badaniom Konsulty medycznej i teologicznej³⁷. Dyskusja teologiczna jest złożona z dwóch faz. Pierwsza z nich przebiega podczas Konsulty teologów, a druga w trakcie zwyczajnego zebrania Kongregacji. Po zakończeniu drugiej fazy kardynał prefekt przekazuje papieżowi wnioski i ewentualne uwagi zgłoszone przez członków tego zebrania. Tym sposobem cud wymagany do beatyfikacji Jana Pawła II został zaaprobowany przez Kongregację Spraw Kanonizacyjnych w dniu 12 stycznia 2011 r.

Ostatnia faza procesu beatyfikacyjnego (kanonizacyjnego) w Kongregacji polega na odczytaniu w obecności papieża dekretów o heroiczności cnót (lub udowodnieniu męczeństwa) oraz o udowodnieniu cudu i dokonuje się ich promulgacji. Jednakże ostateczna decyzja o wydaniu ewentualnego dekretu w powyższych sprawach i przyznaniu publicznego kultu pozostaje zawsze w gestii papieża. W dniu 16 listopada 2009 r. Komisja kardynałów zdecydowała o przedłożeniu papieżowi Benedyktowi XVI prośby o dokonanie aktu beatyfikacji Jana Pawła II. Trzy dni później, 19 grudnia 2009 r., papież podpisał dekret o uznaniu heroiczności cnót papieża Polaka, 14 stycznia 2011 r. podpisał zaś dekret o cudzie i wyznaczył termin beatyfikacji na dzień 1 maja 2011 r. Papież Benedykt XVI ustanowił przy tej okazji dzień 22.10, będący rocznicą inauguracji pontyfikatu Jana Pawła II, liturgicznym wspomnieniem Błogosławionego. Jego publiczny kult nie został jednak dopuszczony na terenie wszystkich diecezji, które o to się ubiegały. Rozszerzenie takiej zgody na cały świat byłoby równoznaczne z kanonizacją, a przecież tylko na jej podstawie można oddawać kult publiczny świętemu w całym Kościele.

Jak już to zostało zasygnalizowane, do kanonizacji wymaga się udowodnienia kolejnego cudu w toku postępowania procesowego, jak to ma miejsce przy udowadnianiu cudu do beatyfikacji. Ważne jest, aby cud wymagany do kanonizacji miał miejsce po beatyfikacji. W przypadku bł. Jana Pawła II cud, który stał się przedmiotem procesu kanonizacyjnego, dokonał się w dniu jego beatyfikacji na Kostaryce. Floribeth Mora Diaz, cierpiąca na nieoperacyjnego tętniaka mózgu, za pośrednictwem przekazu telewizyjnego łączyła się w modlitwie z uczestnikami uroczystości beatyfikacyjnych i prosiła za wstawiennictwem Jana Pawła II o uzdrowienie ze swojej dolegliwości. Na koniec transmisji zasnęła i po obudzeniu się następnego dnia stwierdziła, że symptomy choroby ustąpiły. Papież Franciszek podpisał w dniu 5 lipca 2013 r. dekret uznający ten cud, przypisywany wstawiennictwu bł. Jana Pawła II. Dzięki temu wypełniono wszystkie warunki wymagane prawem, aby ich zwieńczeniem był akt kanonizacji bł. Jana Pawła II w niezwykle wymownym dniu – w niedzielę po Wielkanocy – w Święto Miłosierdzia Bożego, ustanowione przez Papieża Polaka na podstawie objawień św. s. Faustyny Kowalskiej, która przez niego była beatyfikowana i kanonizowana.

Powyższy szkic niech będzie przyczynkiem do dalszych, pogłębionych studiów przybliżających dość skomplikowany proces wynoszenia na ołtarze osób uznawanych w Kościele katolickim za święte, których przykład ma wielkie i aktualne znaczenie dla życia poszczególnych wiernych, a także dla całego Kościoła powszechnego (walor eklezjalny)³⁸. Na uwagę zasługują również procesy kanonizacyjne dotyczące spraw dawnych

³⁷ Tamże, s. 487.

³⁸ Congregatio de Causis Sanctorum, *Le cause dei santi. Sussidio per lo «Studium»*, s. 83–88; H. Misztal, *Walor papieskiego aktu kanonizacji i beatyfikacji*, „Studia Prawnicze KUL” 29 (2007), nr 1, s. 119–134.

czy też tzw. kanonizacje równoznaczne³⁹. Beatyfikacja i kanonizacja zawsze odznaczają się społecznym oddziaływaniem i budzą entuzjazm wiary. Ogłoszenie świętym bł. Jana Pawła II – papieża naszych czasów, a przez to żywo obecnego w naszej pamięci – może być też impulsem do ponownego odkrycia jego bogatej myśli filozoficznej odnoszącej się także do nauk prawnych, a która znajdowała swój wyraz w jego dorocznych przemówieniach do Trybunału Roty Rzymskiej.

³⁹ Szerzej na ten temat: H. Misztal, *Kanonizacja równoznaczna*, „Prawo Kanoniczne” 21 (1978), nr 3–4, s. 189–216.

RZYMSKA RÓŻA

*Pan właśnie wtedy przechodził:
Potężny wicher rozłupywał góry i kruszył skały przed Panem,
ale Pan nie był w wicherze;
A po wicherze – trzęsienie ziemi, lecz Pan nie był w trzęsieniu
ziemi;
Po trzęsieniu ziemi – ogień, ale Pan nie był w ogniu;
A po ogniu – szmer łagodnego powiewu.*

(1 Krł 19, 11–12)

Równy rok temu, w kwietniu, wybrałam się do Wiecznego Miasta. Parodniowy pobyt z założenia miał stać się dopełnieniem dwu poprzednich, pośpiesznych bytności, dlatego przeznaczony został na w miarę porządną obejrzenie zbiorów Muzeów Watykańskich, zwiedzanie Zatybrza oraz przyglądnięcie się z bliska części metropolii skupionej wokół Placu Hiszpańskiego. A że przyszło zamieszkać w dzielnicy Prato, odległej ledwie dziesięć minut szybkiego marszu od Placu Świętego Piotra (rzymski system komunikacji przez swój specyficzny układ nie na wiele przydaje się turystom), każdego dnia moje marszruty albo się od niego zaczynały, albo znajdowały finał w jego okolicach. Co dzień także mijałam nowoczesną, dużą halę targową, kuszącą piramidami kolorowych warzyw i owoców, nęcącą apetycznymi wędlinami, zapachem świeżych ryb. Przekupki, nieco podobne do tych z krakowskich ilustracji, oferowały kwiaty.

Kaplica Świętego Sebastiana, po prawej stronie Bazyliki, ma niezbyt ciekawy, osiemnastowieczny wystrój. Oprawę ołtarza stanowią ciemne, purpurowo-niebiesko żyłkowane kolumny, utrzymana w podobnej kolorystyce mozaika imitująca malowidło przedstawia scenę męczeństwa patrona kaplicy. Kilka prostych, drewnianych ławek. Niska balustradka, z wejściem dyskretnie strzeżonym przez licznie w całej świątyni obecnych strażników w cywilnych ubraniach. W odróżnieniu od reszty kościoła – w którym tak w dzień powszedni, jak i w święto, nawet w czasie nabożeństw odprawianych w wydzielonej części atmosfera przypomina raczej targ pełen śmiejących się i głośno nawołujących ludzi – w miejscu, gdzie złożono ciało błogosławionego Jana Pawła II panuje skupiona, rozmodlona cisza. Zauważyłam, że na gzymsie wieńczącym balaski przed ołtarzem kryjącym trumnę ktoś przed chwilą kładł biało-czerwone kwiaty. Strażnik przyglądał się temu uważnie, lecz zezwolił.

Bliżej prezbiterium znajduje się jeden z bocznych ołtarzy, pod którym w kryształowo przezroczystym sarkofagu spoczywa ciało Jana XXIII, którego beatyfikował Jan Paweł II.

W niedzielny poranek bez problemu można dostać się na mszę św. odprawianą przed głównym ołtarzem. Znajduję miejsce siedzące tuż obok jednej z dwudziestoosiemietrowych kolumn podtrzymujących baldachim nad konfesją św. Piotra, pod stopami mam prześwit w posadzce do Grot Watykańskich. Po skończonym nabożeństwie rwący ludzki

potok sam wynosi mnie na zewnątrz przez jedno z bocznych wyjść. Wyprężony gwardzista, pod bronią i w pasiastym uniformie, o którym bałamutnie twierdzą, że zaprojektowany przez Michelangelo (w rzeczywistości stworzono te stroje w 1914 roku, nadając im barwy Medyceuszy i historyczny wygląd nawiązujący do mundurów pierwszych helweckich żołnierzy, którzy przybyli tu na służbę w 1506 roku), nie rusza się ze swego miejsca: tłum samoczynnie wtłacza się w sektory, którymi dzięki drewnianym przegrodom pokratkowany jest cały plac. Udaje mi się uchronić stopę przed najechaniem przez wózek inwalidzki, w którym kilkusobowa włoska rodzina dzielnie przesuwa w przód niepełnosprawnego chłopca. Grupka dziesięcioletnich może uczniów głośno dokazuje. Niemłoda siostra zakonna o milej, niezwykle inteligentnej twarzy przyjaźnie dopytuje: skąd jesteście? – a otrzymawszy odpowiedź, że ze Spoleto, uspokaja rozbrykane dzieciaki rozbajającym pytaniem – czy w Perugii zawsze się tak krzyczy? Siostra wraca do przerwanej najwidoczniej chwilę wcześniej rozmowy z towarzyszącą jej świecką kobietą, zapewne krewną – najczystsza polszczyzną. Jakiś jegomość, przypominający pstrym strojem tudzież bezczelnym zachowaniem epizodyczne postacie z filmów Felliniego, brutalnie wypycha się przed grupę dzieciarni.

Pssst! Silenzio! Papa Francesco ukazał się właśnie w oknie i zaraz rozpocznie południowe Anioł Pański. Dzieli mnie od niego cała rozpiętość Kolumnady Berniniego, a to oznacza, że dostrzegam we framudze co najwyżej biały punkcik. Mój nowy aparat fotograficzny ma nareszcie pole do popisu – na zdjęciach zbliżenie czytelnie ukazuje postać Ojca Świętego.

Buona Domenica e buonpranzo – po tych słowach, zwyczajowo kończących niedzielne spotkanie Papieża Franciszka z tłumami, następuje wybuch entuzjazmu, po swojemu wibrującego w każdym z segmentów ludzkiej mozaiki wypełniającej *Piazza di San Pietro*. Oklaski, coraz to nowe okrzyki, krótkotrwały zaimprovizowany śpiew. Wreszcie żelazny ucisk ciżby zaczyna odpuszczać, rozchodzimy się, choć kierunek ruchu wciąż pozostaje wymuszony. Względna swobodę kroków odzyskuję na uliczce równoległej do *Via della Conciliazione*, na wysokości kościoła *San Spirito in Sassia*, którego barokową fasadę wyniesioną kilkoma stopniami w górę przysłania baner przedstawiający Jezusa Miłosiernego. Na schodach tej świątyni przysiadam, żeby telefonicznie przekazać do domu pulsujące jeszcze wrażenia. Potem – rzeczywiście czas na dobry obiad, w trattorii zabłąkanej pośród zaułków *Trastevere*, gdzie cudzoziemkę przyjmuje się uprzejmie wprawdzie, lecz bez poświęcania jej większego zainteresowania, jako że należy się ono stałym klientom, biesiadującym familijnie a nieśpiesznie.

Po następnych dwóch dniach, spędzonych głównie wśród arcydzieł, nadchodzi środa – dzień mego pożegnania z Rzymem. Dojazd na lotnisko zajmie przynajmniej godzinę, zatem by zdążyć na popołudniowy samolot, muszę wyruszyć tam najpóźniej przed trzynastą. W gwarnej targowej hali kupuję najpiękniejszą pąsową różę, jaką udało mi się wypatrzeć. Przed wejściem na Plac Świętego Piotra, pomimo że jest dopiero ósma rano, gęstnieje kolejka. To dzień papieskiej audiencji generalnej, zatem przechodzenie wszystkich chętnych do uczestnictwa w niej przez ustawione pomiędzy rzędami kolumnady bramki bezpieczeństwa musi potrwać. Tłumek zasysa i mnie, wpadam pomiędzy jakieś hiszpańskie zakonnice. Kontrola jest staranniejsza aniżeli w inne dni. Wreszcie swoboda, prawie pędem przemierzam zalany świeżym słońcem plac – ja przecież tylko na chwilę, jeszcze raz do Bazyliki, nie wystarczy niestety czasu, aby pozostać na audiencji, zresztą

nie wystarałam się o zaproszenie do konkretnego sektora – kartonik, jaki widziałam ściskany w rękę przez każdą z hiszpańskich siostr. I tu niemiłe zaskoczenie, choć powinienam była rzecz taką przewidzieć: gwardzista – tym razem w eleganckim granatowym garniturze, w śnieżnobiałej koszuli, mówiący płynną angielszczyzną, co zwalnia mnie od językowych eksperymentów – pełen wyrozumiałości stanowczo objaśnia, że wstęp do świątyni będzie możliwy dopiero po zakończeniu papieskiego spotkania z wiernymi na placu.

Idę tłumowi pod prąd. Chcę znaleźć ulokowaną już w sektorach jakąś polską grupę i poprosić kogoś z jej członków, by po audiencji zechciał w moim imieniu położyć różę przy Jego grobie. Trafiam na pielgrzymkę Ślązaków – niestety, ich program pobytu nie przewiduje ponownej wizyty w Bazylice, zwiedzili ją wczoraj i dziś prosto z Placu skierują się do autokarów wiozących ich z powrotem do domu. Innych rodaków w pobliżu nie dostrzegam, a przecież sektory gęstnieją z każdą chwilą i muszę się pośpieszyć z wydostaniem z drewnianego labiryntu, aby w nim nie utknąć mimo woli.

Płachta widziana przed dwoma dniami na frontonie pobliskiego kościoła Świętego Ducha, znajdującym się już poza obrębem Piazza di San Pietro, oznajmiała, że świątynia ta poświęcona jest Bożemu Miłosierdziu. Decyduję, że tam złożę moje nietrwale, symboliczne pożegnanie z Papieżem Polakiem. Janowi Pawłowi II dane wszak było powrócić do domu Ojca w wigilię Święta Miłosierdzia Bożego, które wcześniej sam ustanowił.

W jednonawowym kościele półmrok, jedynie boczna kaplica po prawej stronie rozświetlona, przed nią ksiądz w ornacie, a w ławkach obok klęczy grupa ludzi. Ukłąkłszy i ja, przyglądam się wnętrzu kaplicy: obraz Miłosiernego, sporych rozmiarów figura świętej Faustyny, relikwiarzyk. Za moment – od ołtarza polskojęzyczne: „Pan z wami”. To kończy się nabożeństwo odprawiane dla pielgrzymki rodaków. Po błogosławieństwie kapłan wraz z pilotką grupy zaczynają objaśniać działanie słuchawek z tłumaczeniem na żywo, z których wszyscy będą mogli skorzystać niedługo, podczas audiencji.

Kładę moją różę na blacie wieńczącym balustradkę ołtarza poświęconego Bożemu Miłosierdziu.

Po dłuższej chwili rozglądam się uważniej po całej świątyni. Dokładnie naprzeciwko urządzono kaplicę błogosławionego Jana Pawła II, z dużych rozmiarów portretem przedstawiającym Go w złocistych szatach pontyfikalnych, siedzącego w fotelu. Obok relikwia – kropelka Jego krwi, a bliżej jeszcze replika figury Matki Bożej Fatimskiej. Wyobrażam sobie, jak tym swoim uśmiechniętym, dźwięcznym głosem mógłby się odezwać: *To dobrze, że dałaś tę różę Komu Innemu*. Może tak by powiedział, a może całkiem inaczej. W 1990 roku w Castel Gandolfo, kiedy stałam przed Nim z naręczem białozłoty kwiatów i zdołałam wykrztusić jedynie: *Ojcie Święty, czekamy na Ciebie w wolnej Polsce* – nie odrzekł ani słowa, położył mi tylko rękę na głowie.

Z zakrystii wychodzą dwie zakonnice, Włoszki. Kierują się wprost do ołtarza, przed którym niedawno zakończyło się nabożeństwo (polska grupa w międzyczasie opuściła kościół). Jedna z nich usuwa z dużego wazonu tkwiącą w nim podwiędłą lilię, troskliwie bierze w dłonie pąsową różę leżącą na marmurowym blaciku i pośpiesznie, tak, by nie zdążyła zmarnieć, wstawia ją do wody.

NIECH NADAL UFA ŻYWYM

Ponary to Golgota Wschodu. Nie tylko dla Polaków, także dla Żydów i niektórych Litwinów. W 1940 r. w ponarskim lesie Sowieci wykopali doły o głębokości do 5 m i średnicy do 35 m. Niemcy je przysposobili. Od lipca 1941 r. do lipca 1944 r. wymordowano w nich ponad 100 tysięcy Żydów, Polaków, nielicznych Litwinów, starowierców, Cyganów, małe grupy radzieckich jeńców i żony oficerów radzieckich, które zostały w Wilnie po czerwcu 1941 r. Egzekucje odbywały się często. W jednej z nich, w pewnym sensie symbolicznej, 17 września 1943 r. zamordowano dziesięciu polskich inteligentów: Mieczysława Engiela (adwokata), Eugeniusza Biłgorajskiego (kapitana WP), Kazimierza Iwanowskiego (porucznika WP), Kazimierza Antuszewicza (inżyniera), Włodzimierza Manrika (urzędnika), Mieczysława Gutkowskiego (profesora Uniwersytetu Stefana Batoro), Stanisława Gryniewiczza (urzędnika skarbowego), Tadeusza Lothe (urzędnika), Aleksandra Orłowskiego (technika budowlanego) oraz doktora Kazimierza Pelczara (światowej klasy lekarza, który walczył z nowotworami złośliwymi). Przed egzekucją przez pół godziny szcztu ich psami. Nad dołem czekało dziesięciu oprawców. Każdy strzelał do swojej własnej ofiary. Nie brakowało litewskich ochotników do wykonywania egzekucji, w 1943 r. było ich kilkuset. Będą nazywani „strzelcami ponarskimi”.

Do Ponar jeździł Stanisław Mikke. Woził wieniec od polskich adwokatów. Ustalaliśmy, jaki to ma być wieniec, drobiazgowo składaliśmy napis na szarfie, następnie opracowywaliśmy szczegóły przewiezienia na miejsce. Potem śledziliśmy relacje zdjęciowe z rocznicowych uroczystości i sprawdzaliśmy, jak długo wieniec leżał. Stanisław Mikke chciał napisać książkę o Ponarach. Nie zdążył.

Kiedyś natknąłem się w Ponarach na miejscowych niosących kosze pełne poziomek, zebranych w lesie, w którym ziemia swego czasu tak była nasączona krwią, że podobno po każdym kroku wydzielala z siebie zabarwioną na czerwono maź. Zbieracze nie rozumieli, dlaczego mam żal o poziomki zerwane obok dołów śmierci. A poziomki z leśnego cmentarza to nie jedyny dowód wypierania ponarskiej zbrodni z litewskiej pamięci. Obok parkingu, z którego prowadzi droga do polskiego memoriału, stoją do dzisiaj baraki, w których przejściowo przetrzymywano więźniów. Obecnie mieszczą się tam warsztaty i biura drobnych przedsiębiorców. Ściany są ledwo odmalowane. Miejscowi domyślają się, co tam było, ale nie chcą dociekać. Przecież trzeba żyć. Wpatrywać przyszłości, a nie oglądać się wstecz.

Zapominanie jest rzeczą ludzką. Już sam upływ czasu wywołuje utratę informacji przechowywanych w pamięci. Ludzie mają nie tylko geny przyczyniające się do budowania silnych połączeń między neuronami, ale także geny zapobiegające tworzeniu tych połączeń, które są nośnikami wspomnień. Mają wbudowany mechanizm blokujący pamięć. Ponadto każde nowe doświadczenie wypiera zgromadzone wspomnienia. Z kolei Zygmunt Freud wykazał, że chcemy zapominać bolesne wspomnienia, ponieważ wywołują one lęk, wstyd i poczucie winy. Wiedza o tym, co było, zawsze jest ułomna,

a czasami nawet szczątkowa. Wspomagają ją nośniki pamięci – pamięć indywidualna i tradycja rodzinna, tradycja grupowa i narodowa, dzienniki i pamiętniki. Jednak nośniki pamięci nie są trwałe. Wiele z nich przestaje istnieć lub zmienia swoją formę w zupełnie coś innego. Podlegają też wtórnej interpretacji. Ta przypomina zaś często zabawę w głuchy telefon. Z wiadomym skutkiem. Ratunkiem może być pielęgnowanie pamięci poprzez archetypy – uniwersalny, wspólny wzorzec myślenia, postrzegania, przeżywania i działania w typowych sytuacjach. Archetypy wprowadzają porządek w życiu jednostek i zbiorowości. Mogą uczynić mądrymi, niezależnie od posiadanej wiedzy. Zawierają wiedzę ukrytą, wykraczającą poza świadomość. Tylko trzeba je wytworzyć i pielęgnować.

Staszek Mikke bywał w Rosji. Był w Katyniu, Charkowie, Moskwie. Był w Kottlasie. Nigdy nie był na Sołowkach. Pojechałem więc na Wyspy Sołowieckie, kiedy tylko nadarzyła się sposobność. Na Morzu Białym, w pobliżu koła podbiegunowego, prawie na końcu świata, leży jedna duża, dwie średnie, kilka małych i kilka zupełnie malutkich wysepek. Zima trwa tam pół roku, a dzień wówczas ma zaledwie dwie godziny. Latem słońce nie zachodzi. Nigdy też nie zasypiają komary. Na największej wyspie w XV w. zbudowano monastyr. Był jednym z najważniejszych świętych miejsc prawosławia. Bywał też twierdzą, często wykorzystywany był na więzienie. Trzydzieści lat odsiedział w nim ostatni ataman wolnej Siczy Zaporoskiej Piotr Kałnyszewskij. Po 1917 r. bolszewicy umieścili tam Sołowiecki Łągier Specjalnego Przeznaczenia, pierwszy w ZSRR, wzór dla późniejszego Gułagu. Mnichów uwięziono, oprócz jednego, który obsługiwał latarnię morską umieszczoną w kopule cerkwi na Siekiernej Górze. Prowadzi do niej 365 stopni drewnianych schodów. Podobno Bóg wybacza po jednym przewinieniu za każdy pokonany stopień. W czasach łagru był tam obozowy izolator. W ramach kar przywiązywano więźniów do drewnianych bali i strącano ze szczytu góry. W zimie skazańców oblewano wodą. Latem zostawiano nagich więźniów w lesie – zabijały ich komary. Samą cerkiew można zwiedzać. Ja chciałem też zobaczyć miejsce na leśnym stoku, w którym ekshumowano trzydzieści ciał byłych więźniów. Tylko trzydzieści z setek, tysięcy? Przewodniczka sprzeciwiła się: „Tam nie prowadzimy”. „Ale ja tam właśnie chcę. Po to przyjechałem” – nalegałem. „Ale tam nic nie ma. Tylko drzewa, doły i krzyże” – tłumaczyła. Właśnie dlatego trzeba tam pójść, pomodlić się, pomilczeć. Czasem tylko tyle możemy zrobić. Uparłem się i poszliśmy. Rzeczywiście zastaliśmy tylko doły, z których wydobyto ciała. Pochowano je obok, bez żadnego wyodrębnienia, w ziemi, tyle że przy mogiłach wbito krzyże i opisano, ile osób tam spoczywa. Inna wrażliwość. Inna potrzeba pamięci. Wypieranie wstydlivych wspomnień. Tak się wydawało, ale kiedy popytałem, okazało się, że miejscowi chcą pamiętać. To prawosławna Cerkiew wymaga milczenia o łagrze, bo nie chce kłać świętego od wieków miejsca mrocznym i niepasującym do świętości epizodem. Mnisi wrócili na Sołowki wraz z pierestrojką i obecnie niemal rządzą wyspami. Kiedy w monastyrze poszczą, to w osadzie nie sprzedaje się mięsa. Więc mnisi mają też władzę zakazywania wspomniania o łagrze. W miejscu, w którym wszystko z łagrem jest związane. Droga betonka zbudowana przez zeków. Baraki łagierne do dzisiaj zamieszkiwane przez miejscowych. Nawet w samym budynku klasztoru w jednych drzwiach odkryłem jeszcze obozowego judasza, przez który strażnik obserwował celę. Ale wspominać nie trzeba.

Treść pamięci zbiorowej nie jest ustalona raz na zawsze, podlega zmianom, nieustannej

selekcji, interpretacji. To walka zapomnienia z upamiętnianiem. Dlatego trzeba wracać do wartości z przeszłości. Budują naszą przyszłość. Zamykanie przeszłości w skansenie, traktowanie jej instrumentalnie, bez wiary w autentyczne znaczenie, wyrządza tożsamości więcej szkody niż zwykle zapominanie. Bo w ten sposób poniza się przeszłość, a tym samym niszczy się siebie. Tej wiedzy i refleksji często brakuje. Kilka lat temu adwokaci masowo oglądali film opisujący minione lata w adwokaturze, z wyeksponowanym tragicznym czasem smoleńskiej katastrofy, w której zginęło czworo adwokatów. W której życie stracili także Joanna Agacka-Indecka i Stanisław Mikke. Przeżycia w trakcie pokazów były autentyczne. Ludzie byli dumni, lepsi, czasem tylko z tego powodu, że mogli czuć się wspólnotą. Niedługo potem, kiedy odpadły bieżące kalkulacje, przestano pokazywać ten film, bo „to zbędna martyrologia”. Bezmyślna wymówka, która bywa usprawiedliwieniem dla własnej małości. Pamięć nigdy nie przeszkadza w budowaniu przyszłości. Wręcz przeciwnie. Stwarza szansę na dobrą przyszłość.

Kanał Białomorski to 227 km, z czego 37 km wykutych w skalnym podłożu, bez pomocy maszyn, w dwadzieścia jeden miesięcy. To wodne przejście z Morza Bałtyckiego do Morza Białego wybudowane zbrodniczym kosztem – jeden zmarły za jeden metr gotowego kanału. Nawet wymienienie w ostatnich publikacjach dużo niższej liczby ofiar w niczym nie umniejsza bezmiaru zbrodni dokonanej w imię abstrakcyjnej idei. Kanał okazał się zbyt płytki (3,5 m głębokości), więc w lipcu 1933 r. Stalin miał powiedzieć, że kanał jest jednak „zupełnie bezsensowny”. Kiedy zbliżyliśmy się do kanału, z nieodległej budki strażniczej wyszła niemłoda kobieta w mundurze, z owczarkiem niemieckim na smyczy. „Nie wolno fotografować” – krzyknęła w naszą stronę. „A gdzie to jest napisane?” – próbowaliśmy się droczyć. „Nie dyskutujcie, bo zamkniemy i już” – nie pozostawiła wątpliwości. Mimo wszystko zdjęcie zostało zrobione. Wbrew zakazowi. I żeby dodatkowo zademonstrować, wypaliliśmy po białomorze – legendarnym papierosie produkowanym w tych stronach. Zakazu palenia przy kanale wszak nie ma. Niepalący palący papierosy – absurd sytuacji chronił przed grozą wiejącą z tragicznej inwestycji. Kanał jest zbędny, ale nie można go wyłączyć z eksploatacji, bo oznaczałoby to zalanie wielu miejscowości. W trakcie budowy przerwano naturalne bariery. A niedaleko kanału człowiek pozostawił ślad wspaniały. W środku lasu, na polanie, w granitowej skale wyryto 470 wizerunków ludzi i zwierząt, sceny polowań, walki i zabawy. Ryty naskalne (petroglify) pochodzą z III–I tysiąclecia p.n.e. Wolno fotografować. Nikt nie chroni bezcennego skarbu cywilizacji. Z jednej strony pilnie strzeżony bezwartościowy zbiornik brudnej wody, który już w chwili otwarcia był archaiczny. Z drugiej strony bezcenny zabytek bez opieki.

Historia zbiorowości jest ważna dla jej członków. Jeśli znają historię, jeśli znają własne korzenie, lepiej rozumieją teraźniejszość. Znajomość przeszłości pozwala identyfikować się z ludźmi wokół, bo ci wyrastają z tych samych wartości. Pomijanie przeszłości to odcinanie się od własnych korzeni. Nie da się skupić wyłącznie na tym, co tu i teraz, ani wyłącznie na budowaniu przyszłości. Jednak z pamięcią o przeszłości wiążą się i zagrożenia. Często pamięć staje się balastem, który blokuje rozwój i zaburza relacje z innymi. Kiedy liczy się tylko przeszłość, kiedy staje się wartością samą w sobie, wówczas wszystko sprowadza się do upamiętnień, zaniedbywania teraźniejszości i wzruszania się własną historią. A historia nie dostarcza żadnego prawa do teraźniejszych przewag. Te trzeba wypracowywać dzisiaj, nie czerpać ich z przeszłości.

Kem to był punkt, w którym skazani przesiadali się z pociągu na łodzie i przeprawiali przez morze do sołowieckiego obozu. Dzisiaj wygląda jak scenografia do filmu o zagładzie cywilizacji. Porozwalane budynki poprzemysłowe. Rampa kolejowa zarośnięta krzakami i zasypana gruzem. Zardzewiałe szyny. Zapadające się w ziemi, powykrzywiane na wszystkie strony drewniane baraki. Na środku drogi wyrosło drzewo. Obok porzucona dekoracja z innej epoki. W 2006 r. w tym miejscu kręcono słynną „Wyspę” Pawła Łungina. Rzecz o wyizolowanym klasztorze, w którym żyje odseparowany od reszty mnichów samotnik, zatrudniony w kotłowni. Sam dba o ogrzewanie całego klasztorowego kompleksu. Pogardzany przez współbraci, sponiewierany przez życie, on jedyny rozpoznaje znaki czasu, potrafi zmierzyć się ze złem, udzielić wskazówek tym, którzy błądzą. Otoczenie zarzuca mu, że burzy poczucie wartości oparte na bezmyślnym odworowywaniu zachowań bez refleksji, więc i bez znaczenia.

Proroków zabijano, bo zakłócali święty spokój, wypominali nieprawości, ale najczęściej za występowanie przeciwko swoim. „Widzący, idź, uciekaj sobie do ziemi Judy! I tam jedz chleb, i tam prorokuj! A w Betel więcej nie prorokuj (...)” – mówi kapłan Amazjasz do proroka Amosa (Am 7, 12–13). Krytyka była uważana za podważanie autorytetu wspólnoty. Za osłabianie. Nawet jednak Naród Wybrany nie ma gwarancji świętego spokoju i dla przetrwania potrzebuje nazwać rzeczy po imieniu i uderzyć się w piersi. Krytyczny pogląd na przeszłość i zachowania własnej społeczności nie jest zdradą, ale właśnie prawdziwym wsparciem. Na pewno bardziej potrzebnym niż wygłaszanie wzniosłych haseł i pustych frazesów.

Stanisław Mikke docierał do prawdy o Wschodzie. Sam pozostawił tam wiele śladów. Nawet w miejscach, do których nigdy nie dotarł. Zetknąłem się z człowiekiem, który kiedy dowiedział się o polskich ekshumacjach prowadzonych w Charkowie, pojechał tam ze Lwowa na rowerze. W książce „*Śpij, Mężny*”... Mikke nie wspomina o takim spotkaniu. Może rzeczywiście się nie spotkali. Może spotkali się, ale autor nie umieścił tego wspomnienia w książce. Lwowianin, dzisiaj komendant harcerstwa polskiego na Ukrainie, napisał: „Dziś zamknąłem ostatnią stronę ofiarowanej przez Pana książki Stanisława Mikke. Nawet trudno mi opisać moje wrażenia, tyle wątków oprócz zwyczajnej relacji z Jego działań, tyle myśli, które były, są i niestety będą aktualne. Jestem też pod wrażeniem losu, który wiedział, kto i kiedy ma mi coś tak wspaniałego ofiarować. Jeszcze jedna refleksja, że po tym wszystkim, czego Pan Stanisław dokonał, to, co się stało na końcu, było nieuniknione”. Niechaj zmarli ufają żywym: głosił za Gajcym Staszek Mikke. Ufajcie żywym, nie wszyscy zapominają, wielu pamięta.

ETYCZNE I PROCEDURALNE DETERMINANTY PEŁNIENIA FUNKCJI SĘDZIEGO, OBROŃCY I OSKARŻYCIELA W KONTRADYKTORYJNYM PROCESIE KARNYM

1. Uchwalona w dniu 27 września 2013 r. ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw przynosi za sobą zasadnicze modyfikacje reguł pełnienia funkcji procesowych przez sędziego, obrońcę¹ oraz oskarżyciela². Wprowadzone na mocy tej regulacji rozwiązania stawiają przed sędziami, prokuratorami i adwokatami nowe zadania, stwarzając jednocześnie wiele wyzwań i zagrożeń niewystępujących na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji procesowych. W konsekwencji z uwagi na wprowadzone zmiany ponownego przemyślenia i ukształtowania wymagają zasady pełnienia funkcji oskarżyciela i obrońcy w kontraduktoryjnym procesie karnym, w tym także modyfikacji zasad deontologii i etyki zawodowej. By należycie wyświetlić ujawniające się na gruncie znowelizowanych przepisów proceduralnych problemy oraz podjąć próbę chociażby wstępnego ich rozwiązania, warto na przedpolu zarysować najistotniejsze założenia i cele nowelizacji, a także wynikające z nich nowe modelowe ujęcie polskiej procedury karnej. Nowelizacja Kodeksu postępowania karnego oparta została na krytycznej ocenie funkcjonowania kodyfikacji prawa procesowego z 1997 r. w praktyce oraz założeniu, że usunięcie dostrzeżonych wad wymaga istotnej modyfikacji modelu procesu karnego, w tym w szczególności poszerzenia zakresu kontraduktoryjności³ oraz

¹ Co do znaczenia nowelizacji procedury karnej dla realizacji funkcji obrony zob. m.in. C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 462 i n.; P. Wiliński, *Konsensualizm a kontraduktoryjność w polskim procesie karnym w świetle projektowanych zmian*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu. Adwokatura a modele procedur sądowych*, red. J. Giezek, A. Malicki, Warszawa 2013, s. 23 i n.; P. Kardas, *Obrońca i oskarżyciel w procesie karnym – granice kontraduktoryjności a możliwość współpracy*, (w:) *Współczesna adwokatura wobec innych zawodów prawniczych*, red. J. Giezek, Warszawa 2011, s. 29–62.

² Co do znaczenia nowelizacji procedury karnej dla realizacji funkcji ścigania i oskarżenia zob. m.in. uwagi R. Hernanda, *Uwagi kilka na temat nowego modelu procedury karnej*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu. Adwokatura a modele procedur sądowych*, red. J. Giezek, A. Malicki, Warszawa 2013, s. 41–57.

³ Zarówno krytyczna ocena funkcjonowania Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. w praktyce oraz założenia nowelizacji i jej podstawowe cele zostały wyraźnie wyeksponowane w uzasadnieniu projektu. Zob. szerzej uzasadnienie projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego zamieszczone na stronie: <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/>. Zob. też P. Hofmański, *Prawda materialna w kontraduktoryjnym procesie karnym*, (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, red. S. Waltoś, CzPKiNP 2011, Rok XV, s. 161 i n.; P. Kardas, *Mieszany, kontraduktoryjny czy inkwizycyjny proces karny. Uwagi o kierunkach projektowanych zmian kodeksu postępowania karnego*, (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, s. 181 i n. Warto w tym miejscu przytoczyć kreśloną z perspektywy etycznej i teoretycznoprawnej charakterystykę modelu inkwizycyjnego przedstawioną przez L. Fullera i J. Randalla, wskazujących, że „w praktyce zwykle jest tak, że już w pewnym początkowym stadium sprawy, z wstępnie

usprawnienia i przyspieszenia postępowania karnego poprzez poszerzenie zakresu zastosowania instrumentów konsensualnych⁴. Oba zasadnicze kierunki nowelizacji mają w ocenie projektodawców komplementarny charakter, służyć mają sanacji najpoważniejszych mankamentów polskiego procesu karnego, w tym w szczególności eliminacji lub co najmniej minimalizacji zjawiska przewlekłości postępowania, nieuzasadnionego i nadmiernie rozbudowanego wykorzystywania instrumentów przymusu procesowego, likwidacji zbędnego formalizmu, wreszcie – co stanowi kłamrę spinającą wszystkie proponowane rozwiązania – zagwarantowaniu przestrzegania przez organy procesowe standardów gwarancyjnych na satysfakcjonującym z punktu widzenia międzynarodowego i konstytucyjnego poziomie. Ważę i znaczenie komplementarności zmian wyeksponowano w uzasadnieniu projektu nowelizacji, wskazując, że „prezentowany przez Komisję projekt stanowi spójną i kompleksowo przemyślaną całość. Jedne zmiany generują konieczność zaproponowania innych. W konsekwencji nie jest możliwe, bez szkody dla spójności systemu, częściowe wprowadzenie proponowanych w projekcie rozwiązań z jednoczesną rezygnacją z innych”⁵. 2. Jakkolwiek przyjęte przez prawodawcę rozwiązania w części obejmującej zwiększenie elementów kontradiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym nie pociągają za sobą radykalnej zmiany modelu procesu karnego, to nie sposób nie dostrzec ich znaczenia dla funkcjonowania praktyki. Polski proces karny, zarówno przed nowelizacją, jak i po jej wprowadzeniu, pozostaje procesem mieszanym⁶, jednak wprowadzone zmiany mają na celu „odwrócenie” zasad określających sposób i tryb przeprowadzenia dowodów w postępowaniu jurysdykcyj-

ustalonych okoliczności zdaje się wylaniać pewna gotowa hipoteza, która chętnie bez dalszych dowodów jest przyjęta, tworzy się jakąś prowizoryczną koncepcję sprawy, nadaje jej jakiś gotowy szyld, szufladkuje ją. Byłoby błędem zakładać, że takie przedwczesne zaszufladkowanie sprawy musi wynikać z niecierpliwości, pośpiechu, uprzedzeń, nawyków czy lenistwa intelektualnego. Często wynika ono z w pełni zrozumiałego pragnienia uporządkowania postępowania procesowego, nadania mu pewnej spójności, jako że bez takiej jakiegóż wstępnej koncepcji trudno jest ustalić, co jest relewantne dla sprawy, a co nie. Jednak to, co z początku ma być jedynie prowizorycznie przyjętą koncepcją, z biegiem czasu szybko i niepostrzeżenie staje się ustalonym punktem widzenia sprawy – i wszystko, co tej wizji służy, na trwałe pozostaje w pamięci, natomiast do tego, co do niej nie pasuje – nie przywiązuje się uwagi” – L. Fuller, J. Randall, *Professional Responsibility. Raport of the Joint Conference*, ABA Journal 1958, vol. 44.

⁴ W taki sposób zasadnicze kierunki nowelizacji procesu karnego wprowadzonej na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. ujmuje także P. Wiliński, *Konsensualizm a kontradiktoryjność*, (w:) *Adwokatura a modele procedur sądowych*, s. 23 i n.

⁵ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/>

⁶ Model obowiązujący na gruncie przepisów sprzed nowelizacji określano powszechnie jako względnie inkwizycyjny, akcentując przewagę elementów inkwizycyjnych nad kontradiktoryjnymi. Model wprowadzany na mocy uchwalonej nowelizacji określać można jako względnie kontradiktoryjny, akcentując tym samym przewagę elementów kontradiktoryjnych. Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Mieszany, kontradiktoryjny czy inkwizycyjny*, (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, s. 181 i n.; J. Skorupka, *W kierunku kontradiktoryjnej rozprawy głównej*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego. Konferencje Naukowe Izby Adwokackiej we Wrocławiu*, red. J. Giezek, A. Malicki, Warszawa 2012, s. 38 i n. To, że projektowana nowelizacja realizowana pod hasłem zwiększenia kontradiktoryjności postępowania dowodowego nie narusza istoty mieszanego modelu procesu, od początku akcentowali twórcy tego rozwiązania. Zob. w szczególności P. Hofmański, S. Zablocki, *O modelu postępowania przygotowawczego i sądowego (W związku z pracami Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego)*, (w:) *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Holdy*, red.

nym poprzez zastąpienie dominującej aktualnie oficjalności i inkwizycyjności postępowania dowodowego realizowanego przez sąd zasadą przeprowadzania dowodów przez strony, przy zachowaniu przez sąd pozycji „biernego arbitra”. Nie wykluczając całkowicie możliwości wykorzystywania zasady oficjalności i przeprowadzania przez sąd z urzędu dowodów niezależnie od inicjatywy stron postępowania, a nawet wbrew niej, akcentują jej wyjątkowy charakter, wymagający w każdym przypadku szczególnego uzasadnienia⁷. Wprowadzenie zasady kontradiktoryjności postępowania dowodowego przed sądem przenosi ciężar dowodu i ciężar dowodzenia⁸, a wraz z nimi odpowiedzialność za wynik procesu, na strony postępowania⁹. Te rozwiązania mają stymulować efektywność dowodzenia, sprzyjać realizacji zasady równości broni, służyć spełnieniu zasady prawdy materialnej, wreszcie istotnie zwiększać gwarancje przestrzegania przez sąd reguł rzetelnego procesu¹⁰, w tym zwłaszcza zachowania równego dystansu do stron postępowania oraz wystrzegania się sprzyjania przez sąd oskarżeniu w związku z obowiązkiem poszukiwania i przeprowadzania dowodów służących do poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych niezależnie od aktywności i inicjatywy dowodowej stron¹¹. Regulacjom wprowadzającym oparty na dominacji elementów kontradiktoryjności model postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym towarzyszą jedynie kosmetyczne zmiany regulacji postępowania przygotowawczego¹². Obok zmian zwiększających zakres kontradiktoryjności postępowania dowodowego przed sądem,

B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski, Warszawa 2011, s. 173–181; P. Hofmański, *Prawda materialna w kontradiktoryjnym procesie karnym*, (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, s. 161 i n.

⁷ Zob. interesujące uwagi J. Skorupki, *W kierunku kontradiktoryjnej rozprawy głównej*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, s. 38 i n.

⁸ Zob. interesujące uwagi J. Skorupki, *Ciężar dowodu i ciężar dowodzenia w procesie karnym*, (w:) *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2011, s. 123 i n.

⁹ Zob. też niezwykle interesujące uwagi P. Wilińskiego, *Konsensualizm a kontradiktoryjność*, (w:) *Adwokatura a modele procedur sądowych*, s. 23 i n.

¹⁰ Zob. uwagi M. Wąsek-Wiaderek, *Zasada równości w polskim procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2003, s. 279 i n.; J. Skorupka, *W kierunku kontradiktoryjnej rozprawy głównej*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, s. 40.

¹¹ Znaczenie projektowanej zmiany J. Skorupka ujmuje następująco: „obowiązkiem przewodniczącego składu orzekającego nie będzie już baczenie, aby zostały wyjaśnione wszystkie okoliczności sprawy. Do wyjaśnienia tych okoliczności obowiązane są strony, a zwłaszcza oskarżyciel” – *W kierunku kontradiktoryjności rozprawy głównej*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, s. 44.

¹² Twórcy uchwalonych rozwiązań w uzasadnieniu projektu wskazują, że rezygnując z wprowadzenia do postępowania przygotowawczego czynnika sądowego (sędziego śledczego czy też sędziego ds. śledztwa), przyjęto założenie, wedle którego czynności dowodowe postępowania przygotowawczego „mają – co do zasady – stworzyć podstawę skargi oskarżycielskiej (przeprowadzane są dla oskarżyciela, a nie dla sądu), a jedynie wyjątkowo – w takim zakresie, w jakim przeprowadzenie dowodu przed sądem nie będzie możliwe – wykorzystywane będą przez sąd jako podstawa ustalania faktów. Oczywiście Komisja ma pełną świadomość, że założenie powyższe nie może prowadzić do rezygnacji z dokonywania i dokumentowania czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym, albowiem może to w oczywisty sposób spowodować utrudnienia dla osiągnięcia celów postępowania, w szczególności wówczas, gdy w grę wchodzi dowody „niepowtarzalne” albo ślady (w tym pamięć) ulegające zacieraniu z biegiem czasu. Stąd też propozycji ukształtowania nowego modelu kontradiktoryjnego postępowania sądowego nie towarzyszą postulaty gruntownych zmian modelowych w obrębie postępowania przygotowawczego, chociaż proponuje się wyraźne zaakcentowanie jego odmiennych niż obecnie celów”. W nadanym przez nowelę z dnia 27 września 2013 r. brzmieniu art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. stanowi, że „celem postępowania przygotowawczego jest: zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów po to, by przedstawić je sądowi”.

realizowanego z zachowaniem zasady bezpośredniości¹³, nowelizacja istotnie poszerza zakres wykorzystywania w procesie karnym instytucji konsensualnych, w tym w szczególności uregulowanego w art. 335 k.p.k. skazania bez przeprowadzenia rozprawy oraz przewidzianej w art. 387 k.p.k. instytucji dobrowolnego poddania się karze. Zarazem nie ulega zmianie normatywna istota konsensualizmu w polskim procesie karnym, który wyklucza – z pewnością *de lege lata* – możliwość objęcia porozumieniem sprawstwa, okoliczności faktycznych, a więc podstawy odpowiedzialności oraz prawnokarnej kwalifikacji¹⁴. Kształt instytucji konsensualnych w polskim systemie prawa przesądza, że z uwagi na ich następczy charakter, a dokładniej oparcie konsensualizmu na niebudzących wątpliwości ustaleniach co do osoby sprawcy, okoliczności faktycznych, kwalifikacji prawnej oraz winy sprawcy, zasadnicze, wręcz fundamentalne znaczenie ma w przypadku instytucji konsensualnych przygotowawcze stadium procesu. To właśnie w toku postępowania przygotowawczego przeprowadzane są, dokumentowane w odpowiedni sposób i gromadzone w aktach, dowody, na podstawie których dochodzić może do stwierdzenia sprawstwa i winy konkretnej osoby, stanowiących wstępny warunek porozumień co do kary, środków karnych, obowiązku naprawienia szkody, wreszcie kosztów postępowania¹⁵. Takie ukształtowanie znowelizowanych rozwiązań procesowych wyraźnie akcentuje dwutorowość procesu: pełnego, pozbawionego uproszczeń postępowania karnego, przechodzącego przez wszystkie stadia i etapy, począwszy od stadium przygotowawczego, a skończywszy na nadzwyczajnym postępowaniu kasacyjnym, oraz uproszczonego, skróconego procesu opartego na wykorzystywaniu instrumentów konsensualnych oraz w pewnym zakresie regulacji dotyczących mediacji, ograniczanego do realizowanego w pełnym zakresie postępowania przygotowawczego oraz zminimalizowanego postępowania sądowego, sprowadzającego się do analizy

¹³ O pewnych wątpliwościach związanych z konsekwentnym wprowadzeniem na mocy znowelizowanych przepisów zasady kontrydiktoryjnego postępowania dowodowego przeprowadzanego z zachowaniem zasady bezpośredniości pisałem w pracy P. Kardas, *Odstępstwa od zasady bezpośredniości a model postępowania przygotowawczego. Uwagi na marginesie propozycji zwiększenia zakresu kontrydiktoryjności w procesie karnym*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora J. Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 408 i n.

¹⁴ Stanowiska w sprawie zakresu konsensualizmu w polskim procesie karnym są jednak podzielone. Zob. w tej kwestii S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym*, Kraków 2003, s. 430 i n.; W. Jasiński, *Instytucje skazania bez rozprawy (art. 335 k.p.k.) oraz dobrowolnego poddania się odpowiedzialności (art. 387 k.p.k.) na tle naczelnych zasad procesu karnego*, Prok. i Pr. 2005, z. 9, s. 17 i n.; P. Kardas, *Konsensualne sposoby rozstrzygnięcia w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r.*, Prok. i Pr. 2004, z. 1, s. 48; P. Wiliński, *Konsensualizm a kontrydiktoryjność*, (w:) *Adwokatura a modele procedur sądowych*, s. 25.

¹⁵ O znaczeniu dowodów przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym dla trybów konsensualnych znamienne piszą T. Grzegorzcyk i J. Tylman, podkreślając, że „oczywista więc staje się konieczność opierania przez sądy rozstrzygnięć na materiale dowodowym z postępowania przygotowawczego. Z punktu widzenia zasady bezpośredniości nie ma przy tym istotniejszego znaczenia, czy przyjmuje się, że podstawę dowodową wyroku skazującego stanowią materiały dowodowe zgromadzone w postępowaniu przygotowawczym (z całości), czy też sąd, wyrokując w trybie konsensualnym, w rzeczywistości dokonuje własnych ustaleń faktycznych – tyle że nie w efekcie przeprowadzenia postępowania dowodowego uwzględniającego wymagania zasady bezpośredniości oraz reguły dowodzenia ścisłego. Owe własne ustalenia faktyczne sądu są wynikiem dowodzenia swobodnego, przeprowadzonego w warunkach ograniczonego lub wyłączonego formalizmu, przejawiającego się przede wszystkim w zapoznaniu się sądu z aktami postępowania przygotowawczego” – *Polskie postępowanie karne*, wyd. 7, Warszawa 2009, s. 103.

warunków porozumienia oskarżyciela i oskarżonego lub wniosku oskarżonego oraz w razie jego akceptacji podjęcia decyzji o zakończeniu procesu skazaniem bez przeprowadzenia rozprawy przy istotnych uproszczeniach proceduralnych, w szczególności zaś wprowadzeniu możliwości uwzględnienia wniosku oskarżonego na posiedzeniu¹⁶. Ma to fundamentalne znaczenie dla określenia powinności sądu, oskarżyciela i obrońcy, odmiennie ukształtowanych w obu modelach procesu.

3. Naturalną konsekwencją wprowadzonych na mocy noweli z 27 września 2013 r. zmian jest odmienne określenie roli obrońcy i oskarżyciela¹⁷, a także odmienne usytuowanie pozycji sądu i skorelowane z tym odmienne określenie jego roli w procesie. Z tej perspektywy można bez ryzyka popełnienia większego błędu konstatować, że projektowana zmiana ma charakter zasadniczy, jej konsekwencje zaś dla praktyki stosowania prawa karnego okazać się mogą wręcz fundamentalne¹⁸. Propozycje zmiany modelu procesu nakładają się jednak na wieloletnią tradycję funkcjonowania przedstawicieli poszczególnych profesji prawniczych w modelu opartym na dominacji elementów inkwizycyjnych¹⁹. To powoduje, że projektowane zmiany są różnorodnie oceniane przez

¹⁶ Na dwutorowość rozpoznawania spraw karnych opartą na pełnym klasycznym postępowaniu karnym oraz modelu postępowań konsensualnych zwraca uwagę P. Wiliński, prognozując, że po wejściu w życie uchwalonych nowelą z dnia 27 września 2013 r. zmian niewiele ponad 20% spraw rozstrzyganych będzie przy wykorzystaniu kontradiktoryjnego postępowania dowodowego przed sądem. Zob. szerzej P. Wiliński, *Konsensualizm a kontradiktoryjność*, (w:) *Adwokatura a modele procedur sądowych*, s. 25 i n. Zob. też P. Kardas, *Nowelizacja kodeksu postępowania karnego w perspektywie związków prawa karnego procesowego z prawem materialnym. Kilka uwag na przykładzie mechanizmów redukcyjnych*, (w:) *Adwokatura a modele procedur sądowych*, s. 76 i n.

¹⁷ Co do roli i funkcji obrońcy i oskarżyciela w procesie karnym, z uwzględnieniem ewentualnej modyfikacji polskiej regulacji procesowej w kierunku kontradiktoryjności, a także standardów pełnienia funkcji obrońcy i oskarżyciela, zob. szerzej C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawoporównawczej*, Kraków 2005, *passim*.

¹⁸ Trzeba jednak już w tym miejscu zaznaczyć, że z uwagi na niektóre propozycje rozwiązań szczegółowych zawarte w projekcie w piśmiennictwie przedstawiono wątpliwości co do konsekwencji wprowadzenia w życie tej nowelizacji, w szczególności w zakresie zmiany w praktyce orzeczniczej aktualnego sposobu prowadzenia procesu karnego, opartego na wyraźnej dominacji i aktywności, w szczególności w sferze postępowania dowodowego sądu, a także w zakresie zwiększenia szybkości postępowania sądowego. Zastrzeżenia zasadzają się generalnie na regulacji zawartej w projektowanym art. 167 k.p.k., w którym postuluje się zmianę zasad i trybu przeprowadzania dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym, przyjmując generalną zasadę prowadzenia dowodów przez strony, które złożyły wniosek o przeprowadzenie dowodu, zarazem jednak pozostawia się możliwość przeprowadzenia dowodu z urzędu przez sąd w wyjątkowych i szczególnie uzasadnionych przypadkach. To rozwiązanie stanowi dla jednych podstawę sceptycznych ocen dotyczących rzeczywistego wpływu projektowanej nowelizacji na praktyczny przebieg postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, dla innych zaś stanowi niewystarczający instrument gwarantujący realizację zasady prawdy materialnej. Zob. m.in. P. Hofmański, *Prawda materialna w kontradiktoryjnym procesie karnym*, (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, s. 161 i n.; P. Kardas, *Mieszany, kontradiktoryjny czy inkwizycyjny*, (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, s. 181 i n.; J. Jodłowski, *Wpływ ograniczenia inicjatywy dowodowej sądu na realizację zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym*, CPKiNP 2012, nr 2, s. 159 i n.; P. Kowalski, *Zasada kontradiktoryjności procesu karnego w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 73 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, *W kierunku kontradiktoryjności procesu karnego*, „Mida” 2011, nr 3; M. Czajka, *W stronę kontradiktoryjności procesu karnego – głos sędziego*, „Mida” 2011, nr 8; B. Nita, A. Świątłowski, *Kontradiktoryjny proces karny (między prawdą materialną a szybkością postępowania)*, PiP 2012, nr 1, s. 33 i n.

¹⁹ Interesująco o tej kwestii pisze C. Kulesza, *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawoporównawcze)*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdły*, Warszawa 2009, s. 145 i n. Zob. też uwagi S. Waltosia, wskazującego, że zasada kontradiktoryjności, stanowiąca jeden z fundamentów

przedstawicieli środowisk prawniczych, stwarza też zagrożenia związane z realizacją w praktyce stosowania prawa podstawowych celów uchwalonej reformy procedury karnej²⁰. Przesądza także, że ich wejście w życie skutkować będzie istotnym wzrostem znaczenia etycznych zasad wykonywania poszczególnych profesji prawniczych, tylko bowiem dopełnienie określonych regulacji proceduralnych zasadami etyki zawodowej poszczególnych profesji prawniczych prowadzić może do efektywnej zmiany praktyki stosowania prawa²¹. W tym kontekście wskazać można kilka obszarów, w których wejście w życie projektowanych zmian Kodeksu postępowania karnego skutkować może modyfikacją roli i znaczenia zasad etyki zawodowej sędziów, obrońców i oskarżycieli.

4. Zmiana pozycji i roli sądu w postępowaniu jurysdykcyjnym, mająca na celu usytuowanie sądu w roli bezstronnego, biernego i niezaangażowanego w żaden sposób w prowadzony przez strony spór arbitra, powoduje, że szczególne znaczenie odgrywać będą zasady związane z zachowaniem bezstronności oraz wypracowaniem szczegółowych zasad moderowania sporu wiedzonego przez oskarżyciela i obrońcę. W systemach opartych na modelu kontradyktoryjnym zasady etyki zawodowej w sposób szczególny akcentują właśnie tę kwestię²². Wymóg zachowania odpowiedniego dystansu do toczących spór: oskarżyciela i obrońcy, powinność zachowania bezstronności, połączony z nakazem czuwania nad przestrzeganiem reguł i zasad przez prowadzących spór, zaliczany jest do kategorii nadrzędnych zasad etycznych określających sposoby postępowania sędziów. Nie ma wątpliwości, że wynikające z przyjmowanych zasad etycznych gwarancje, związane także z dopuszczalnymi i preferowanymi sposobami zachowania sądu w toku czynności procesowych na sali rozpraw, zaliczane są do fundamentalnych w procesie kontradyktoryjnym. Obejmują one w zasadzie wszystkie aspekty aktywności sądu na sali rozpraw, poczynając od postulatu najdalej idącej

rzetelnego procesu karnego, stanowi najdoskonalszą metodę ustalenia prawdy materialnej, będącej w procesie kontynentalnym podstawą rozstrzygnięć procesowych, zarazem podkreślającego, że zasada prawdy materialnej jest naczelną i priorytetową zasadą procesu karnego, której realizacji podporządkowane są wszystkie pozostałe zasady – *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 281 i n. Co do znaczenia konserwowanego w praktyce stosowania prawa historycznego paradygmatu wykładniczego dla procesów interpretacji i stosowania prawa w praktyce zob. szerzej P. Kardas, *Historyczny paradygmat wykładniczy a współczesne problemy stosowania prawa*, (w:) *Vetera Novis Augere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszczakowi*, Kraków 2010, s. 211 i n.

²⁰ W pewnym zakresie zagrożenia co do realizacji przyjętych celów nowelizacji wynikają także z dających się dostrzec niespójności przyjętych przez ustawodawcę w noweli z dnia 27 września 2013 r. rozwiązań. O niektórych z nich, związanych z brakiem niezbędnych modyfikacji regulacji dotyczącej postępowania przygotowawczego, stwarzających zagrożenia dla realizacji idei kontradyktoryjności na etapie jurysdykcyjnym, pisałem w opracowaniu P. Kardas, *Odstępstwa od zasady bezpośredniości*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej*, s. 408 i n.

²¹ W kontradyktoryjnym systemie amerykańskiego procesu karnego „podstawowe znaczenie dla określenia pozycji prawnej obrońcy i jego funkcji pełnionych wobec oskarżonego i wymiaru sprawiedliwości ma prawo zawodowe adwokatów, a w szczególności wydane przez Amerykańskie Stowarzyszenie Adwokatów (American Bar Association) Modelowe Reguły Wykonywania Zawodu (Model Rules of Professional Conduct) i Modelowy Kodeks Odpowiedzialności Zawodowej (Model Code of Professional Responsibility)”. Por. C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy*, s. 101; tenże, *Wybrane etyczne aspekty „usprawniania” polskiej procedury karnej*, (w:) *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi*, red. A. Gerecka-Żołyńska, P. Górecki, H. Paluszkiwicz, P. Wiliński, Warszawa 2008, s. 211 i n.

²² Zob. m.in. uwagi R. Sarkowicza, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004, s. 188 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

wstrzemięźliwości w zakresie obejmującym realizowane przez strony czynności dowodowe, przechodząc przez kwestie związane z reakcją na różnorodne zachowania profesjonalnych uczestników procesu na sali rozpraw, aż po zagadnienia łączące się ze sposobem sprawowania czynności władczych powiązanych z zachowaniem adekwatnego przebiegu czynności procesowych i porządku na sali rozpraw. W kontekście uchwalonej nowelizacji skutkującej zmianą modelu procesu szczególnie istotna wydaje się zasada unikania bezpośredniego włączania się sądu w proces dowodowy, powstrzymywania się od charakteryzującego aktualny standard postępowania na sali rozpraw aktywnego kształtowania przez sąd czynności przesłuchania, narzucania własnej perspektywy określającej ramy prowadzonych czynności dowodowych. Dystans, wstrzemięźliwość w ingerowaniu w tok przeprowadzanych przez strony czynności, dystygowana i dyskretna postawa obserwatora, moderującego spór oraz baczącego, by wiodące go strony przestrzegały obowiązujących reguł, to podstawowe elementy charakteryzujące postawę i zachowanie sądu w toku kontradiktoryjnego procesu. Określają nie tylko postulowane i pożądane sposoby zachowania na sali rozpraw, ale przede wszystkim służą do zagwarantowania stanowiącego fundament roli sądu przekonania uczestników procesu o bezstronności i niezaangażowaniu po którejkolwiek stronie. Wnikliwe wsłuchiwanie się w racje przedstawiane przez strony, nacechowane równym dystansem do każdej z nich, stwarza podstawy do uzyskania przez sąd właściwej perspektywy i obrazu sprawy, ostatecznie zaś do rozwiązania sporu poprzez przyznanie racji jednej ze skonfliktowanych stron. Istota sądenia to przecież rozstrzygnięcie sporu, w który sąd w żaden sposób nie jest i nie może być zaangażowany, także w kwestiach incydentalnych. Przekonanie uczestników procesu o bezstronności i równym dystansie do prowadzących spór stron, budowane przede wszystkim na właściwym zachowaniu na sali rozpraw, stanowi podstawę zaufania i szacunku dla sądu, bez którego nie jest możliwe właściwe, tj. oparte na społecznej akceptacji, funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Nie ma powodu, by szerzej uzasadniać twierdzenie, że zdominowany paternalizmem i elementami inkwizycyjności proces karny nazbyt często generuje sytuacje, w których przeświadczenie stron o bezstronności i niezaangażowaniu sądu w spór bywa podawane w wątpliwość. Powstanie tych wątpliwości sprawia, że nawet najbardziej trafne merytoryczne rozstrzygnięcie przyjmowane jest jako niesprawiedliwe, bo stronnicze. To zaś podważa zaufanie do wymiaru sprawiedliwości, godzi w społeczną funkcję sądu. Zwiększenie elementów kontradiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym służyć ma także eliminacji tego typu zagrożeń. Rozwiązania proceduralne zawarte w Kodeksie postępowania karnego wymagają jednak silnego wsparcia ze strony etycznych zasad wykonywania funkcji sędziowskiej. W powyższym kontekście szczególne znaczenie ma wyjątkowe, ograniczone do szczególnych wypadków, korzystanie przez sąd z możliwości przeprowadzania dowodów z urzędu, niezależnie od woli i inicjatywy dowodowej stron, a także rozważne wykorzystywanie instrumentów władczych związanych z organizacją przebiegu rozprawy, wyważone oddalanie wniosków dowodowych przedstawianych przez strony oraz ingerowanie w sposób prowadzenia czynności przez profesjonalnych uczestników procesu. To ostatnie związane jest z ciężką na sądzie powinnością zachowania porządku na sali rozpraw, w szczególności zaś zapobiegania i eliminowania przejawów zachowania naruszających powagę rozprawy lub mogących naruszać godność albo dobra osobiste uczestników procesu. Ostrożność i wyważony

sposób korzystania z władczego instrumentarium uzasadnione są zarówno dążeniem do zachowania najdalej idącej bezstronności sądu, a w szczególności niedeprecjonowania postawy, zasadności i ewentualnego znaczenia czynności podejmowanych przez profesjonalnych uczestników sporu, jak i tym, że właśnie z uwagi na kontradiktoryjny charakter procesu istotnie zwiększa się w tym modelu zakres osobistego zaangażowania profesjonalistów, czasami przyjmujący postać agresywnej strategii obrony lub oskarżenia, której granice wyznacza co do zasady ewentualny negatywny wpływ obranego sposobu postępowania w trakcie czynności procesowych na efektywność systemu procesowego²³. W takim sporze istotnie zwiększa się liczba sytuacji, w których pojawiać się mogą emocje, generujące zachowania nacechowane pejoratywnym stosunkiem do stron. W tym zakresie trudno przecenić rolę reguł etyki zawodowej sędziów.

5. Przesunięcie ciężaru dowodzenia, a w konsekwencji także odpowiedzialności za wynik procesu, z sądu na strony, tj. oskarżyciela i obrońcę, sprawia, że w innym świetle postrzegać należy zasady profesjonalizmu i rzetelności zawodowej oskarżyciela i obrońcy, a także kwestie związane z lojalnością wobec sądu, zasadą współdziałania, wreszcie wymogami uczciwości i zasadami *fair play*. W zakresie elementów związanych z profesjonalnymi aspektami pełnienia określonych ról procesowych istotnej zmianie ulegają w świetle uchwalonej nowelizacji powinności ciążące na oskarżycielu i obrońcy na etapie poprzedzającym fazę jurysdykcyjną. Z punktu widzenia oskarżyciela zmiana modelu postępowania jurysdykcyjnego oznacza powinność rzetelnego i kompleksowego przygotowania sporu sądowego w zakresie okoliczności związanych z faktyczną podstawą formułowanych w skardze oskarżycielskiej zarzutów oraz w sferze związanej z kwalifikacją prawną. Kontradiktoryjny spór to przecież zarówno spór o fakty, jak i prawo właściwe dla ich oceny²⁴. Właściwe przygotowanie sprawy na etapie przygotowawczym obejmuje zatem nie tylko skrupulatne i przeprowadzone wedle reguł czynności związane ze zgromadzeniem informacji o dowodach, a w pewnym zakresie przeprowadzenie tych dowodów przez prokuratora na potrzeby postępowania sądowego, lecz także merytoryczną selekcję materiału dowodowego, odpowiednie uporządkowanie z punktu widzenia zasadniczych aspektów konstruowanych zarzutów, wreszcie przygotowanie stosownych wniosków dowodowych oraz koncepcji ich przeprowadzenia przed sądem. Zdaje się nie budzić wątpliwości, że projektowane zmiany procedury karnej zmierzają do racjonalizacji postępowania dowodowego przed sądem, obejmującej także właściwą selekcję dowodów, mającą na celu pominięcie stosunkowo częstych na gruncie aktualnej regulacji procesowej przypadków przeprowadzania przez sąd na wniosek oskarżyciela dowodów niepozostających we właściwych relacjach z okolicznościami stanowiącymi podstawę zarzutów. Na selekcję materiału dowodowego przed ostatecznym sformułowaniem w skardze oskarżycielskiej wniosków dowodowych wyraźnie wskazują projektowane zmiany, nakazując przekazanie wraz z aktem oskarżenia tych tylko materiałów zgromadzonych w postępowaniu przygotowawczym, które wymienione zostały w skardze uprawnionego oskarżyciela jako istot-

²³ Zob. szerzej C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy*, s. 109 i n.

²⁴ W najbardziej syntetycznym ujęciu kontradiktoryjny proces karny to prowadzony przed bezstronnym i pasywnym arbitrem spór, w trakcie którego równorzędni przeciwnicy przedstawiają sporne wersje faktów i prawa. Zob. także interesujące uwagi C. Kuleszy, *Efektywność udziału obrońcy*, s. 97 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

ne z punktu widzenia wnioskowanych przez oskarżyciela do przeprowadzenia przed sądem dowodów. Dokonanie w tym zakresie wyboru i selekcji to bez wątpienia nowy wymóg w polskim procesie karnym. Prawidłowe wypełnienie tej powinności odgrywać może istotną rolę z punktu widzenia przebiegu postępowania jurysdykcyjnego i ostatecznego wyniku procesu. W powyższym kontekście postrzegać należy sygnalizowaną w Zbiorze zasad etyki zawodowej prokuratorów zasadę współdziałania z uczestnikami postępowania, w szczególności zaś z obrońcą. Nie ma wszak wątpliwości, że oparte na dominacji zasady inkwizycyjnej postępowanie przygotowawcze, chronione zasadą tajności oraz wyraźnie ograniczonym dostępem do akt sprawy obrońcy i podejrzanego, sprawia, iż rzetelność procesowa, zasada działania *fair play*, z zachowaniem uczciwości i lojalności procesowej nakładają na prokuratora szczególne powinności w zakresie określania zasad dostępu obrońcy do zgromadzonych w toku postępowania przygotowawczego dowodów. Przy czym w kontekście wprowadzonych zmian procedury karnej istotne znaczenie ma prawo dostępu zarówno do tej części materiału, która przez oskarżyciela uznawana jest za ośnowę oskarżenia, jak i do dowodów i informacji uznawanych przez oskarżyciela w toku dokonywanej selekcji poprzedzającej sporządzenie aktu oskarżenia za mniej istotne. Akcentowana w Zbiorze zasad etyki zawodowej prokuratorów zasada współdziałania z sądem i obrońcą w kontekście kontradyktoryjnego procesu karnego winna być interpretowana jako reguła zakazująca utrudniania, ograniczania lub uniemożliwiania dostępu do materiałów dowodowych istotnych z punktu widzenia merytorycznych aspektów sprawy²⁵. Reguła ta odgrywać winna szczególną rolę w dwóch układach procesowych: sygnalizowanym już powyżej przypadku selekcji materiału przekazywanego wraz z aktem oskarżenia do sądu oraz w związku z czynnościami sądu w zakresie stosowania środków przymusu procesowego. W odniesieniu do wyboru materiału ujawnianego wraz ze skargą i zawartymi w niej wnioskami dowodowymi w toku postępowania jurysdykcyjnego istotne jest stworzenie możliwości zapoznania się obrońcy z tą częścią materiału zgromadzonego w toku postępowania przygotowawczego, która zostaje na tym etapie przez prokuratora pominięta. Zdaje się nie budzić wątpliwości, że w tym zakresie uprawnienie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w toku postępowania przygotowawczego wynika z prawa do obrony, zaś powinność umożliwienia dokonania tej czynności procesowej przez prokuratora – ze wskazanej wyżej zasady współdziałania i lojalności oraz funkcji procesowej oskarżyciela, który stanowi element systemu umożliwiającego realizację zasady prawdy materialnej²⁶. W odniesieniu do czynności związanych

²⁵ Co do uprawnienia obrońcy do zapoznania się z tymi materiałami postępowania przygotowawczego, w szczególności w toku postępowania *habeas corpus*, zob. szerzej: P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu a prawo wglądu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania, czyli historia jednej nowelizacji*, Prok. i Pr. 2010, z. 1–2, s. 89–113; P. Hofmański, *Dostęp do akt postępowania przygotowawczego. Uwagi na tle nowelizacji art. 156 k.p.k.*, (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 567 i n.

²⁶ Zob. szerzej w tej kwestii: P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontradyktoryjność postępowania dowodowego. Przeciwwstawne czy komplementarne zasady procesu karnego? Rozważania o znaczeniu analiz dogmatycznych w procesie przygotowywania zmiany normatywnej na przykładzie prac legislacyjnych nad projektem nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, s. 37–78; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej w perspektywie korespondencyjnej, koherencyjnej, pragmatycznej i konsensualnej teorii prawdy. Kilka uwag na tle propozycji nowego ujęcia przepisów dotyczących postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji oraz*

ze stosowaniem środków przymusu, z uwagi na incydentalny i w znacznym stopniu samodzielny charakter postępowania w tym zakresie, postulat ujawnienia materiałów zgromadzonych w aktach sprawy obrońcy jawi się jako oczywisty w szczególności w tym kontekście, że postępowania incydentalne prowadzone są w toku postępowania przygotowawczego, z uwagi zaś na zasadę tajności tej fazy procesu zasadniczą część materiału uzyskanego i zgromadzonego przez prokuratora pozostaje niejawną dla obrońcy i podejrzanego. Stąd też możliwość rzetelnego i spornego przeprowadzenia czynności związanych ze stosowaniem środków przymusu procesowego wymaga spełniania obowiązku lojalności i współdziałania w zakresie ujawnienia danych zarówno przemawiających za wnioskiem prokuratora, jak i mogących mieć znaczenie z punktu widzenia obrony. Nie ma wątpliwości, że po wejściu w życie regulacji opartej na modelu kontrydiktoryjnym jedną z istotniejszych zasad etyki zawodowej będzie reguła zakazująca zatajania na poszczególnych etapach procesu dowodów lub okoliczności przemawiających na korzyść strony przeciwnej²⁷. W kontekście kontrydiktoryjnego postępowania przed sądem zasadne wydaje się również sformułowanie postulatu przekazywania przez profesjonalnych uczestników postępowania informacji o planowanych czynnościach procesowych, a także udostępniania – i to analogicznie jak dzieje się to w toku procesu cywilnego – pism procesowych stronie przeciwnej. Brak stosownych regulacji w tym zakresie w aktualnie obowiązującym Kodeksie postępowania karnego, a także pominięcie tego zagadnienia w uchwalonej nowelizacji, nie oznacza bynajmniej zasadności kontynuowania wypracowanej na przestrzeni lat zasady, wedle której zarówno oskarżyciel, jak i obrońca, kierując stosowne pisma procesowe do sądu, co do zasady nie przekazują kopii czy też odpisów stronie przeciwnej. Taka praktyka, szczególnie wyraźnie zauważalna w toku czynności sądowych związanych ze stosowaniem lub przedłużeniem tymczasowego aresztowania, nie tylko powoduje komplikacje w zakresie realizacji ciężących na profesjonalnych uczestnikach procesu powinności, lecz także istotnie przedłuża postępowanie. Niejednokrotnie skutkuje także angażowaniem sądu w spory dotyczące ujawnienia treści pism procesowych, co było widoczne w związku ze sporami dotyczącymi możliwości uzyskania przez obrońcę odpisów wniosków prokuratora o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania, stwarzając wrażenie tajnego rozstrzygnięcia kwestii odnoszących się do sfery praw i wolności jednostki.

6. Podobne powinności etyczne ciążyć będą na obrońcy. Trzeba wyraźnie podkreślić, że w kontrydiktoryjnym procesie karnym obrońca jest jednym z istotnych składników skomplikowanej struktury wymiaru sprawiedliwości, niezbędnym elementem spornego sposobu ustalania okoliczności faktycznych stanowiących podstawę sporu oraz poszukiwania najbardziej adekwatnego rozstrzygnięcia prawnego²⁸. W tym kontekście jakkolwiek jest w pierwszej kolejności związany z klientem, na rzecz którego

postępowania dowodowego w toku postępowania przygotowawczego, (w:) Kontrydiktoryjność w polskim procesie karnym, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 45 i n.

²⁷ W podobny sposób ukształtowane są zasady etyki zawodowej w systemie *common law*, gdzie akcentuje się zakaz ograniczania, utrudniania czy też uniemożliwiania uzyskania przez stronę przeciwną dostępu do dowodów, do których ma ona prawo. Zob. szerzej R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, s. 197.

²⁸ Co do kontrowersji związanych ze statusem procesowym, rolą i funkcją obrońcy w inkwizycyjnym i kontrydiktoryjnym procesie karnym zob. szerzej C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy*, s. 97 i n.

i w imieniu którego działa w procesie, to zarazem pełni funkcję publiczną²⁹. Pociąga to za sobą konieczność rozstrzygnięcia immanentnie związanych z pełnieniem funkcji obrońcy kolizji między zasadą współdziałania i lojalności wobec sądu a zasadą działania na korzyść mandanta. W tej perspektywie przyjęcie regulacji proceduralnych opartych na dominacji elementów kontradiktoryjnych wymaga dopełnienia regulacji zawartych w zbiorze zasad etyki zawodowej adwokata o elementy określające sposób przeprowadzenia czynności zmierzających do uzyskania informacji o dowodach, które w wyniku wniosków dowodowych obrony będą następnie przeprowadzane przed sądem, zasady ewentualnego kontaktu ze świadkami na etapie poprzedzającym przesłuchanie na rozprawie, reguły określające zasady przekazywania informacji stronie przeciwnej, tj. przedstawicielowi urzędu prokuratorskiego lub oskarżycielowi substydniarnemu albo prywatnemu. We wskazanych powyżej jedynie przykładowo obszarach w sposób jaskrawy ujawnić się mogą kolizje między zasadą współdziałania oraz lojalności wobec sądu a zasadą działania przede wszystkim w interesie mandanta. Wydaje się, że podstawą rozstrzygnięcia możliwych sytuacji kolizyjnych, w jakich znajdować się może obrońca w toku kontradiktoryjnego procesu karnego, może być wypracowana w teorii prawa koncepcja kolizji reguł i konfliktu zasad, oparta na regule wyważania istotności poszczególnych nakazów i zakazów, uzupełniona założeniem, wedle którego zdecydowany priorytet mają w przypadku obrońcy i oskarżyciela reguły wynikające z obowiązujących przepisów prawa³⁰. Nie ma bowiem wątpliwości, że granice działań obrońcy w procesie karnym wyznaczane są przez trzy elementy: ukierunkowanie na uzyskanie efektów korzystnych dla mandanta, brak wynikającego z przepisów prawa zakazu oraz niesprecyzność z zasadami etyki. W najogólniejszym ujęciu można konstatować, że obrońca może i powinien podejmować wszelkie działania, które są korzystne dla reprezentowanego przez niego mandanta, dozwolone przez obowiązujące przepisy prawa oraz nie naruszają etycznych zasad wykonywania zawodu adwokata. Spojrzenie z perspektywy kontradiktoryjnego procesu karnego na rolę, funkcję i zadania obrońcy pozwala przyjąć, że ta szczególna rola procesowa łączy w sobie zarówno elementy konkretno-indywidualnego, nastawionego na ochronę interesu mandanta stosunku prywatnego, jak i wyraźnie widoczne cechy funkcji publicznej. Z jednej bowiem strony funkcja obrońcy nakierowana jest na realizację, a przede wszystkim ochronę interesów mandanta, z drugiej służy realizacji celów ogólnych, publicznych, związanych z przestrzeganiem zasad rzetelnego procesu³¹. Nie budzi wątpliwości, że

²⁹ Szerzej o publicznym aspekcie funkcji obrońcy w procesie karnym oraz ujawniających się w tym zakresie w polskim piśmiennictwie kontrowersjach pisałem w pracy: P. Kardas, *Adwokat jako obrońca – funkcja publiczna czy usługa prywatna*, (w:) *Adwokatura w systemie organów wymiaru sprawiedliwości. Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu*, t. III, red. J. Giezek, Warszawa 2010, s. 67–100. Zob. też C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy*, s. 97 i n.

³⁰ Zob. szerzej w tej kwestii M. Dąbrowska-Kardas, *Kara jako konflikt dóbr i kolizja norm w świetle koncepcji Roberta Alexy'ego konfliktu reguł i kolizji zasad. Rozważania na tle konstytucyjnych norm stanowienia i stosowania prawa*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 4, s. 24 i n.

³¹ Znaczenie funkcji obrońcy w kontradiktoryjnym procesie karnym zostało dostrzeżone przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, która przewidziała w projekcie szczególne regulacje, znacznie poszerzające zakres uprawnień do korzystania z pomocy prawnej z urzędu, obejmującej zarówno podejrzanego i oskarżonego, jak i pokrzywdzonego. Zdaje się nie budzić wątpliwości, że zwiększenie elementów kontradiktoryjnych w procesie karnym immanentnie związane jest z zagwarantowaniem dostępu do pomocy obrońcy,

realizując formalne prawo do obrony poprzez udział w postępowaniu karnym, a tym samym współuczestnicząc w realizacji materialnego aspektu tego prawa, obrońca jest jednym z podmiotów postępowania karnego. Rola obrońcy służyć ma zapewnieniu równowagi i właściwego balansu między realizowaną co do zasady przez prokuratora funkcją oskarżycielską a funkcją obrony oraz umożliwieniu pełnienia funkcji niezależnego i bezstronnego arbitra przez sąd. Uwzględniając wszystkie aspekty tak określonej roli obrońcy, zarówno w kontekście realizacji podstawowego celu procesu karnego, jakim jest ustalenie prawdy materialnej i oparcie na tych ustaleniach rozstrzygnięcia w sprawie, jak i w kontekście realizacji prawa do obrony, kontrydiktoryjności i równości broni, stwierdzić należy, że w tym zakresie obrońca pełni funkcję publiczną. Jego działania służą bowiem realizacji idei sprawiedliwości proceduralnej, a przez to wypełnieniu w należyty sposób roli państwa w zakresie wymiaru sprawiedliwości. W opisanym powyżej zakresie rola obrońcy jest z punktu widzenia interesu ogólnego (publicznego) równie istotna, jak rola oskarżyciela i rola sądu. Te trzy podmioty tworzą bowiem niezbędną dla realizacji idei sprawiedliwości proceduralnej triadę. Zarazem pełniąc funkcję jednego z profesjonalnych uczestników procesu karnego, obrońca realizuje swoje czynności, kierując się nakazem działania wyłącznie na korzyść mandanta oraz dążąc do uzyskania możliwie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia procesowego w ramach możliwego spektrum rozwiązań pozostających w granicach przyjmowanego paradygmatu. Można przeto konstatować, że działalność obrońcy ma w zasadniczej części charakter publiczny i leży w interesie społecznym. Interes ten wymaga bowiem, aby prawa jednostki doznały zawsze należytej ochrony i by cel procesu, tj. pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności, realizowany był jedynie w warunkach zabezpieczających oskarżonemu realne możliwości obrony. To zaś nakłada na obrońcę w kontrydiktoryjnym procesie karnym szczególne powinności, w znacznej części wyznaczone przez zasady etyki zawodowej adwokata.

7. Kontrydiktoryjny proces karny, opierając się na wyraźnie określonych przez prawodawcę rolach procesowych oskarżyciela, obrońcy i sądu, ze swej istoty w znacznej części opiera się na szczegółowych zasadach etycznych, bez których prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości nie jest możliwe. Jakkolwiek pełnione przez sąd, oskarżyciela i obrońcę funkcje procesowe fundamentalnie się różnią, to zarazem stanowią niezbędne i wzajemnie się uzupełniające elementy systemu prawa. Wypracowane dla poszczególnych profesji prawniczych zasady etyki zawodowej z oczywistych powodów uwzględniają wskazane wyżej różnice, zarazem jednak w zasadniczej części opierają się na wspólnych dla wszystkich zasadach, których przestrzeganie służy ochronie i realizacji tych samych wartości: rzetelności procesu oraz realizacji zasady sprawiedliwości materialnej. Wydaje się, że stosunkowo długi okres *vacatio legis* stwarza dobre podstawy do przeprowadzenia analizy obowiązujących zasad etyki i deontologii zawodowej sędziów, adwokatów, radców prawnych i prokuratorów oraz przygotowania niezbędnych zmian, w szczególności zaś konkretyzacji i uszczegółowienia wielu reguł, których przestrzeganie gwarantować może właściwe i efektywne pełnienie funk-

jako jednym z podstawowych warunków rzetelnego procesu. Ma także fundamentalne znaczenie z punktu widzenia realizacji zasady prawdy materialnej. Zob. szerzej w tej kwestii: P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontrydiktoryjność postępowania dowodowego*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, s. 37–78.

cji procesowych przez przedstawicieli poszczególnych profesji prawniczych w kontradiktoryjnym procesie karnym.

Summary

Piotr Kardas

ETHICAL AND PROCEDURAL DETERMINANTS OF HOLDING
THE POSITION OF A JUDGE, DEFENSE COUNSEL
AND OF A PROSECUTOR IN AN ADVERSARIAL CRIMINAL TRIAL

The article comprises an analysis of the changes regarding the rules related to the process of adjudication, defense and to prosecution as implemented by the amendment to the Code of criminal procedure of 27 September 2013. It discusses the meaning of the amendment to the Polish criminal procedure by focusing on the modification of the principles that govern the work of the court, prosecution and of the defense in the phase of litigation, taking into consideration of the preparatory phase. By means of accentuating the clearly defined bipolarity of the Polish criminal trial, it presents the function and meaning of deontological and ethical rules of conduct of advocates, judges and of public prosecutors in the process of their interpretation and practical application in the light of the newly amended provisions. Taking into account the shape of the ethical and deontological rules of conduct of advocates, judges and of public prosecutors, it suggests the need of their amendment as to assure their conformity to the amended provisions of the criminal procedure, especially by highlighting the therefrom arising need for the arrangement of the function, position and of the obligations of a judge, prosecutor and of the defense counsel in an increasingly adversarial trial in their respective codes of conduct. It also points to the possibility of using the experience gathered by common-law countries in the above described process, as they have elaborated precise ethical and deontological rules of conduct based on the model of an adversarial trial.

KEY WORDS: amendment to the Polish criminal procedure, adversarial trial, bipolarity of the criminal trial, consensualism, deontological and ethical rules of lawyers' professional conduct, the scope of the proceeding to take evidence, the function of the preparatory phase of trial, the meaning of the litigious phase of the proceedings, the principle of the court's impartiality, the arbitrator's position, *onus probandi*, the responsibility for the trial's outcome, the scope of appeal, limits set to the appeal

POJĘCIA KLUCZOWE: nowelizacja polskiej procedury karnej, kontradiktoryjność, dwutorowość postępowania karnego, konsensualizm, zasady etyki i deontologii zawodowej prawników, zakres postępowania dowodowego, funkcja stadium przygotowawczego procesu, znaczenie stadium jurysdykcyjnego, bezstronność sądu, pozycja arbitra, ciężar dowodu, ciężar dowodzenia, odpowiedzialność za wynik procesu, zakres zaskarżenia, ograniczenia zakresu skargi apelacyjnej

USTANAWIANIE OBROŃCY Z URZĘDU W RAMACH TZW. PRAWA UBOGICH W PROCEDURZE KARNEJ

Uwagi w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 30/11 oraz zmian prawa, jakie mają wejść w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Konstytucyjne prawo do obrony ma fundamentalne znaczenie dla postępowań penalnych, jest elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego¹, a jego zapewnienie stanowi o zachowaniu standardów rzetelnego postępowania. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego prawo do obrony winno być rozpatrywane w dwóch wymiarach, tj. materialnym i formalnym. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście, egzemplifikująca się możliwością odmowy składania wyjaśnień, składania wniosków dowodowych, osobistego udziału w posiedzeniach sądu itp. Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, może wybrać obrońcę albo na zasadach określonych w ustawie skorzystać z obrońcy z urzędu. Jak podkreśla to Trybunał Konstytucyjny, prawo do obrony w wymiarze formalnym gwarantuje możliwość obrony racji oskarżonego przez wykwalifikowanego pełnomocnika procesowego, którego zadaniem jest ochrona oskarżonego w sposób pozwalający na osiągnięcie celu postępowania karnego przy jednoczesnym zagwarantowaniu prawa do obrony². Trybunał Konstytucyjny, dostrzegając wagę prawa do obrony w aspekcie formalnym, wskazywał w swoim orzecznictwie, że prawo to w tym zakresie ma „istotny aspekt ekonomiczny, którego dostrzeżenie spowodowało historyczne ukształtowanie rozmaitych form prawa ubogich”³, a także że „prawo do ustanowienia obrońcy pozostaje w ścisłym związku z możliwościami ekonomicznymi oskarżonego, determinującymi swobodę wyboru adwokata i w tym stanie rzeczy prawo to jest naruszane, jeżeli skorzystanie z niego nawet w minimalnym zakresie jednego obrońcy musi być przedmiotem kalkulacji ekonomicznych”⁴.

Odpowiednie ukształtowanie w procedurze karnej prawa ubogich, będącego rzeczywistym prawem do obrony w aspekcie formalnym, stanowi obowiązek ustawodawcy nałożony wprost normami konstytucyjnymi. Procedury w tym zakresie muszą być natomiast ukształtowane w taki sposób, by możliwość skorzystania z obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich była skuteczna, a nie iluzoryczna.

¹ Por. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU 2004, nr 2/A, poz. 7.

² Wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU 2004, nr 2/A, poz. 7.

³ Por. wyrok TK z 30 marca 2004 r., sygn. SK 14/03, OTK ZU 2004, nr 3/A, poz. 23.

⁴ Por. wyrok TK z 26 lipca 2006 r., sygn. SK 21/04, OTK 2006, nr 7/A, poz. 88.

Na gruncie procedury karnej⁵ przepisem determinującym tzw. prawo ubogich jest art. 78 § 1 Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.)⁶, zawierający przesłanki, na podstawie których strona może ubiegać się o wyznaczenie obrońcy z urzędu, w sytuacji braku możliwości ustanowienia obrońcy z własnych środków. Zgodnie z powołanym przepisem „oskarżony, który nie ma obrońcy z wyboru, może żądać, aby mu wyznaczono obrońcę z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny”. W myśl art. 81 § 1 k.p.k., jeżeli w warunkach określonych w art. 78 § 1 k.p.k. oskarżony nie ma obrońcy z wyboru, prezes sądu właściwego do rozpoznania sprawy wyznacza mu obrońcę z urzędu. Cytowane przepisy dopełnia art. 78 § 2 k.p.k., który stanowi, że sąd może cofnąć wyznaczenie obrońcy, jeżeli okaże się, że nie istnieją okoliczności, na podstawie których go wyznaczono.

Przed przystąpieniem do szerszego omówienia przesłanek ustanawiania obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich wskazać jedynie wypada, że zakres zastosowania art. 78 § 1 k.p.k. odnosi się nie tylko do postępowania rozpoznawczego, ale również do postępowania przygotowawczego⁷, odwoławczego czy wykonawczego⁸ oraz do tych sytuacji, kiedy ustawodawca uregulował tzw. przymus adwokacki⁹, tj. w szczególności w postępowaniu kasacyjnym¹⁰, wznowieniowym¹¹, czy do sporządzenia apelacji od wyroku sądu okręgowego jako sądu pierwszej instancji¹². Przepis art. 78 § 1 k.p.k. nie ma natomiast zastosowania do przypadków, gdzie jest inna podstawa wyznaczenia adwokata z urzędu, tj. przy obronie obligatoryjnej¹³, ale też przykładowo przy dobrowolnym poddaniu się karze¹⁴ czy przy rozpoznaniu sprawy dopuszczalności przejęcia lub przekazania orzeczenia do wykonania¹⁵.

Komentując przesłanki z art. 78 § 1 k.p.k., wskazać w pierwszej kolejności należy, że podstawą wyznaczenia obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich jest wniosek oskarżonego¹⁶ o wyznaczenie takiego obrońcy, w sytuacji gdy, po pierwsze – oskarżony nie działa z obrońcą z wyboru, a po drugie – należyte wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny. Analiza literalnego brzmienia art. 78 § 1 k.p.k. nasuwa wnioski, że przesłanki ujęte w tym

⁵ Stan prawny na dzień 7 listopada 2013 r., tj. przed wprowadzeniem zmian Kodeksu postępowania karnego na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 25 października 2013 r., poz. 1257), które mają wejść w życie (z niewielkimi wyjątkami) z dniem 1 lipca 2015 r., o czym szerzej poniżej. Dalej używany będzie skrót „projekt ustawy”.

⁶ Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555.

⁷ Por. art. 71 § 3 k.p.k.

⁸ Por. art. 1 § 2 Kodeksu karnego wykonawczego, Dz.U. z 1997 r. nr 90, poz. 557.

⁹ W tym miejscu wskazać wypada, że z uwagi na wąsko określony temat niniejszego opracowania autorka nie będzie odnosić się do kwestii ustanawiania pełnomocnika z urzędu (por. art. 87 § 1 i art. 88 k.p.k.) i możliwości ustanowienia takim pełnomocnikiem radcy prawnego.

¹⁰ Por. art. 526 § 2 k.p.k.

¹¹ Por. art. 545 § 2 k.p.k.

¹² Por. art. 446 § 1 k.p.k.

¹³ Por. art. 79 i 80 k.p.k.

¹⁴ Por. art. 387 k.p.k.

¹⁵ Por. art. 611a § 1 k.p.k.

¹⁶ Autorka będzie posługiwać się określeniem „oskarżony”, mając jednak świadomość, co zostało wykazane powyżej, że zakres zastosowania art. 78 § 1 k.p.k. nie ogranicza się jedynie do postępowania rozpoznawczego.

przepisie są płynne, a przez to ocenne. Ponadto ustawa nie precyzuje, w jaki sposób oskarżony powinien wykazać niemożność poniesienia kosztów obrony. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, „w zależności od realiów danej sprawy mogą to być różnego rodzaju poświadczenia zawierające dane o jego zarobkach, o wysokości renty lub emerytury, o posiadanym majątku, stanie rodzinnym, jak również o stanie zdrowia (własnym lub członków rodziny) powodującym zwiększone wydatki. Okolicznościami uzasadniającymi żądanie oparte na cytowanym przepisie mogą być pozostawanie bez pracy, pobieranie nauki, pozostawanie na utrzymaniu rodziców lub opiekunów, zobowiązania alimentacyjne itp.”¹⁷. Ciężar udowodnienia w tym zakresie spoczywa na oskarżonym¹⁸. Jak było to już podkreślone, prezes sądu¹⁹ zarządzeniem nie uwzględni wniosku złożonego w trybie art. 78 § 1 k.p.k., jeśli oskarżony nie wykaże należycie, iż nie jest w stanie ponieść kosztów obrony z własnych środków. Zarządzenie prezesa sądu w tym przedmiocie, po pierwsze, jest niezaskarżalne – brak jest bowiem szczególnego przepisu przewidującego możliwość wniesienia środka odwoławczego od takiego zarządzenia²⁰, a po drugie – jednocześnie nie zamyka ono drogi do wydania wyroku²¹. Ponadto, jako decyzja niezaskarżalna, nie wymaga uzasadnienia, o czym stanowi art. 99 § 2 k.p.k.²² Pozbawienie oskarżonego prawa do zaskarżenia ww. zarządzenia łączy się zatem jednocześnie z brakiem możliwości poznania motywów, jakimi kierował się prezes sądu, odmawiając oskarżonemu takiego prawa.

Zgodnie natomiast z art. 78 § 2 k.p.k. sąd może cofnąć wyznaczenie obrońcy z urzędu, jeżeli okaże się, że nie istnieją okoliczności, na podstawie których go wyznaczono. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że owo cofnięcie obrońcy z urzędu w trybie art. 78 § 2 k.p.k. może nastąpić na skutek wadliwości zarządzenia prezesa sądu, tj. gdy uprzednio nastąpiła niewłaściwa ocena dowodów dotyczących sytuacji materialnej lub rodzinnej oskarżonego; oparcia zarządzenia na nieprawdziwych okolicznościach (np. nierzetelnych czy sfalszowanych dowodach), a także wówczas, gdy w trakcie procesu zmieniła się na lepsze sytuacja majątkowa lub rodzinna wnioskodawcy (nie ma już przesłanek prawa ubogich)²³. Orzeczenie w przedmiocie cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich podejmowane jest

¹⁷ J. Grajewski, *Komentarz do art. 78 Kodeksu postępowania karnego*, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, LEX 2013.

¹⁸ Podkreślić w tym miejscu należy, że jeżeli oskarżony ubiegający się o wyznaczenie obrońcy z urzędu złoży wniosek w trybie art. 78 § 1 k.p.k. i jednocześnie nie wykaże w sposób należyty, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony, to przewodniczący wydziału, zgodnie z § 284 ust. 1 regulaminu urzędowania sądów powszechnych, powinien wyznaczyć mu odpowiedni termin do uzupełnienia wniosku i dopiero po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu lub w przypadku wątpliwości co do sposobu wykazania przez oskarżonego niemożności poniesienia kosztów obrony sprawę kieruje się na posiedzenie w celu merytorycznego rozpoznania wniosku [por. szerzej J. Grajewski, *Komentarz do art. 78*, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz*].

¹⁹ A w praktyce również przewodniczący wydziału i upoważniony sędzia, a na rozprawie i posiedzeniu również przewodniczący składu orzekającego, jako podmioty mogące zastępować prezesa sądu przy wydawaniu zarządzeń – por. szerzej S. Steinborn, *Komentarz do art. 93 Kodeksu postępowania karnego*, LEX 2013.

²⁰ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 18 listopada 1992 r., sygn. akt I KZP 37/92, OSNKW 1993, nr 1-2, poz. 5.

²¹ Por. art. 466 § 1 k.p.k. w zw. z art. 459 § 1 k.p.k.

²² Por. T. Grzegorzcyk, *Komentarz do art. 81 Kodeksu postępowania karnego*, LEX 2004.

²³ Por. D. Gil, *Prawo ubogich w procesie karnym – ochrona praw człowieka czy kombinacje ukrywających dochody?*

przez sąd w formie postanowienia (por. art. 78 § 2 w zw. z art. 93 § 1 k.p.k.)²⁴, które podobnie jak decyzja o niewyznaczeniu obrońcy z urzędu nie podlega zaskarżeniu. Orzeczenie takie nie zamyka bowiem drogi do wydania wyroku, a jednocześnie brak jest przepisu szczególnego, który uprawniałby do zaskarżenia postanowienia w tym przedmiocie²⁵.

Reasumując tę część wywodów, wskazać należy, że decyzja w zakresie wyznaczenia obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich i orzeczenie w zakresie jego cofnięcia podejmowane są na podstawie płynnych, ocennych kryteriów, co nie wyklucza ryzyka pomyłek w ich wydawaniu, jednocześnie nie podlegają one zaskarżeniu w drodze zażalenia, co oznacza, że ich szybka weryfikacja przez wyższą instancję nie jest przewidziana przez ustawodawcę²⁶, mimo że przepisy, na podstawie których są wydawane, stanowić powinny urzeczywistnienie konstytucyjnej gwarancji na poziomie ustawowym.

Brak możliwości zaskarżenia ww. decyzji i orzeczeń wzbudził wątpliwości natury konstytucyjnej. Problem ten dostrzegł Rzecznik Praw Obywatelskich, który skierował w dniu 9 sierpnia 2011 r. do Trybunału Konstytucyjnego wniosek²⁷ o stwierdzenie niezgodności: art. 81 § 1 k.p.k. – w zakresie, w jakim nie przewiduje zaskarżenia zarządzenia prezesa sądu w przedmiocie odmowy wyznaczenia obrońcy z urzędu przez stronę, która złożyła wniosek w trybie art. 78 § 1 k.p.k. – z art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP i z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP; oraz art. 78 § 2 k.p.k. – w zakresie, w jakim nie przewiduje zaskarżenia postanowienia sądu w przedmiocie cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu – z art. 45 ust. 1 w związku z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP i z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP²⁸.

(uwagi de lege ferenda dotyczące weryfikacji niemożności pokrycia kosztów procesu, (w:) Pomoc prawna z urzędu a prawo do sądu, Naczelna Rada Adwokacka, Warszawa 2012, s. 47 i cyt. tam literatura.

²⁴ Por. J. Grajewski, *Komentarz do art. 78*, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz*.

²⁵ Por. art. 78 § 2 k.p.k. w zw. z art. 459 § 1 i 2 k.p.k.

²⁶ Niezasadne pozbawienie oskarżonego prawa do korzystania z pomocy obrońcy z urzędu w sytuacji wskazanej w art. 78 § 1 k.p.k. w praktyce najczęściej stanowi zarzut na poziomie apelacji (w zasadzie poprzez wskazanie, w zależności od realiów danej sprawy, naruszenia art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. czy np. art. 410 k.p.k.) i nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., a jedynie względną przyczynę odwoławczą z art. 438 pkt 2 k.p.k., jako naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść orzeczenia – por. również J. Grajewski, *Komentarz do art. 78*, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz*. Postawienie takiego zarzutu w kasacji jest niezmiernie rzadkie, albowiem zarzut ten sprowadzać musiałby się wówczas do wykazania naruszenia art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nieustosunkowanie się lub niewystarczające ustosunkowanie się do zarzutów apelacji w tym przedmiocie.

²⁷ RPO-483054-II/04/MK; publ. <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/pdf/2004/08/483054/1585382.pdf>. Projekt wniosku do TK opracowała autorka niniejszej publikacji.

²⁸ Rzecznik, uzasadniając wniosek – powołując się na konstytucyjne standardy: prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji); prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji); prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78 ust. 1 Konstytucji) i prawa do dwuinstancyjnego postępowania (art. 176 ust. 1 Konstytucji), a także na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odnoszące się do tych standardów – w szczególności podniósł, że nie można uznać za rzetelny i sprawiedliwy proces, w którym oskarżony pozbawiony jest możliwości zaskarżenia przedmiotowych: zarządzenia prezesa sądu oraz postanowienia sądu, mimo że bezpośrednio ingerują one w konstytucyjnie chronione prawo do obrony. Rzecznik wprawdzie przyznał, że wskazany art. 78 Konstytucji dopuszcza ewentualność ograniczenia możliwości zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, wydaje się jednak, że gdy w grę wchodzi możliwość realizacji uprawnienia konstytucyjnego, nie powinno mieć miejsca wyłączenie możliwości kontroli decyzji i orzeczeń organów w tym zakresie. Co istotne, Rzecznik podkreślił, że problemu braku zaskarżalności nie rozwiązuje możliwość pod-

Podkreślić jednocześnie należy, że Rzecznik Praw Obywatelskich nie zaskarżył w cytowanym wyżej wniosku niezgodności z Konstytucją przepisu art. 528 § 1 pkt 2 k.p.k., który wprost stanowi o tym, że środek odwoławczy nie przysługuje na odmowę wyznaczenia adwokata lub radcy prawnego w celu sporządzenia kasacji. Poza zakresem rozważań w omawianej sprawie pozostało zatem postępowanie nadzwyczajne. Jednakże wskazać w tym kontekście należy, że paradoksalnie w postępowaniach nadzwyczajnych zapewnione są szybsze, a tym samym skuteczniejsze możliwości weryfikacji decyzji w zakresie niewyznaczenia obrońcy z urzędu lub jego cofnięcia niż przykładowo w postępowaniu przygotowawczym czy w postępowaniu rozpoznawczym. Jak wynika bowiem z przepisów Kodeksu postępowania karnego, a także utrwalonej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, wprawdzie zgodnie z art. 528 § 1 pkt 2 k.p.k. środek odwoławczy nie przysługuje na odmowę wyznaczenia adwokata lub radcy prawnego w celu sporządzenia kasacji, lecz w świetle art. 528 § 2 k.p.k., nakazującego odpowiednie stosowanie art. 447 § 3 k.p.k.²⁹, należy przyjąć, że w zażaleniu na odmowę przyjęcia kasacji skazany może też podnieść zastrzeżenia co do odmowy wyznaczenia adwokata, która samoistnie nie mogła być przedmiotem zażalenia³⁰. Jak przyjmuje to Sąd Najwyższy, tożsama procedura ma zastosowanie w zakresie zażalenia³¹ na zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o wznowienie postępowania³². Rozpoznając takie zażalenie, Sąd Najwyższy dokonuje kontroli prawidłowości orzeczeń, które poprzedziły odmowę przyjęcia kasacji czy wniosku o wznowienie, w tym orzeczeń o odmowie wyznaczenia obrońcy z urzędu w ramach tzw. prawa ubogich. Z racji krótkiego terminu wniesienia takiego zażalenia, tj. siedmiodniowego, weryfikacja takich orzeczeń następuje stosunkowo szybko,

niesienia w apelacji zarzutu nieprzyznania lub cofnięcia obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich. Jak to bowiem zaakcentował RPO, taka możliwość zakłada przede wszystkim znajomość prawa u osoby, która w procesie występowała bez obrońcy, z drugiej zaś strony uznanie przez sąd odwoławczy takiego zarzutu powoduje konieczność powtórzenia procesu. Może natomiast, zdaniem RPO, istnieć ryzyko, że w ponownym procesie nie uda się dla przykładu przeprowadzić wszystkich dowodów w obecności obrońcy, co z kolei może mieć istotny wpływ na pozycję procesową oskarżonego i jego prawo do obrony. Rzecznik wskazał ponadto pewną niekonsekwencję ustawodawcy, który przyznał chociażby w procedurze cywilnej uprawnienia do złożenia zażalenia do sądu drugiej instancji na orzeczenia sądu pierwszej instancji, których przedmiotem jest odmowa ustanowienia adwokata lub radcy prawnego lub ich odwołanie, a pominął takie gwarancje w postępowaniu karnym, tj. postępowaniu w swej istocie represyjnym. Kończąc rozważania w sprawie, Rzecznik, powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, podkreślił, że w omawianej sprawie doszło do tzw. pominięcia ustawodawczego (a nie zaniechania ustawodawczego) i w tym stanie rzeczy Trybunał Konstytucyjny jest właściwy do orzekania w sprawie.

²⁹ Zgodnie z art. 447 § 3 k.p.k. w apelacji można podnosić zarzuty, które nie stanowiły lub nie mogły stanowić przedmiotu zażalenia.

³⁰ Por. postanowienia SN: z 9 stycznia 2013 r., sygn. akt III KZ 91/12, LEX nr 1235891; z 23 maja 2013 r., sygn. akt III KZ 22/13, LEX nr 1317951.

³¹ Zażalenie na odmowę przyjęcia kasacji nie jest objęte przymusem adwokackim, przymusem adwokackim nie jest też objęte zażalenie na odmowę przyjęcia wniosku o wznowienie postępowania i pozostawienie wniosku bez rozpoznania (art. 545 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 3 k.p.k.).

³² Por. postanowienia SN: z 17 stycznia 2008 r., sygn. akt V KZ 82/07, LEX nr 349975; z 20 marca 2013 r., sygn. akt III KZ 13/13, LEX nr 1293220. W tym miejscu podkreślić należy, że postanowienia SN w tym przedmiocie zapadły pomimo braku odpowiedniego zastosowania w postępowaniu wznowieniowym przepisu z art. 447 § 3 k.p.k. (por. art. 545 § 1 k.p.k.).

w przeciwieństwie do weryfikacji orzeczeń zapadłych w tym przedmiocie na etapie postępowania przygotowawczego i rozpoznawczego³³.

Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 8 października 2013 r., sygn. K 30/11³⁴, uwzględnił cyt. wyżej wnioszek Rzecznika Praw Obywatelskich³⁵ i uznał, że: art. 81 § 1 k.p.k. – w zaskarżonym przez RPO zakresie – jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 i z art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej; oraz art. 78 § 2 k.p.k. – w zaskarżonym zakresie – jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 42 ust. 2 Konstytucji. Trybunał umorzył postępowanie w pozostałym zakresie ze względu na zbędność wydania wyroku. Uzasadniając wyrok, Trybunał Konstytucyjny podkreślił znaczenie prawa do obrony w procesie karnym, przypominając, że jest ono uznawane za jedną z podstawowych zasad procesu karnego, jak i elementarny standard demokratycznego państwa prawnego i w związku z tym musi być realne i efektywne, a nie iluzoryczne, co wymaga stworzenia jednostkom warunków, w których będą mogły z tego prawa skutecznie korzystać dla obrony swoich interesów. Trybunał Konstytucyjny przyjął następnie tezę, zgodnie z którą wyznaczenie obrońcy z urzędu – niezależnie od tego, czy dokonywane jest w ramach obrony obligatoryjnej na podstawie art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k., czy też na podstawie art. 78 § 1 k.p.k. – jest rozstrzygnięciem o sposobie korzystania przez oskarżonego³⁶ z prawa do obrony. Trybunał Konstytucyjny przyjął, że rozstrzygnięcie o przyznaniu bądź odmowie przyznania obrońcy z urzędu oskarżonemu występującemu z wnioskiem w trybie art. 78 § 1 k.p.k. jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Prezes sądu właściwego do rozpatrzenia sprawy, działając na podstawie art. 81 § 1 k.p.k., decyduje bowiem o prawach lub obowiązkach konkretnego podmiotu na podstawie norm prawnych wynikających z przepisów prawnych. Dokonując oceny wniosku oskarżonego ubiegającego się o przyznanie mu obrońcy z urzędu z uwagi na brak możliwości poniesienia kosztów obrony z wyboru, prezes właściwego sądu rozstrzyga zarówno o formie korzystania z prawa do obrony, jak i w zasadniczym stopniu o tym, jak to prawo będzie realizowane. Rozstrzygnięcie w sprawie wyznaczenia obrońcy z urzędu powinno zatem w przekonaniu Trybunału, co do zasady, podlegać weryfikacji sądowej, zgodnie z wymogami art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji. Ewentualne odstępstwo od zasady zaskarżalności byłoby możliwe jedynie przy założeniu, że da się uzasadnić szczególnymi okolicznościami legitymowanymi konstytucyjnie. Na gruncie rozpatrywanej sprawy Trybunał nie znalazł jednak takich okoliczności, które uzasadniałyby odstąpienie od zaskarżalności rozstrzygnięcia o odmowie wyznaczenia obrońcy z urzędu niezamożnemu oskarżonemu. Okolicznością taką nie może być zdaniem Trybunału ani przesłanka ważnego interesu postępowania, ani postulat jego sprawnego i szybkiego przeprowadzenia. W zakresie drugiego

³³ Jak było to bowiem wykazane powyżej, zarzut w zakresie niezasadnego nieprzyznania obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich lub cofnięcia wyznaczenia takiego obrońcy na tym etapie postępowania można najwcześniej postawić w apelacji.

³⁴ Dz.U. z 29 października 2010 r., poz. 1262.

³⁵ Zaakcentować wypada, że w postępowaniu wszczętym przed Trybunałem Konstytucyjnym z cyt. wyżej wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich uczestnicy postępowania poparli wnioszek Rzecznika w tej sprawie – szerzej zob. stanowisko Prokuratora Generalnego z 21 lutego 2012 r. (PG VIII TK 79/11) i Sejmu RP z 26 kwietnia 2012 r. (BAS-WPTK-2068/11), publ. www.trybunal.gov.pl

³⁶ Podkreślić należy, że wyrok TK odnosi się również do podejrzanego, por. s. 7 uzasadnienia wyroku.

zaskarżonego przez RPO przepisu prawa Trybunał podkreślił, że w jego ocenie cofnięcie wyznaczenia obrońcy z urzędu na podstawie art. 78 § 2 k.p.k. dotyczy kwestii mającej zasadnicze znaczenie z punktu widzenia realizacji przez oskarżonego przysługującego mu prawa do obrony w procesie karnym. Zdaniem Trybunału zarówno cofnięcie wyznaczenia obrońcy z urzędu, jak i odmowa jego wyznaczenia determinują sytuację procesową oskarżonego, przesądzając o konieczności zmiany sposobu korzystania przez niego z gwarancji prawa do obrony w znaczeniu formalnym. W sytuacji braku wyznaczenia obrońcy z wyboru oraz cofnięcia wyznaczenia obrony z urzędu oskarżony musi samodzielnie przedstawiać przed sądem swoją sprawę. Oczywiście jest zatem, zdaniem Trybunału, że rozstrzygnięcie sądu na podstawie art. 78 § 2 k.p.k. oddziałuje bezpośrednio na tę sferę uprawnień oskarżonego, które wynikają z gwarancji prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji), i w tym stanie rzeczy powinno podlegać merytorycznej weryfikacji i nie może być objęte wyjątkiem, o którym mowa w art. 78 zdaniu drugim Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny nie znalazł argumentów, które mogłyby w sposób konstytucyjnie satysfakcjonujący uzasadniać wyłączenie zasady zaskarżalności orzeczeń sądowych w odniesieniu do postanowienia sądu o cofnięciu wyznaczenia obrońcy z urzędu w sytuacji określonej w art. 78 § 2 k.p.k. Na koniec wypada wskazać, że przesądzając o konieczności stworzenia mechanizmu zaskarżalności rozstrzygnięć podejmowanych na podstawie art. 81 § 1 w związku z art. 78 § 1 k.p.k. i na podstawie art. 78 § 2 k.p.k., Trybunał Konstytucyjny nie wypowiedział się, jaki model ich weryfikacji należy zastosować³⁷.

Omawiając zagadnienia dotyczące wyznaczania obrońcy z urzędu w ramach tzw. prawa ubogich, nie sposób nie wskazać zmian, które przewiduje ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw³⁸, jakie mają obowiązywać od dnia 1 lipca 2015 r.³⁹

Nowy model procedury karnej, zwiększający jej kontrydiktoryjność, oprócz zmian w zakresie przesłanek obrony obligatoryjnej⁴⁰ wprowadza odmienny od dotychczasowo-

³⁷ Uzasadnienie wyroku TK w sprawie K 30/11.

³⁸ Dz.U. z 25 października 2013 r., poz. 1257.

³⁹ Z wyjątkiem art. 1 pkt 18, pkt 19, pkt 38, pkt 63 w zakresie art. 232a § 1, art. 1 pkt 104 w zakresie art. 335, art. 1 pkt 112 lit. b i pkt 204 lit. a, art. 2, art. 12 pkt 3, art. 50, art. 53 i art. 54, które weszły w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia ustawy, oraz art. 1 pkt 45 lit. c w zakresie art. 156 § 5 i 5a, art. 1 pkt 65 lit. b, pkt 79 lit. b, pkt 88 oraz pkt 204 lit. b, które wejdą w życie z dniem 2 czerwca 2014 r.

⁴⁰ Z dniem 1 lipca 2015 r. art. 79 k.p.k. ma otrzymać następujące brzmienie: „§ 1. W postępowaniu karnym oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli: 1) nie ukończył 18 lat, 2) jest głuchy, niemy lub niewiedomy, 3) 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, 4) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. § 2. Oskarżony musi mieć obrońcę również wtedy, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne okoliczności utrudniające obronę. § 3. W wypadkach, o których mowa w § 1 i 2, udział obrońcy jest obowiązkowy w rozprawie oraz w tych posiedzeniach, w których obowiązkowy jest udział oskarżonego. § 4. Uznając za uzasadnioną opinię 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 oskarżonego pozwala na udział w postępowaniu i prowadzenie obrony w sposób samodzielny i rozsądny, sąd orzeka, że udział obrońcy nie jest obowiązkowy. Prezes sądu albo sąd zwalnia wówczas obrońcę z jego obowiązków, chyba że zachodzą inne okoliczności przemawiające za tym, aby oskarżony miał obrońcę wyznaczonego z urzędu”.

wego system wyznaczania obrońcy w ramach tzw. prawa ubogich. Podkreślić bowiem należy, że z dniem 1 lipca 2015 r. art. 78 § 1 k.p.k. ma otrzymać następujące brzmienie: „Podejrzany, który nie ma obrońcy z wyboru, może żądać, aby mu wyznaczono obrońcę z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny”. Niezmieniony pozostaje § 2 cyt. art. 78 k.p.k. Jednocześnie znowelizowany został art. 81 § 1 k.p.k., który z dniem 1 lipca 2015 r. stanowić będzie, że: „§ 1. Jeżeli w sytuacji określonej w art. 78 § 1, art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 oskarżony nie ma obrońcy z wyboru, prezes lub referendarz sądowy sądu właściwego do rozpoznania sprawy wyznacza mu obrońcę z urzędu. § 2. Na uzasadniony wniosek oskarżonego lub jego obrońcy prezes lub referendarz sądowy sądu właściwego do rozpoznania sprawy może wyznaczyć nowego obrońcę w miejsce dotychczasowego”. Równie istotny z perspektywy omawianej problematyki jest nowy art. 80a k.p.k.⁴¹, zgodnie z którym: „§ 1. Na wniosek oskarżonego, który nie ma obrońcy z wyboru, prezes sądu, sąd lub referendarz sądowy wyznacza w postępowaniu sądowym obrońcę z urzędu, chyba że ma zastosowanie art. 79 § 1 lub 2 albo art. 80. W takim wypadku udział obrońcy w rozprawie głównej jest obowiązkowy. § 2. Przepis § 1 zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio do wyznaczenia obrońcy w celu dokonania określonej czynności procesowej w toku postępowania sądowego. § 3. Ponowne wyznaczenie obrońcy w trybie, o którym mowa w § 1 i 2, jest dopuszczalne jedynie w szczególnie uzasadnionych wypadkach”.

Analiza wyżej powołanych przepisów pozwala zatem skonstatować, że dotychczasowe przesłanki prawa ubogich będą mieć zastosowanie na etapie postępowania przygotowawczego. *Novum* w tym zakresie jest upoważnienie – poza prezesem sądu – również referendarza sądowego sądu właściwego do rozpoznania sprawy do wyznaczenia podejrzanemu obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich⁴². Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej ww. zmiany⁴³, „celem tych zmian jest stworzenie możliwości odciążenia sądu albo jego prezesa przez referendarza sądowego od wydawania tych rozstrzygnięć procesowych, które mają charakter wykonawczy, nie wkraczają bezpośrednio w sferę wolności i praw strony postępowania (...)”⁴⁴. Co istotne,

Z dniem 1 lipca 2015 r. art. 80 k.p.k. ma natomiast otrzymać następujące brzmienie: „Oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym, jeżeli zarzucono mu zbrodnię. W takim wypadku udział obrońcy w rozprawie głównej jest obowiązkowy”.

⁴¹ Przepis ten również ma obowiązywać od 1 lipca 2015 r.

⁴² Podkreślić w tym miejscu należy, że zarówno projekt ustawy, jak i jego uzasadnienie wskazywały na uprawnienie referendarza sądowego również do cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu (jeżeli okazałoby się, że nie istnieją okoliczności, na podstawie których go wyznaczono), jednakże w trakcie prac podkomisji do spraw nowelizacji prawa karnego wykreślono projektowany § 2 art. 78 k.p.k., co ostatecznie znalazło wyraz w tekście opublikowanym w Dzienniku Ustaw z 25 października 2013 r. (poz. 1247), gdzie zmianie podlegać ma wyłącznie § 1 art. 78 k.p.k. Powyższą tezę uzasadnia nowy art. 93a § 1 i 2 k.p.k., zgodnie z którym: „§ 1. W wypadkach określonych w ustawie referendarz sądowy może wydawać postanowienia lub zarządzenia. § 2. Polecenia, które zgodnie z ustawą wydaje sąd, może wydawać także referendarz sądowy”. Skoro zatem w przepisie art. 78 § 2 k.p.k. ustawodawca ostatecznie nie przyznał referendarzowi sądowemu uprawnienia do wydawania postanowień w przedmiocie cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu, uprawnionym do wydawania tych postanowień pozostaje nadal wyłącznie sąd.

⁴³ Projekt ustawy nr druku: 870.

⁴⁴ Por. pkt 7 uzasadnienia.

zgodnie z § 3 art. 93a k.p.k. od postanowień i zarządzeń wydanych przez referendarza sądowego może być wniesiony sprzeciw.

Natomiast na etapie postępowania sądowego wyznaczenie obrońcy z urzędu (poza przypadkami obrony obligatoryjnej) następować będzie na wniosek oskarżonego, bez związku z jego sytuacją majątkową. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy, „celem zmiany zasad wyznaczania obrońcy z urzędu, określonych w przepisie art. 80a § 1 k.p.k., jest rozszerzenie zakresu działania obrońcy, tak by jego udział w postępowaniu sądowym stawał się regułą, a nie wyjątkiem. Wprowadzona reguła zapobiegać ma paraliżowi postępowania sądowego lub późniejszego powoływania się na brak możliwości prowadzenia skutecznej obrony i faktyczny brak możliwości korzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego. Jedyną podstawą odmowy wyznaczenia obrońcy w tym trybie jest funkcjonowanie obrońcy z wyboru albo konieczność wyznaczenia obrońcy z urzędu w trybie art. 81 § 1 k.p.k. Wyznaczenie obrońcy w trybie przepisu § 1 nakłada na niego obowiązek udziału w rozprawie głównej, skorelowany z treścią art. 80 k.p.k., a nadto konieczny w świetle zmiany zasad udziału samego oskarżonego w rozprawie głównej (art. 374 § 1 k.p.k.)”⁴⁵.

Z dniem 1 lipca 2015 r. wprowadzona zostanie ponadto nowa instytucja wyznaczenia obrońcy z urzędu w celu dokonania określonej czynności procesowej w toku postępowania sądowego (nowy art. 80a § 2 k.p.k.). Jak podkreślone zostało w uzasadnieniu projektu ustawy, „instytucja ta służyć ma uelastycznieniu przepisów o udziale w postępowaniu obrońcy z urzędu i zapobiegać sztuczemu często utrzymywaniu obrońcy w dalszym toku postępowania, albo wymuszaniu rozstrzygnięć o zwolnieniu obrońcy z dalszych obowiązków”⁴⁶. Wydaje się także, że instytucja z art. 80a § 2 k.p.k. będzie miała zastosowanie nie tylko do postępowania rozpoznawczego, ale również do odwoławczego czy do postępowań nadzwyczajnych (kasacyjnego, wznowieniowego), w sytuacji gdy ustawodawca wprowadza tzw. przymus adwokacko-radcowski. Do dnia wejścia w życie ww. przepisów nowelizujących procedurę karną wyznaczanie obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich na etapie postępowania odwoławczego czy nadzwyczajnego odbywa się przy zastosowaniu przesłanek z art. 78 § 1 k.p.k. Skoro zatem z dniem 1 lipca 2015 r. przesłanki z art. 78 § 1 k.p.k. będą miały zastosowanie wyłącznie na etapie postępowania przygotowawczego, a w postępowaniu sądowym regułą ma być udział obrońcy z urzędu, bez względu na status materialny podsądnego (przy jednoczesnym złożeniu przez niego wniosku o adwokata z urzędu), to wnioskować należy, że ta reguła będzie miała również zastosowanie do czynności *ad hoc* dokonywanych po prawomocnym zakończeniu postępowania sądowego⁴⁷.

Podkreślić jednocześnie należy, że kwestie majątkowe będą miały znaczenie przy

⁴⁵ Por. pkt 7 uzasadnienia projektu ustawy.

⁴⁶ Por. pkt 7 uzasadnienia projektu ustawy.

⁴⁷ W tym miejscu podkreślić bowiem należy, że w doktrynie utrwalony jest pogląd, że przez „postępowanie sądowe” należy w kontekście art. 521 k.p.k. „rozumieć nie tylko postępowanie zasadnicze, którego przedmiotem jest kwestia odpowiedzialności karnej za zarzucany oskarżonemu czyn przestępny, ale również takie postępowanie uzupełniające lub uboczne, które ma odrębny (samoistny) przedmiot i dotyczy np. odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, wykonania warunkowo zawieszonej kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia, zastosowania amnestii, zatarcia skazania, przypadku sumy poręczenia (...)” – J. Grajewski, *Komentarz do art. 521, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz.*

wyniku procesu. Wyznaczenie obrońcy z urzędu nie jest bowiem równoznaczne z automatycznym obciążeniem Skarbu Państwa wynikłymi z tego kosztami. Rozstrzygnięcie w tym zakresie dokonywane jest na podstawie ogólnych reguł w zakresie kosztów, wynikających z przepisów Działu XIV: Koszty procesu⁴⁸. Oznacza to zatem możliwość obciążenia oskarżonego kosztami wyznaczenia obrońcy z urzędu w zależności od wyniku postępowania, a o takiej możliwości należy oskarżonego pouczyć (por. nowy art. 338 § 1a k.p.k.). W razie skazania oskarżony może zatem ponieść koszty obrony z urzędu, chyba że odpowiednio uzasadni wniosek o zwolnienie go z kosztów sądowych.

Analizując kwestię kosztów obrony z urzędu, nie sposób nie wspomnieć o uregulowaniu z art. 52 § 4 cyt. wyżej ustawy z dnia 25 października 2013 r., które wprowadza swoisty kaptur finansowy. Na każdy rok ustawodawca przewidział limit środków, które mogą być przeznaczone na pokrycie kosztów obrony z urzędu w postępowaniu karnym. Ustawodawca jednocześnie zobowiązał Ministra Sprawiedliwości do poszukiwania środków w razie przekroczenia przyjętych limitów (por. art. 52 § 4 ww. ustawy). Zadać należy zatem pytanie, co się stanie w przypadku wyczerpania w konkretnym roku środków finansowych przeznaczonych na taką obronę przed jego zakończeniem i niepozyskania ich z innych źródeł. Rozwiązanie limitujące takie środki w moim przekonaniu nie spełnia gwarancji konstytucyjnych i standardów europejskich⁴⁹.

W kontekście wyżej omówionych zmian skonstatować należy, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 30/11 ma kapitalne znaczenie dla całej konstrukcji wyznaczania obrońcy z urzędu w ramach tzw. prawa ubogich do czasu wejścia w życie ww. zmian procedury karnej, ale – co istotne – tezy wypowiedziane przez Trybunał na kanwie tej sprawy będą mieć znaczenie również po wprowadzeniu nowego – kontradyktoryjnego – modelu procedury karnej.

Bezsprzecznie potrzeba zatem pilnej interwencji ustawodawcy w sprawie nowelizacji art. 81 § 1 i art. 78 § 2 k.p.k. w zakresie przyznania oskarżonemu (podejrzanemu) prawa do zaskarżania decyzji o niewyznaczeniu obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich i postanowienia co do jego cofnięcia. *De lege ferenda* należałoby opowiedzieć się za dewolutywnym ukształtowaniem zażalenia na ww. decyzję prezesa sądu, a uprawnienie to powinno *expressis verbis* wynikać z art. 81 § 1 k.p.k., przy odpowiednim zastosowaniu art. 466 k.p.k.⁵⁰, oraz za dewolutywnym zażaleniem na postanowienie sądu w przedmiocie cofnięcia wyznaczenia obrońcy z urzędu (uprawnienie to powinno *expressis verbis* wynikać z art. 78 § 2 k.p.k.). Skoro dewolutywna droga zaskarżenia orzeczeń w zakresie pełnomocnika z urzędu przewidziana jest na gruncie procedury cywilnej⁵¹, to tym bardziej podobne rozwiązania powinny zostać wprowadzone przez ustawodawcę w postępowaniu represyjnym. Wprowadzając stosowne zmiany w procedurze karnej, ustawodawca mógłby się zresztą poślikować rozwiązaniami procedury cywilnej, poprzez chociażby przyjęcie w postępowaniu karnym podobnej konstrukcji, jak z art. 117² § 1

⁴⁸ Por. pkt 7 uzasadnienia projektu ustawy.

⁴⁹ Parafrazując, łyżką miodu w tej beczce dziegiu jest ostateczne wycofanie się przez ustawodawcę z propozycji wprowadzenia opłat od wniosków w przedmiocie wyznaczania obrońcy z urzędu.

⁵⁰ W tym miejscu ponownie podkreślić należy, że zgodnie z nowym art. 93a § 3 k.p.k. od postanowień i zarządzeń wydanych przez referendarza sądowego może być wniesiony sprzeciw.

⁵¹ Por. art. 394 § 1 pkt 2 k.p.c.

i 2 k.p.c.⁵², co z pewnością przeciwdziałałoby tamowaniu postępowania karnego, a w konsekwencji jego przewlekłości.

Jak było to już wielokrotnie podkreślone, zmiany procedury karnej w zakresie omawianej problematyki mają wejść w życie dopiero z dniem 1 lipca 2015 r., a zatem pozostawienie w mocy niekonstytucyjnego stanu prawnego przez tak długi okres byłoby wbrew zasadom państwa prawa. Poza tym, nawet po wejściu w życie omawianych zmian procedury karnej, stan prawny, jaki będzie obowiązywał od dnia 1 lipca 2015 r., nadal nie będzie w pełni odpowiadał standardom konstytucyjnym. Pozostawienie bowiem w mocy ocennych przesłanek z art. 78 § 1 k.p.k. w zakresie postępowania przygotowawczego nakłada w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w cyt. sprawie K 30/11 obowiązek ponownej nowelizacji art. 81 § 1 i art. 78 § 2 k.p.k. w omawianym wyżej kierunku. Ujęte w niniejszym opracowaniu wnioski *de lege ferenda* nie wyczerpują, w moim przekonaniu, problematyki dotyczącej dostosowania – do standardów konstytucyjnych i międzynarodowych – procedury wyznaczania obrońcy z urzędu w postępowaniu karnym osobom, których nie stać na pokrycie obrony z własnych środków. W dalszym ciągu nierozwiązany pozostaje problem skutecznych procedur wyznaczania pełnomocnika z urzędu dla zatrzymanego⁵³ czy wyznaczania obrońcy z urzędu w postępowaniach w sprawach o wykroczenia⁵⁴, co tym bardziej nabiera znaczenia w świetle przyjętej na gruncie prawa UE dyrektywy w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym⁵⁵, która zobowiązuje państwa członkowskie UE do zapewnienia dostępu do pomocy prawnej (w tym z urzędu) na wczesnym etapie postępowania, jeszcze przed przedstawieniem zarzutów⁵⁶, jednakże, z racji ram niniejszego opracowania, omówienie wszystkich aspektów prawa do obrony z urzędu w postępowaniu penalnym nie byłoby możliwe, stąd też autorka skoncentrowała się na wybranych zagadnieniach.

⁵² Zgodnie z art. 117³ k.p.c.: „§ 1. W razie oddalenia wniosku o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona nie może ponownie domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, powołując się na te same okoliczności, które stanowiły uzasadnienie oddalonego wniosku. § 2. Ponowny wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego, oparty na tych samych okolicznościach, podlega odrzuceniu. Na postanowienie o odrzuceniu wniosku nie przysługuje zażalenie”.

⁵³ Por. szerzej M. Kolendowska-Matejczuk, P. Tarwacki, *Istota prawa do pomocy prawnej dla osoby zatrzymanej procesowo*, „Palestra” 2013, nr 7–8.

⁵⁴ Wskazać w tym miejscu należy wniosek RPO z 14 czerwca 2011 r. do Trybunału Konstytucyjnego (RPO-630266-II/09/MK), w którym RPO zarzucił niezgodność art. 4 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia – w zakresie, w jakim przepis ten pomija prawo do korzystania z obrońcy na etapie prowadzenia czynności wyjaśniających przez osoby, co do których istnieją uzasadnione podstawy do sporządzenia przeciwko nim wniosku o ukaranie – z art. 2 i art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 6 ust. 3 lit. c europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (projekt wniosku sporządziła autorka niniejszej publikacji). Dodać też wypada, że przepis art. 78 § 2 k.p.k. stosuje się odpowiednio przy wyznaczaniu obwinionemu obrońcy z urzędu w ramach prawa ubogich (por. art. 22 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia). W kontekście poglądów wypowiedzianych przez TK w wyroku w sprawie K 30/11 należałoby się zatem zastanowić, czy interwencja ustawodawcy winna się ograniczać wyłącznie do przepisów Kodeksu postępowania karnego.

⁵⁵ PE-CONS 40/13.

⁵⁶ Dostęp do adwokata należy zapewnić w takim terminie i w taki sposób, by umożliwić zatrzymanemu skuteczne skorzystanie z prawa do obrony.

Summary

Marta Kolendowska-Matejczuk

ESTABLISHING THE PUBLIC DEFENDER „FOR POOR” IN THE CRIMINAL PROCEDURE. REMARKS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL DECISION FROM 8 OCTOBER 2013, K 30/11 AND OF AMENDMENTS TO THE LAW WHICH COME INTO EFFECT WITH THE DAY FROM 1 JULY 2015

The article points at essential issues of appointing the defender „for poor” in the criminal procedure. Dissertations are passed both in the context of amendments to the law which come into effect with the day from 1 July 2015, as well as of Constitutional Tribunal decision from 8 October 2013 (K 30/11). The article contains conclusions *de lege ferenda*.

KEY WORDS: right to defence, rights of detainees in police custody, of the suspect and the accused, access to a lawyer, right to fair and justice proceedings, the defender „for poor”

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo do obrony, prawa zatrzymanego, podejrzanego i oskarżonego, dostęp do adwokata, prawo do rzetelnego i sprawiedliwego procesu, obrońca „dla ubogich”

STAN SILNEGO WZBURZENIA JAKO ZNAMIEŃ ZABÓJSTWA TYPU UPRIZYWILEJOWANEGO CZY OKOLICZNOŚĆ WPŁYWAJĄCA NA ZMNIEJSZENIE POCZYTALNOŚCI SPRAWCY PRZESTĘPSTWA?

I. WSTĘP

Stan silnego wzburzenia, w literaturze prawniczej zwany również „afektem fizjologicznym”¹, w aktualnym stanie prawnym stanowi znamień tylko jednego typu czynu zabronionego, jakim jest typ uprzywilejowany zabójstwa, określony w art. 148 § 4 k.k. (tzw. zabójstwo w afekcie). Ustawodawca nie uznał bowiem za zasadne wprowadzenia do części ogólnej k.k. z 1997 r. przepisu, który przewidywałby odrębne uregulowanie, odnoszące się wyłącznie do reakcji afektywnej jako przesłanki rzutującej na przestępność czynu zabronionego, pomimo że w piśmiennictwie wysuwano postulaty dotyczące rozciągnięcia takiej reakcji na inne typy czynów zabronionych, takich jak np. ciężki uszczerbek na zdrowiu (obecnie art. 156 § 1 k.k.), średni lub lekki uszczerbek na zdrowiu (obecnie art. 157 § 1 i 2 k.k.) czy bójka i pobicie (obecnie art. 158 § 1 k.k.)². Propozycję takiego unormowania prawodawca uznał za zbędną z uwagi na utrwalony w teorii i praktyce prawa karnego pogląd, prowadzący do możliwości uznania wspomnianego stanu za „inne zakłócenie czynności psychicznej”, stanowiące jedną z tzw. racji biologicznych (psychiatrycznych) niepoczytalności albo poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej, o których mowa w art. 31 § 1 i 2 k.k. Takie podejście, zwłaszcza jeżeli uzasadnić je dominującym – jak się zdaje – stanowiskiem, przyjmującym, że zabójstwo w afekcie stanowi kategorię prawną, niewymagającą korzystania z opinii sądowej wydanej przez biegłych psychiatrów lub psychologa³, w praktyce wymiaru sprawiedliwości może prowadzić do daleko idących trudności związanych z kwalifikowaniem zachowania sprawcy zabójstwa z art. 148 § 4 k.k. Dowodzą tego badania aktowe prowadzone w tym kierunku, z których wyraźnie wynika, że stosowanie § 4 art. 148 k.k. sprawia w praktyce duże problemy, czego najlepszym przejawem są – wcale nierzadkie – przypadki niewłaściwej rezygnacji z jego stosowania na rzecz „sięgania” po art. 31 § 2 k.k. (poczytalność w znacznym stopniu ograniczona), przy jednoczesnym powołaniu się na § 1 art. 148 k.k. (typ podstawowy zabójstwa)⁴.

¹ Inne nazwy spotykane na określenie afektu fizjologicznego to: eksplozja afektywna, szok emocjonalny, wybuch emocjonalny – por. Z. Majchrzyk, *Zabójczynie i zabójcy. Osobowość, motyw, uwarunkowania sytuacyjne: analiza z perspektywy psychologicznego orzecznictwa sądowego*, Warszawa: UKSW 2008, s. 450.

² Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1982, s. 8–10.

³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 11 maja 1981 r., I KR 46/81, OSNPG 1981, nr 12, poz. 132, podobnie: wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 1986 r., II KR 61/86, OSNPG 1986, nr 11, poz. 144; wyrok Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1970 r., IV KR 227/70, OSNKW 1971, nr 5, poz. 69.

⁴ Por. M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa: Lex a Wolters Kluwer 2012, s. 351.

Tymczasem z punktu widzenia oskarżonego konsekwencje „dokonanego wyboru” nie są obojętne. Wystarczy przypomnieć, że wspomniany typ uprzywilejowany zabójstwa jest zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat, podczas gdy za jego typ zasadniczy przewidziana jest kara pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 8 lat, kara 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności⁵. Zatem nawet w przypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 31 § 2 k.k. (co zresztą – jak przekonują wyniki badań aktowych – nie jest regułą, jak można by się tego spodziewać⁶) sprawca zbrodni zabójstwa (§ 1 art. 148 k.k.) o zmniejszonej poczytalności będzie w gorszej sytuacji prawnej niż ten „normalny”, ale popełniający swój czyn w afekcie. Takie postawienie sprawy skłania do podjęcia rozważań nad istotą i prawnokarnym znaczeniem stanu silnego wzburzenia (afektu).

II. ISTOTA „AFEKTU FIZJOLOGICZNEGO”

Samo pojęcie „afekt” (z łac. *affectus*) oznacza stan, zwłaszcza umysłu; namiętność, pożądanie; skłonność, uczucie⁷. W tym ostatnim znaczeniu zresztą termin ten bywa najczęściej używany w piśmiennictwie prawniczym⁸. Natomiast w ujęciu słownikowym afektem jest: „silne, lecz krótkotrwałe wzruszenie, uniesienie; emocje, uczucia, wywołane radością, przestachem, gniewem itp.”⁹. Taki sposób definiowania afektu zadecydował zapewne o wiązaniu z nim uprzywilejowanego typu zabójstwa. Faktycznie jednak typ czynu zabronionego określony w § 4 art. 148 k.k. odwołuje się nie do znamienia „afektu”, a „stanu silnego wzburzenia”. Być może z tego względu w literaturze przedmiotu wysunięto postulat rozróżnienia pojęć „afekt fizjologiczny” oraz „silne wzburzenie”¹⁰. Jednym ze zwolenników precyzji pojęciowej w tym względzie był S. Cora, który przekonywał, że termin „silne wzburzenie” jest znaczeniowo szerszy, ponieważ obejmuje on różne stany psychiczne, nie tylko będące afektem, niekoniecznie więc ujawniające się w gwałtownym i wybuchowym zachowaniu, chociaż – podobnie jak afekt fizjologiczny – wykazujące bardzo silną przewagę sfery emocjonalnej nad intelektualną¹¹.

W tej ostatniej kwestii zmianie uległo zresztą pierwotnie wyznawane zapatrywanie, że

⁵ Wobec czego, zgodnie z art. 60 § 6 pkt 2 k.k., nadzwyczajne złagodzenie kary w odniesieniu do typu zasadniczego zabójstwa polega na wymierzeniu kary pozbawienia wolności nie niższej od jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

⁶ A. Wilkowska-Plóciennik, *Wpływ ograniczenia poczytalności sprawcy na stopień winy i wymiar kary*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 4, s. 22.

⁷ *Słownik łacińsko-polski*, według słownika Hermana Mengego i Henryka Kopii: oprac. K. Kumaniecki, Warszawa: PWN 1981, s. 22.

⁸ Słusznie zwracano jednak uwagę na to, że pojęcie afektu nie powinno być utożsamiane z uczuciem, które nie wykazuje wielu cech afektu (np. osobniczych cech do jego zalegania, błędnięcia, spływania itp.) – por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu*, s. 18–23.

⁹ M. Kopański, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa: Wiedza Powszechna 1994, s. 19.

¹⁰ Por. Z. Hołda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r. (II KR 116/72)*, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8, s. 1186; J. Witkowska, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, tom XIII, Wrocław 2003, s. 214, a także: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 października 2008 r., II AKa 133/2008, KZS 2008, z. 11, poz. 51 i 58.

¹¹ Por. S. Cora, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w świetle prawa i psychologii*, „Nowe Prawo” 1973, z. 7–8, s. 1035.

afekt to: „(...) zaburzenie gwałtowne całego strumienia psychicznego”, przy czym gwałtowność należy utożsamiać z jego nagłym charakterem i dużą siłą wybuchu emocjonalnego¹². J. Reykowski dostrzegwał w nim wyjątkowo silną emocję, która charakteryzuje się wysokim stopniem pobudzenia i gwałtownym przebiegiem¹³. Przez siłę procesu emocjonalnego zaś autor ten rozumiał: „(...) nasilenie tendencji do wykonywania reakcji odpowiadającej danej emocji; tendencji takiej można przypisać tym większą siłę, im większe przeszkody [wewnętrzne lub zewnętrzne] muszą się pojawić, aby powstrzymać wystąpienie reakcji emocjonalnej”¹⁴. M. Siewierski pisał, że afekt taki: „w sensie psychologicznym jest gwałtownym i w zasadzie krótkotrwałym wybuchem uczucia, któremu towarzyszy szereg dostrzegalnych zmian fizjologicznych w organizmie danej jednostki (w obiegu krwi, w ruchach itp.)”¹⁵. Stanowisko takie zdawała się podzielać również praktyka, uznając, że nie może być mowy o afekcie, gdy takowy nie był dostrzegalny przez nikogo stykającego się z oskarżonym¹⁶. Z czasem zaczęto jednak odchodzić od wymogu, aby silne wzburzenie musiało przejawiać się w uzewnętrznieniu wyładowania emocjonalnego. Obecnie w zasadzie zgodnie przyjmuje się, że afekt nie w każdym przypadku będzie miał postać takiej właśnie reakcji emocjonalnej¹⁷. Trafnie zaczęto wskazywać, że nieuzewnętrznienie wybuchu uczuciowego przez sprawcę zabójstwa może wynikać nie z braku „silnego podniecenia emocjonalnego”, lecz z faktu, że „odpowiednio ukształtowane procesy wewnętrzne i struktura osobowości nie dopuszczają do tej formy wyrażenia przeżyć afektywnych”¹⁸. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym i to, że nie u każdego człowieka jednakowe jest prawdopodobieństwo gwałtownej reakcji na bodźce, opartej na silnej eksplozji uczuciowej¹⁹. Za takim tokiem rozumowania podążyła także judykatura, o czym świadczy teza do wyroku SA w Krakowie z 10 marca 1994 r., z której wynika, że: „Silne wzburzenie może być wynikiem długotrwałego procesu emocjonalnego sprawcy, narastania napięcia (...) Zewnętrzne reakcje (...) wystąpienia silnego wzburzenia mogą być różne. Reakcje te zależne są od stanu psychicznego, osobowości. Pozorny spokój nie może stanowić przeszkody do stwierdzenia takiego stanu”²⁰. Bezsporne pozostaje natomiast, że działanie pod wpływem silnego wzburzenia „(...) to działanie w porywie uczuciowym, burzącym gwałtownie i z niezwykłą siłą równowagę psychiczną sprawcy”²¹. W takim ujęciu afekt fizjologiczny oznacza stan sprawcy zabójstwa, w którym „emocje biorą górę nad czynnościami kontrolnymi rozumu”²². Równocześnie jako stan fizjo-

¹² W. Witwicki, *Psychologia. Tom II*, Warszawa: PWN 1963, s. 10–15.

¹³ J. Reykowski, *Emocje i motywacja*, (w:) *Psychologia*, red. T. Tomaszewski, Warszawa: PWN 1975, s. 570.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ M. Siewierski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1971, s. 347.

¹⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 15 czerwca 1993 r., II AkR 97/93, KZS 1993, z. 7–8, poz. 28.

¹⁷ Por. M. Budyń-Kulik, *Zabójstwo tyrana domowego. Studium karnoprawne i wiktymologiczne*, Lublin: Verba 2005, s. 172–173; J. Pobocho, *Aspekty psychiatryczne, psychologiczne i prawne stanu silnego wzburzenia*, „Palestra” 1993, nr 7–8, s. 35–38.

¹⁸ Por. S. Cora, *Zabójstwo pod wpływem*, s. 1030.

¹⁹ I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, *System prawa karnego. Tom IV. Część 1: O przestępstwach w szczególności*, Warszawa–Wrocław–Kraków–Gdańsk–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich 1985, s. 350.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10 marca 1994 r., II AKR 13/94, KZS 1994, z. 3, poz. 16.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 1978 r., III KR 226/78, LEX nr 21791.

²² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 8 października 1986 r., II KR 282/86, OSNPG 1987, nr 7, poz. 75, a także: wyrok Sądu Najwyższego z 31 marca 1988 r., I KR 63/88, OSNPG 1989, nr 2, poz. 19.

logiczny ten rodzaj afektu nie doprowadza do zupełnego wyłączenia poczytalności, jako że nie jest możliwa tak dalece idąca utrata kontroli nad swoim zachowaniem, która nie miałaby u swego źródła przyczyn chorobowych²³.

Tak sprecyzowane przeżycia emocjonalne należy odróżnić od stanu psychicznego określanego mianem „afektu patologicznego”. Pomijając w tym miejscu samą problematykę związaną ze stosowaną nomenklaturą²⁴, jak również wiele wątpliwości, jakie z psychiatryczno-sądowego i psychologicznego punktu widzenia może wywoływać w ogóle wzajemne oddzielenie zjawisk mieszczących się jeszcze w tzw. „normie”, wyznaczonej zwykłą fizjologią człowieka, a wykraczających już poza tę granicę nietypowych reakcji organizmu²⁵, zaznaczyć wypada, że przede wszystkim z uwagi na podłoże reakcji afektywnej może ją znamionować pewna patologia. Przejawia się ona zwłaszcza w nietypowym przebiegu afektu. W fachowej literaturze za cechy charakterystyczne afektu patologicznego uznawano m.in. znaczne ograniczenie możliwości hamowania własnych reakcji w stosunku do tych, jakie są spowodowane afektem fizjologicznym, mocno natężone zmiany naczyniowo-ruchowe (np. zmiany w zakresie unerwienia mięśni czy tempa oddychania), których czas trwania jest dłuższy niż przy stanie silnego wzburzenia, głęboki stopień zaburzeń świadomości, połączony niekiedy z jej utratą (stan pomroczny) oraz niepamięcią wsteczną (*amnestia retrograda*) i snem terminalnym, które to objawy towarzyszą zająciu afektu²⁶. Wspomniane zmiany pozostają najczęściej w związku z istniejącymi już zaburzeniami na tle organicznym i bywają znamienne dla charakteropatii, tzw. zespołów psychoorganicznych o różnej etiologii, zespołów miejscowego uszkodzenia mózgu, upośledzenia umysłowego, a niekiedy zdarzają się także w chorobach psychicznych²⁷. Zarówno z racji samych symptomów, jak i z uwagi na skutki, jakie stany takie mogą powodować w sferze zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez sprawcę czynu zabronionego, nie rodzi sporów kwestia możliwości uznania afektu patologicznego za przesłankę uzasadniającą orzeczenie niepoczytalności bądź poczytalności ograniczonej (art. 31 § 1 i 2 k.k.)²⁸. Inaczej rzecz wygląda z afektem fizjologicznym.

²³ Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu*, s. 151. Podobnie: W. Gutekunst, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław–Warszawa: PWN 1980, s. 128–129. W literaturze przedmiotu wyrażono również odmienne zapatrywanie, które jego zwolenników doprowadziło nawet do wniosku o istnieniu „dwóch rodzajów silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami” – por. B. Ziajka, *Stan silnego wzburzenia i jego wpływ na wymiar kary*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, tom XI, red. L. Bogunia, Wrocław 2002, s. 136–138. Poglądu tego autorka nie podziela.

²⁴ Postulowano m.in. porzucenie pojęć „afekt fizjologiczny” i „afekt patologiczny” na rzecz posługiwania się określeniami takimi, jak silny i bardzo silny afekt – K. Buchała, *Przypisanie zachowania popełnionego w stanie niepoczytalności (poczytalności umniejszonej) spowodowanej odurzeniem się lub silnym afektem*, „*Studia Prawnicze*” 1988, nr 1–2, s. 240.

²⁵ Por. J. Kozarska-Dworska, M. Dworski, *Afekt patologiczny w teorii i praktyce sądowo-psychiatrycznej*, „*Problemy Wymiaru Sprawiedliwości*” 1978, nr 2, s. 72–75.

²⁶ W. Łuniewski, *Zarys psychiatrii sądowej*, PZWL, Warszawa 1950, s. 25.

²⁷ Por. J. Kozarska-Dworska, M. Dworski, *Afekt patologiczny*, s. 76, a także: A. Szymusik, *Stany afektywne w opiniowaniu sądowym psychiatryczno-psychologicznym*, (w:) *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, red. J. K. Gierowski, A. Szymusik, Kraków: Collegium Medicum UJ 1996, s. 157.

²⁸ Por. M. Tarnawski, *Zabójstwo uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań: UAM 1981, s. 78.

III. PRAWNE KRYTERIA OCENY STANU SILNEGO WZBURZENIA

Stosownie do tego, co zasygnalizowano na wstępie, znamię „silnego wzburzenia” stanowi kategorię prawną²⁹. Oznacza to, że: „to powinnością sądu jest ustalenie, czy w konkretnym rozpatrywanym przypadku występowało ono, czy też nie i czy było usprawiedliwione okolicznościami”³⁰. Takie postawienie sprawy nie rozwiązuje jednak problemów ze stosowaniem art. 148 § 4 k.k., a wprost przeciwnie, dodatkowo je potęguje. W tym miejscu właściwe zdaje się zatem ustalenie, w czym przejawia się normatywna natura silnego wzburzenia. Jak słusznie zwrócono uwagę w piśmiennictwie, nie należy w silnym wzburzeniu upatrywać „wyłącznie kategorii pojęcia prawnego”, jako że termin ten nie funkcjonuje w oderwaniu od kontekstu psychologicznego i psychiatrycznego, który sprowadza się (w dużym uproszczeniu) do ustalenia stanu psychicznego sprawcy *tempore criminis*³¹. Z powyższego wynika zatem, że forsowane niekiedy w literaturze poglądy opowiadające się za potrzebą powoływania w przypadkach zabójstwa popełnionego w stanie silnego wzburzenia biegłych z zakresu psychologii, a nawet psychiatrii, znajdują swoje uzasadnienie w istocie afektu. Skoro sprowadza się on do sytuacji, w której sprawca nie kieruje się „przesłankami rozumowymi, a wyłącznie względami uczucia, niczym nie hamowanymi”³², to wydaje się, że jednoznaczne ustalenie, iż sprawca zabójstwa znajdował się w takim właśnie stanie, bez uprzedniego odwołania się do wiedzy specjalistycznej z zakresu psychologii, która pozwoli na rzetelną ocenę przebiegu procesów decyzyjnych, a w szczególności potwierdzi, że doszło do ich zakłócenia, tudzież wskaże powody tych zakłóceń, będzie zadaniem niełatwym. Dla prawnika zaś, zazwyczaj nieposiadającego wystarczających kompetencji do wypowiedzania się w tej kwestii, może być nawet zadaniem niewykonalnym. Rezygnacja z powoływania biegłych w sprawach o zabójstwo popełnione pod wpływem silnego wzburzenia prowadzi zatem do poprzestania na dosyć pobieżnie przeprowadzonej ocenie stanu psychicznego sprawcy. W takim wypadku będzie ona bazowała bowiem jedynie na charakterze zewnętrznej reakcji sprawcy, co – jak już zostało wyżej powiedziane – może okazać się zwodnicze. Z tego względu, podzielając poglądy dotyczące zasadności powoływania biegłego z zakresu psychologii, a tam, gdzie w grę będą wchodziły wątpliwości co do stanu poczytalności sprawcy zabójstwa – biegłych psychiatrów, należałoby postulować korzystanie z wiedzy ekspertów tych specjalności w sprawach zabójstw popełnianych pod wpływem silnego wzburzenia. Przemawia za tym wzgląd na osobnicze uwarunkowania, które mogą niejako „predysponować” do łatwiejszego popadania w reakcje afektywne. Z psychologicznego punktu widzenia kompleksowo przeprowadzona analiza zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia winna być dokonywana przy uwzględnieniu takich czynników, jak w szczególności: struktura osobowości sprawcy, zindywidualizowane właściwości procesów psychicznych, tło mo-

²⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 czerwca 2010 r., II Aka 163/2010, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach i Sądów Okręgowych” 2010, z. 3, poz. 4, s. 4; wyrok Sądu Najwyższego z 8 września 1972 r., II KR 116/72, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8, s. 1184.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 czerwca 2010 r., II Aka 163/2010, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach i Sądów Okręgowych” 2010, z. 3, poz. 4.

³¹ Z. Hołda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r.*, s. 1184–1185.

³² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 1968 r., IV Kr 110/68, OSNPG 1969, z. 1, poz. 8, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 20 października 2009 r., II Aka 201/2009, LEX nr 550477.

tywacyjne itp.³³ W takim ujęciu, przy ocenie, że doszło do zabójstwa w afekcie, nie do pominięcia pozostają przesłanki subiektywne, „jeżeli mają one cechy bodźców emocjonalnych, tj. są w stanie wywołać reakcję uczuciową”³⁴.

Powyższe nie ujmuje bynajmniej silnemu wzburzeniu, o którym mowa w art. 148 § 4 k.k., charakteru kategorii prawnej. Wynika ona z obiektywizacji oceny, czy stan taki znajdował usprawiedliwienie w okolicznościach sprawy. W takim właśnie znaczeniu można mówić o normatywnej istocie tego stanu, przypisując temu pojęciu „swoiste znaczenie techniczno-prawne”³⁵. To bowiem w gestii organu stosującego prawo pozostaje ustalenie, czy niewspółmierna reakcja uczuciowa sprawcy zabójstwa na wywołujący ją bodziec znajduje usprawiedliwienie w okolicznościach danego przypadku. W tej mierze w praktyce sądowej jasno zarysowało się stanowisko, zgodnie z którym przyczynami usprawiedliwiającymi afekt mogą być: zdrada małżeńska, znęcanie się, dręczenie, niekiedy prowokacja czy zniewaga, posądzenie o czyn hańbiący, ciężka obelga³⁶. Sporo kontrowersji wzbudzają natomiast dwie kwestie, a mianowicie ustalenie, czy stan nietrzeźwości sprawcy zabójstwa stanowi negatywną przesłankę do przyjęcia, że swoje zachowanie podejmował on w afekcie, jak również czy krzywda, której doznanie przez sprawcę usprawiedliwia jego działanie w afekcie, musi pochodzić od samego pokrzywdzonego, czy też może być ona spowodowana przez inną osobę.

W odpowiedzi na pierwszą z podniesionych wątpliwości należy wskazać, że zdarzały się głosy praktyki przemawiające za potraktowaniem stanu nietrzeźwości jako negatywnej przesłanki, wyłączającej możliwość stosowania przepisu przewidującego typ zabójstwa w afekcie³⁷. Trafnie jednak zwrócono uwagę, że ten radykalny pogląd należałoby ograniczyć jedynie do wypadku, w którym: „podłożem całego łańcucha zdarzeń był stan nietrzeźwości oskarżonego wywołujący reakcję niewspółmierną w stosunku do bodźców, to fakt ten wyklucza możliwość przyjęcia, że oskarżony działał pod wpływem wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami”³⁸. Jeżeliby natomiast silne wzburzenie mogło powstać także bez odurzenia alkoholowego, to nie należy wykluczać z góry możliwości stosowania art. 148 § 4 k.k. (rzecz jasna w razie spełnienia wszystkich przewidzianych w tym przepisie przesłanek)³⁹.

³³ J. K. Gierowski, *Diagnoza procesów motywacyjnych jako przedmiot opinii sądowo-psychologicznej*, (w:) *Problemy psychologiczno-psychiatryczne w procesie karnym*, red. J. M. Stanik, Katowice: UŚ 1985, s. 68–69.

³⁴ S. Cora, *Zabójstwo pod wpływem*, s. 1030.

³⁵ Z. Hołda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r.*, s. 1184–1185.

³⁶ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 1981 r., I KR 30/81, OSNPG 1981, nr 8–9, poz. 92; wyrok Sądu Najwyższego z 16 sierpnia 1968 r., II KR 90/68, OSNKW 1969, nr 3, poz. 29; wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 1972 r., I KR 243/72, OSNKW 1973, nr 6, poz. 78. Zastrzec jednak wypada, że odrzucono błahą obelgę jako bodziec mogący wywołać bardzo silną reakcję emocjonalną – por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 11 lutego 1958 r., III K 1336/57, z akceptującą głosem K. Daszkiewicz, OSPiKA 1958, nr 9, poz. 240, s. 566–567.

³⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 1965 r., II KR 161/65, OSNKW 1965, nr 12, poz. 145; wyrok Sądu Najwyższego z 2 lutego 1973 r., IV KR 392/72, OSNPG 1973, nr 8, poz. 114; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 20 października 2009 r., II AKa 201/2009, LEX nr 550477.

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 1979 r., II KR 31/79, OSNPG 1979, nr 8, poz. 110.

³⁹ *Ibidem*, a także: wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 1967 r., II KR 52/67, OSNKW 1967, nr 11, poz. 112; orzeczenie Sądu Najwyższego z 13 października 1965 r., III KR 176/65, OSPiKA 1966, nr 6, poz. 135; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 9 marca 1999 r., II AKa 5/99, OSA 2000, nr 4, poz. 29. Podobnie: M. Tarnawski, *Zabójstwa uprzywilejowane w świetle badań akt sądowych i badań ankietowych*, Poznań: UAM 1985, s. 10–20; Z. Kubic, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 11, s. 837; T. Bojarski, *Glosa do wyroku SN*

Natomiast w odniesieniu do drugiej z wątpliwości widoczna jest spora rozbieżność między praktyką a teorią prawa karnego. W judykaturze zwykło się przyjmować, że silne wzburzenie jest wówczas usprawiedliwione okolicznościami: „gdy stanowi reakcję na ciężką krzywdę doznaną ze strony osoby, na której życie sprawca się targnął”⁴⁰. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy wypowiedział się wprost: „Sprawca działa pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami tylko wtedy, gdy doznaje dostatecznie silnej krzywdy moralnej czy materialnej, ale nie od kogokolwiek, lecz tylko od pokrzywdzonego. Nie można wszakże pogodzić się z takim stanowiskiem, aby sprawca spotkał się z bolesną zniewagą ze strony A, a gniew, oburzenie wyładował w ten sposób, że zabił B czy C – i działał przy tym pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami”⁴¹. Kontynuując tę linię orzeczniczą, wskazywano również, że okoliczności usprawiedliwiających działanie w afekcie nie można doszukiwać się w zdarzeniach, zjawiskach czy konfliktach, które są wyłącznie lub w przeważającym stopniu „zawinione” przez samego sprawcę⁴². Nieco innym torem, jak się zdaje, poszła doktryna prawa karnego. Jej przedstawiciele wychodzili z założenia, że ustawodawca nie przesądził przecież *expressis verbis* o tym, że stan silnego wzburzenia ma zostać „sprowokowany” przez sprawcę⁴³, jak to miało miejsce na etapie projektowania art. 225 § 2 k.k. z 1932 r.⁴⁴, czyli przepisu, w którym zostało określone przestępstwo zabójstwa pod wpływem silnego wzruszenia⁴⁵. Co więcej, podnoszono, że dla istoty omawianego przestępstwa znaczenie mają przede wszystkim okoliczności, w jakich powstał afekt, oraz fakt, że znajdują one usprawiedliwienie z etycznego i społecznego punktu widzenia⁴⁶. Ponadto argumentowano, że taki pogląd posiada mocne oparcie w nauce psychologii, a konkretnie w znanym jej zjawisku „irradiacji afektu”, czyli możliwego „przemieszczenia reakcji” uczuciowej⁴⁷. W odniesieniu zaś do przestępstwa zabójstwa w afekcie miałyby się ono sprowadzać do przeniesienia stosunku uczuciowego „z przedmiotu, który pierwotnie afekt wywołał, na inny przedmiot w istocie obojętny, ale z pierwszym

z dnia 13 października 1965 r. (III KR 176/65), OSPiKA 1966, nr 6, s. 271–273. O trudnościach związanych z opiniowaniem sądowo-psychiatrycznym i daleko idących problemach z odróżnieniem „afektu alkoholowego” od „afektu niealkoholowego” (czyli niespowodowanego działaniem alkoholu, a inną przyczyną) por. J. Kocur, W. Trendak, *Ocena poczytalności sprawców przestępstw z afektu dokonanych w stanie upicia alkoholowego*, (w:) *Materiały VII Międzynarodowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Teoria i praktyka oceny poczytalności*, Cedzyna 9–11.VI.1988, pod red. R. Rutkowskiego, Z. Majchrzyka, Warszawa: PTP 1988, s. 270–277.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 1978 r., III KR 226/78, LEX nr 21791.

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 16 czerwca 1972 r., II KR 64/72, LEX nr 21494.

⁴² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 stycznia 1982 r., II KR 327/81, OSNPG 1982, z. 7, poz. 98; wyrok Sądu Najwyższego z 11 lipca 1974 r., Rw 325/74, LEX nr 21636, wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 1972 r., I KR 243/72, OSNKW 1973, nr 6, poz. 78.

⁴³ Z. Hołda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r.*, s. 1186.

⁴⁴ Por. K. Mioduski, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1956, nr 1, s. 27–29.

⁴⁵ Por. art. 225 § 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. nr 60, poz. 571 ze zm.). Ostatecznie zrezygnowano jednak z odwoływania się do „sprowokowania” stanu silnego wzruszenia, którym to znamieniem posługiwał się k.k. we wspomnianym przepisie.

⁴⁶ Por. Z. Młynarczyk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1972 r. (II KR 64/72)*, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8, s. 1172–1178. Podobnie: Z. Hołda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r.*, s. 1186–1187.

⁴⁷ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu*, s. 128.

przedmiotem mniej lub więcej ściśle skojarzony⁴⁸. Akceptacja takiego podejścia, chociaż *prima facie* nienasuującego zastrzeżeń, a nawet więcej, znajdującego racjonalne wyjaśnienie w świetle przytoczonych wypowiedzi, natrafia jednak na opór, jeżeli odnieść je do możliwych wypadków, w których mogłoby ono znaleźć zastosowanie. Najczęściej przy tej okazji przytaczany jest przykład matki, która dowiadując się o zdradzie ze strony swojego męża, uzewnętrznia swoje poczucie krzywdy i towarzyszący mu gniew, „przelewając” swoje emocje (a ściślej – kierując swój wybuch afektywny) na dziecko⁴⁹. Nie podlega dyskusji, że wiadomość o zdradzie ze strony partnera mogła u kobiety wywołać silne wzburzenie, które (zwłaszcza w obliczu zgodnego dotychczas pożycia między małżonkami) może znajdować usprawiedliwienie w okolicznościach sprawy. Zastanowić jednak należy się nad inną kwestią, a mianowicie czy zasadne jest kwalifikowanie w takim przypadku zachowania sprawczyni z art. 148 § 4 k.k. Wskazać bowiem należy, że tak szeroka interpretacja „okoliczności usprawiedliwiających” afekt może prowadzić do „nadużywania” tego przepisu poprzez jego stosowanie nawet w takich sytuacjach, w których sprawca z poczuciem krzywdy wywołanej przez inną osobę (np. znęcającego się nad nim członka jego rodziny) rozładowuje swoją frustrację i gniew, np. urządzając strzelaninę w miejscu publicznym (powoduje masakrę w szkole, przedszkolu itp.). Czy w takim wypadku należałoby również przyjąć, że działał on „pod wpływem wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami sprawy”? Odpowiedź na to pytanie moim zdaniem powinna być negatywna, a pojęcie „sprawy” należałoby ograniczyć w przypadku omawianego typu czynu zabronionego jedynie do układu sytuacyjnego, jaki powstaje między sprawcą a pokrzywdzonym (tj. osobą, na której życie targnął się sprawca znajdujący się w stanie silnego wzburzenia).

IV. ZABÓJSTWO POD WPŁYWEM SILNEGO WZBURZENIA A OGRANICZENIE W ZNACZNYM STOPNIU POCZYTAŁNOŚCI SPRAWCY

Stan silnego wzburzenia, niezależnie od tego, że stanowi zamię odrębnego typu czynu zabronionego, może również przesądzać o genezie niepoczytalności albo poczytalności ograniczonej określonych w art. 31 § 1 i 2 k.k. Do takiego wniosku prowadzi przynajmniej preferowane aktualnie w doktrynie i praktyce prawa karnego stanowisko, w świetle którego stan taki należy traktować jako tzw. „inne zakłócenie czynności psychicznych”⁵⁰, a tym samym i jedną z przyczyn (tzw. racji biologicznych) prowadzących do zniesienia albo znacznego ograniczenia poczytalności sprawcy czynu zabronionego. Z uwagi na ograniczone ramy objętościowe niniejszego opracowania nie sposób w tym miejscu zgłębić rozległej tematyki związanej z samym uzasadnieniem przyczyn niepoczytalności oraz poczytalności ograniczonej, konieczne wydaje się natomiast wskazanie, że według istniejącego przekonania silne wzburzenie, jako stan fizjologiczny, nigdy nie osiąga takiego natężenia, które by powodowało zupełne zniesienie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub po-

⁴⁸ W. Łuniewski, *Wiadomości początkowe z psychologii ogólnej*, Warszawa 1925, s. 35.

⁴⁹ Por. Z. Młynarczyk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1972 r. (II KR 64/72)*, s. 1176–1177.

⁵⁰ Por. np. H. Popławski, *Stan silnego wzburzenia a ograniczenie poczytalności*, NP 1980, z. 6, s. 39; M. Tarnawski, *Zabójstwo uprzywilejowane*, s. 83; *idem*, *Silne wzburzenie jako „inne zakłócenie czynności psychicznych”*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1975, nr 2, s. 174–178; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu*, s. 151.

kierowania swoim postępowaniem, chociaż niewątpliwie może je zmniejszać⁵¹. Dotyczy to w szczególności zdolności kierowania swoim postępowaniem, która zostaje ograniczona wskutek obniżenia zdolności hamowania emocjonalnego i samokontroli zachowania. Przyjmuje się, że ograniczenie to może sięgać nawet znacznego stopnia, chociaż z reguły nie jest tak daleko idące⁵². Z pewnością jednak nie będzie to jedynie „lekkie” górowanie emocji nad intelektem⁵³. Tym samym wypada zgodzić się co do tego, że silne wzburzenie, o którym mowa w art. 148 § 4 k.k., może powodować ograniczenie w znacznym stopniu poczytalności sprawcy. Rodzi to naturalne pytanie o wzajemny stosunek norm wyrażonych w art. 31 § 2 k.k. i art. 148 § 4 k.k., zwłaszcza w sytuacji, gdy stan afektu fizjologicznego (znajdującego dodatkowo usprawiedliwienie w świetle danej sprawy) spowodował u sprawcy znaczne ograniczenie kierowania swoim postępowaniem.

W pierwszej kolejności uwzględnienia wymaga przypadek, w którym u sprawcy zabójstwa w afekcie rozpoznano zaburzenie psychiczne, takie jak np. choroba psychiczna, które wystąpiło jednak niezależnie od wyładowania afektywnego. W sytuacji gdy zaburzenie to spowodowało ograniczenie, a niekiedy nawet zniesienie poczytalności takiego sprawcy, uznać należy, że wobec tego nie ma przeciwwskazań do łącznego stosowania art. 148 § 4 k.k. oraz art. 31 § 2 k.k. Nie będzie właściwe zaś „pomijanie” w takim wypadku okoliczności popełnienia przestępstwa zabójstwa, do którego doszło przecież „pod wpływem silnego wzburzenia”, i zastosowanie § 1 art. 148 k.k.

Bardziej skomplikowany wydaje się drugi przypadek, w którym stan silnego wzburzenia został spowodowany wystąpieniem u sprawcy zabójstwa jakiegoś zaburzenia psychicznego, przy czym zaburzenie to stanowiło podłoże niekontrolowanego wybuchu emocjonalnego. W literaturze przedmiotu pojawiły się różne propozycje rozwiązania tego problemu. Z jednej strony przyjmowano, że skoro silne wzburzenie stanowi przejaw „innego zakłócenia czynności psychicznych”, o którym mowa w art. 31 § 1 k.k. (i na zasadzie odpowiedniego stosowania do § 2 tego artykułu), to w sytuacji gdy zakłócenie to spowoduje ograniczenie w znacznym stopniu poczytalności sprawcy zabójstwa, jego zachowanie należy kwalifikować na podstawie art. 148 § 1 k.k., przy jednoczesnym powołaniu się w kwalifikacji prawnej na art. 31 § 2 k.k. (poczytalność zmniejszona)⁵⁴. Stanowisko takie opierano na tezie, zresztą w pełni zasługującej na aprobatę, że: „Jeden i ten sam mankament psychiki sprawcy występujący w chwili popełnienia czynu przestępnego nie może być na jego korzyść uwzględniony podwójnie, raz jako przesłanka kwalifikacji prawnej czynu z art. 148 § 4 k.k., a po raz drugi jako podstawa do uznania, że został on popełniony w warunkach art. 31 § 2 k.k.”⁵⁵. Inni autorzy wyrazili przekonanie, że art. 148 § 4 k.k. w zakresie znamienia „silne wzburzenie” winien być traktowany

⁵¹ Por. H. Popławski, *Stan silnego wzburzenia*, s. 32 i 39, a także: J. Kruempelmann, *Możliwość przypisania winy w przypadku afektu i uwarunkowanej użyciem alkoholu niezdolności do ponoszenia winy*, *„Studia Prawnicze”* 1988, z. 1-2, s. 308.

⁵² W. Wolter, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 27 III 1975 r.*, II KR 333/74, *„Państwo i Prawo”* 1976, z. 4, s. 181.

⁵³ M. Szerer, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 1971 r.* (II KR 186/71), *OSPIKA* 1972, nr 7-8, s. 373-374.

⁵⁴ Tak np. A. Gubiński, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*, PWN, Warszawa 1961, s. 95-96.

⁵⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 7 marca 2008 r., V KK 355/07, R-OSNKW 2008, poz. 552, OSP 2010, z. 9, poz. 85. Podobnie: wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 1978 r., II KR 257/78, OSNKW 1979, nr 4, poz. 36; wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 1975 r., II KR 333/74, OSNKW 1975, nr 8, poz. 105; wyrok Sądu Naj-

jako *lex specialis* w stosunku do art. 31 § 2 k.k.⁵⁶ W rezultacie w omawianym przypadku poprawne będzie powołanie się jedynie na pierwszy ze wskazanych przepisów. Słusznie jednak dostrzeżono, że przy takim podejściu naruszona zostaje jedna z naczelných zasad procesu karnego, jaką jest zasada prawdy materialnej, która nakazuje wyjaśnienie i uwzględnienie wszystkich okoliczności istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia danej sprawy⁵⁷. Podzielając to zapatrywanie, należy opowiedzieć się za stosowaniem w takim przypadku obydwu wspomnianych przepisów, tj. zarówno art. 148 § 4 k.k., jak i art. 31 § 2 k.k., oczywiście o ile zaburzenie psychiczne leżące u podłoża wybuchu emocjonalnego sprawcy zabójstwa skutkowało u niego znacznym ograniczeniem zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Jedynie taka kwalifikacja pozwoli na oddanie wszystkich istotnych elementów, tak charakteryzujących stan psychiczny sprawcy, jak i związanych z samym jego czynem.

Ponadto jeżeli podłożem afektu było zakłócenie psychiczne powstałe np. na tle zdiagnozowanego uszkodzenia centralnego układu nerwowego, to należałoby szczególnie wnikliwie zbadać przejawy wyładowania afektywnego. Może się bowiem okazać, że *in concreto* nosił on cechy afektu patologicznego, co – jeśli się weźmie pod uwagę postulat unikania podwójnego uwzględnienia tej samej okoliczności jako podstawy łagodniejszego traktowania sprawcy – powinno rzutować kwalifikacją jego zachowania z art. 31 § 1 lub 2 k.k. oraz art. 148 § 1 k.k.

Natomiast w wypadku, gdy to wyłącznie stan silnego wzburzenia spowodował u sprawcy zabójstwa ograniczenie w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, zasadne wydaje się poprzestanie na kwalifikacji jego zachowania jedynie na podstawie art. 148 § 4 k.k. W takim układzie bowiem powołanie się w kwalifikacji prawnej również na art. 31 § 2 k.k. oznaczałoby dwukrotne uwzględnienie tej samej okoliczności przy wymiarze kary.

Poza sporem powinno pozostawać zaś, że w sytuacji gdy zachowanie sprawcy zabójstwa w afekcie nie znajduje usprawiedliwienia w okolicznościach danej sprawy, nie ma podstaw do zastosowania § 4 art. 148 k.k. i właściwe będzie powołanie w takim przypadku § 1 tego artykułu (przy ewentualnym zastosowaniu art. 31 § 2 k.k., wówczas gdy stan afektu osiągnąłby tak duże natężenie, że spowodowałoby ono ograniczenie w znacznym stopniu poczytalności sprawcy tego czynu).

V. PODSUMOWANIE

Podniesione wyżej uwagi dotyczące stanu silnego wzburzenia przemawiają za potraktowaniem go przede wszystkim jako znamienia typu czynu zabronionego tam, gdzie zgodnie z wolą ustawodawcy karnego wchodzi on do opisu odrębnego typu, czyli zabójstwa w afekcie (art. 148 § 4 k.k.). O tym, czy taki „afekt fizjologiczny” wystąpił u sprawcy

wyższego z 13 maja 1963 r., III K 95/63, OSNPG 1963, nr 9, poz. 121; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 9 września 2009 r., II AKa 228/2009, OSA 2010, z. 4, poz. 16.

⁵⁶ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu*, s. 159–163; *idem*, Art. 225 § 2 k.k. a zmniejszona poczytalność, „Palestra” 1960, nr 4, s. 28–30.

⁵⁷ H. Gajewska-Kraczkowska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 1884 r. (III KR 101/84)*, OSPiKA 1986, z. 7–8, poz. 150, s. 334.

zabójstwa *tempore criminis*, należałoby rozstrzygać przy uwzględnieniu opinii wydanej przez biegłego psychologa, która pozwoli na fachową ocenę zindywidualizowanych procesów motywacyjnych, struktury osobowości i innych czynników rzutujących na charakter reakcji emocjonalnej. Dla zastosowania art. 148 § 4 k.k. bez znaczenia powinno pozostawać przy tym, czy afekt taki spowodował u sprawcy zabójstwa ograniczenie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w znacznym stopniu. O ile bowiem w ocenie specjalistów (w tym przypadku przede wszystkim biegłych psychiatrów) charakter reakcji afektywnej nie wynika z podłoża, jakim może być m.in. organiczne uszkodzenie ośrodkowego układu nerwowego (np. powstałe w następstwie urazu czaszkowo-mózgowego), ani też nie występują przesłanki przemawiające za potraktowaniem takiej reakcji w kategoriach tzw. afektu patologicznego, o tyle nie ma podstaw do rezygnacji ze stosowania art. 148 § 4 k.k. na rzecz odwoływania się do art. 31 § 2 k.k. i kwalifikowania zachowania sprawcy jako zbrodni zabójstwa (§ 1 art. 148 k.k.). Z drugiej strony tam, gdzie stan silnego wzburzenia będzie się „nakładał” (współwystępowanie) na inny czynnik uzasadniający przyjęcie poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej, nie wydaje się, aby istniały przeciwwskazania do łącznego stosowania art. 148 § 4 k.k. i art. 31 § 2 k.k.

Summary

Anna Golonka

VOLUNTARY MANSLAUGHTER OR DIMINISHED SANITY OF THE HOMICIDE PERPETRATOR?

The paper is dedicated to the issue of a strong excitement, called also as a physiological affect. The status of such excitement is one the essentials of the voluntary manslaughter (Article 148 § 4 Criminal Code). At the same time the physiological affect is considered to be the cause (so called biological reason) of the insanity or diminished sanity referred to Article 31 § 1 or 2 Criminal Code. The complexity of the issues in practice leads to many difficulties associated with applying Article 148 § 4 – on the one hand, or Article 31 § 2 taking into account a murder felony – on the other. The above mentioned problems can be supported by relevant research. From the point of view of the accused the consequences of such a “choice” can be far-reaching, even when applied to the extraordinary mitigation of punishment under Article. 31 § 2. Dilemmas associated with it additionally reinforces conviction about the possibility of resignation from the appointment relevant experts (mainly psychologists and sometimes forensic psychiatrists) in criminal proceedings relating to the offender, committing his or her crime in state of the strong excitement. This is due to the recognition of such a state as a “legal category”. This publication is dedicated to the explanation of these and other dilemmas, as well as, systematization of views on the subject.

KEY WORDS: affect, homicide, voluntary manslaughter, diminished sanity

POJĘCIA KLUCZOWE: afekt, zabójstwo, zmniejszona poczytalność

WYŁĄCZENIE JAWNOŚCI ROZPRAWY WOBEC OSÓB OBJĘTYCH PROGRAMEM OCHRONY

Przedmiotem opracowania są wynikające z przepisów ustawowych reguły pozwalające ograniczyć jawność procesu karnego z udziałem świadka koronnego. Autor wiele uwagi poświęca także sposobom zapewnienia bezpieczeństwa świadkowi koronnemu i innym uczestnikom postępowania w trakcie procesu karnego.

Obowiązek wyłączenia przez sąd jawności rozprawy przewidziany został w szczególności na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym¹ (dalej: u.ś.k.).

Świadek koronny², który kluczowo przyczynia się do surowego ukarania przez wymiar sprawiedliwości swoich niedawnych kolegów, w tym także osób decydujących o kierunkach działalności zorganizowanych struktur przestępczych, niewątpliwie narażony jest na negatywne konsekwencje swojej decyzji ze strony świata przestępczego. Podejmując współpracę z organami ścigania, świadek koronny narażony jest na poważne niebezpieczeństwo, w tym na utratę życia. Obowiązkiem organów ścigania jest zapewnienie świadkowi koronnemu ochrony.

Przesłuchanie przez sąd osoby objętej programem ochrony na podstawie ustawy o świadku koronnym powinno być przeprowadzone z wyłączeniem jawności. Za powyższym przemawia konieczność zapewnienia takiej osobie bezpieczeństwa.

Osoba posiadająca status świadka koronnego może uczestniczyć w procesach karnych w różnej roli. Może być świadkiem koronnym, zwykłym świadkiem albo oskarżonym.

Inna niż świadek koronny osoba, która została objęta programem ochrony na podstawie ustawy o świadku koronnym, może występować w procesach karnych jako zwykły świadek lub oskarżony.

Poza programem ochrony, zapewnić świadkowi koronnemu bezpieczeństwo w trakcie odbywającego się z jego udziałem procesu karnego, nie naruszając przy tym uprawnień procesowych uczestników postępowania, można poprzez wyłączenie jawności rozprawy.

Obowiązkiem sądu na rozprawie jest pouczenie świadka koronnego (art. 16 § 1 k.p.k.), co winno mieć miejsce przed przystąpieniem do jego przesłuchania, o uprawnieniu do złożenia wniosku o wyłączenie jawności rozprawy na podstawie art. 13 ust. 1 u.ś.k. W przypadku złożenia przez świadka koronnego takiego wniosku sąd ma obowiązek wyłączyć jawność rozprawy na czas jego przesłuchania. Wyłączenie jawności rozprawy

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. nr 36, poz. 232 ze zm.

² Definicję świadka koronnego zawiera art. 2 u.ś.k. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu świadkiem koronnym jest podejrzany, który został dopuszczony do składania zeznań w charakterze świadka na zasadach i w trybie określonych niniejszą ustawą.

przez sąd na wniosek świadka koronnego jest jedynie wyłączeniem jawności wobec publiczności, a nie wobec stron procesowych. W razie podjęcia przez sąd decyzji o wyłączeniu jawności na podstawie art. 13 ust. 1 u.ś.k. przepisów art. 361 § 1 i 3 k.p.k. nie stosuje się. Oznacza to, że wyłączenie jawności rozprawy wynikające z regulacji ustawy o świadku koronnym jest bezwarunkowe. Dotyczy wszystkich osób, które jako publiczność chciałyby uczestniczyć w sądowym rozpoznaniu sprawy, w której dopuszczony został dowód z zeznań świadka koronnego. Strony postępowania w takim przypadku pozbawione są uprawnień do wskazania osób, które mogą być obecne na niejawnej rozprawie, w której zeznaje świadek koronny. Również przewodniczący nie może zezwolić poszczególnym osobom na obecność na rozprawie prowadzonej z wyłączeniem jawności. Wniosek o wyłączenie jawności rozprawy świadek koronny w danej sprawie składa tylko jeden raz, co powoduje, że na kolejnych terminach rozprawy nie musi go ponawiać. Rozprawa przez cały czas, kiedy zeznaje świadek koronny, odbywa się niejawnie.

Zgodzić należy się z J. Łyżwińskim³, że wyłączenie jawności rozprawy nie ma na celu ukrycia osoby, która składa zeznania przed sądem, ani utajnienia treści jej zeznań. Powodem wyłączenia jawności procesu jest jedynie ochrona szeroko rozumianego wizerunku świadka. Chodzi tu o ochronę jego wyglądu zewnętrznego, wzrostu, budowy ciała, głosu, sposobu wypowiedzania się, sposobu chodzenia i wszystkich innych elementów, które mogłyby doprowadzić do jego identyfikacji przez osoby, wśród których w danym momencie przebywa. Z tych względów praktykuje się nakładanie przez świadka kominiarki bądź zmianę jego wizerunku poprzez charakterystykę podczas dojazdu na czynności procesowe. Dla zapewnienia bezpieczeństwa świadka objętego programem ochrony na podstawie ustawy o świadku koronnym nie można przesłuchiwać go na okoliczności dotyczące udzielanej mu ochrony i pomocy, o których mowa w art. 14–20 u.ś.k.

Wyłączając jawność rozprawy na wniosek świadka koronnego, sąd jednocześnie zarządza na podstawie art. 13 ust. 2 u.ś.k. zakaz wnoszenia na salę rozpraw urządzeń rejestrujących dźwięk (np. dyktafonów, telefonów komórkowych, magnetofonów), obraz (np. kamer, aparatów fotograficznych, telefonów komórkowych) lub zdolnych do przekazania dźwięku lub obrazu (np. telefonów komórkowych, przenośnych komputerów), a także wprowadza obowiązek poddania się kontroli w celu realizacji tego zarządzenia.

Przepis art. 13 ust. 2 u.ś.k. wyłącza możliwość wyrażenia przez sąd na wniosek strony zgody na utrwalanie przez nią przebiegu rozprawy za pomocą urządzenia utrwalającego dźwięk, zgodnie z treścią art. 358 k.p.k. Jedynie na zasadach ogólnych sąd może uwzględnić wniosek strony w powyższym zakresie, ale tylko wówczas, jeżeli nie przemawia przeciw temu wzgląd na prawidłowość postępowania. W sytuacji złożenia przez świadka koronnego wniosku o wyłączenie jawności rozprawy na podstawie przepisów ustawy o świadku koronnym przepis art. 358 k.p.k. nie ma zastosowania, gdyż godzić może bezpośrednio w jego bezpieczeństwo.

Zgodnie z przepisem art. 54 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju są-

³ J. Łyżwiński, *Odstępstwa od zasady jawności rozprawy w świetle ustawy o świadku koronnym*, (w:) *Przestępczość zorganizowana, świadek koronny, terroryzm*, red. E. W. Pływaczewski, Kraków 2005, s. 444–445.

dów powszechnych⁴ do budynków sądowych nie wolno wносить broni ani amunicji, a także materiałów wybuchowych i innych środków niebezpiecznych. Powyższy zakaz nie dotyczy jednak osób wykonujących w budynkach sądowych obowiązki służbowe wymagające posiadania broni. Organizacja rozpraw, podczas których planowane jest przeprowadzenie czynności procesowych z udziałem osób chronionych, powoduje konieczność zapewnienia przez sąd szczególnych środków ostrożności. Mają one na celu zagwarantowanie w szczególności bezpieczeństwa ochranianym osobom, a także prawidłowego porządku pracy sądu. Aby to zrealizować, prezes sądu zarządzić może stosowanie środków zapewniających bezpieczeństwo w budynkach sądowych, zapobiegających naruszeniu zakazu wnoszenia na teren sądu broni i amunicji, a także materiałów wybuchowych i innych środków niebezpiecznych. W takim przypadku do ochrony budynków sądowych oraz osób w nich przebywających stosuje się przepisy o ochronie osób i mienia (art. 54 § 2 cyt. ustawy).

Identyczna regulacja jak w przepisie art. 54 § 1 i 2 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych przewidziana została w art. 17b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze⁵. W tym przypadku zarówno prokurator apelacyjny, jak i prokurator okręgowy mają możliwość wydania zarządzenia zapewniającego stosowanie na terenie jednostek organizacyjnych prokuratury środków bezpieczeństwa oraz zapobiegających naruszeniu zakazu wnoszenia na jej teren broni i amunicji, a także materiałów wybuchowych i innych środków niebezpiecznych. Stosowanie odpowiednich przepisów dotyczących organizacji jednostek prokuratury ma w przypadku trwania na etapie postępowania przygotowawczego czynności procesowych z udziałem kandydata na świadka koronnego zapewnić mu bezpieczeństwo. Obowiązkiem tego podejrzanego jest dostarczać organom ścigania dowody winy, świadczące przeciwko swoim niedawnym kolegom. Pomimo utajnienia realizowanych z udziałem kandydata na świadka koronnego przesłuchań osoby ze świata przestępczego, z którego się wywodzi lub które obciąża, po uzyskaniu takiej informacji mogą realnie zagrozić jego życiu lub zdrowiu. Ponadto uzyskanie przez samego kandydata na świadka koronnego informacji świadczącej o tym, że osoby, z którymi współdziałał, popełniając przestępstwa, wiedzą o jego zamierzeniach związanych z procesem, może zahamować lub co najmniej znacząco zakłócić wdrażaną procedurę.

W sytuacji gdy osoba o statusie świadka koronnego, korzystająca z programu ochrony na podstawie ustawy o świadku koronnym, zostanie wezwana przez sąd do stawienia w charakterze zwykłego świadka lub oskarżonego w innej sprawie, pozbawiona jest możliwości złożenia wniosku o wyłączenie jawności rozprawy na podstawie art. 13 u.ś.k. Zainteresowanemu pozostaje wyłącznie uprawnienie do złożenia wniosku o wyłączenie przez sąd jawności rozprawy na podstawie przepisów procedury karnej, która w art. 360 § 1 pkt 4 k.p.k. przewiduje możliwość niejawnego rozpoznania sprawy, jeżeli jawność rozprawy mogłaby naruszyć ważny interes prywatny. W przypadku wyłączenia jawności rozprawy na wskazanej wyżej podstawie zastosowanie ma przepis art. 361 § 1 i 3 k.p.k. Stanowi on, że na niejawnej rozprawie mogą być obecne, oprócz osób biorących udział w postępowaniu, po dwie osoby wskazane przez oskarżyciela

⁴ Dz.U. z 2001 r. nr 98, poz. 1070 ze zm.

⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 270, poz. 1599 ze zm.

publicznego, oskarżyciela posiłkowego, oskarżyciela prywatnego i oskarżonego. Jeżeli jest kilku oskarżycieli lub oskarżonych, każdy z nich może żądać pozostawienia na sali rozpraw po jednej osobie. Ponadto na udział w takiej rozprawie przewodniczący może zezwolić innym wskazanym przez siebie osobom. Powyższa regulacja, w odróżnieniu od tej przewidzianej w art. 13 u.ś.k., jak widać nie zapewnia świadkowi koronnemu, który w innym procesie karnym występuje w charakterze zwykłego świadka lub oskarżonego, pełni bezpieczeństwa. W przedstawionych realiach świadek koronny narażony zostaje na rozpoznanie jego wizerunku przez osoby uczestniczące jako publiczność w procesie karnym, co może nieść dla niego poważne konsekwencje, w tym bezpośrednio zagrażające jego życiu i zdrowiu.

Regulacja art. 13 u.ś.k. dotyczy tylko i wyłącznie osoby, której przyznano status świadka koronnego. Nie ma ona zastosowania wobec innych niż świadek koronny osób, które zostały objęte programem ochrony na podstawie przepisów ustawy o świadku koronnym. W sytuacji wezwania osoby objętej programem ochrony (innej niż świadek koronny) przez sąd na rozprawę w charakterze zwykłego świadka lub oskarżonego zastosowanie mogą mieć wyłącznie odpowiednie ogólne przepisy procedury karnej, o których była mowa powyżej.

Może się zdarzyć również i taka sytuacja, kiedy osoby objęte w procesie karnym programem ochrony na podstawie ustawy o świadku koronnym, w tym świadek koronny, będą występowały w procesie cywilnym, administracyjnym lub wykroczeniowym w charakterze strony lub świadka. Z uwagi na to, że instytucja świadka koronnego jest instrumentem wyłącznie prawa karnego, uzasadnione jest twierdzenie, że w sprawach innych niż karne, tj. cywilnych, administracyjnych i wykroczeniowych, nie będą miały zastosowania przepisy ustawy o świadku koronnym, a jedynie odpowiednie przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁶, ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁷ oraz ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia⁸.

Innym problemem, jaki pojawia się w związku z niejawnym prowadzeniem rozprawy, w trakcie której zeznaje świadek koronny, jest utrwalanie przez organ procesowy za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk przebiegu czynności protokołowanych w trybie art. 147 k.p.k. Na podstawie wskazanej regulacji przesłuchanie świadka utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk (jeżeli względy techniczne nie stoją na przeszkodzie), gdy zachodzi niebezpieczeństwo, że przesłuchanie tej osoby nie będzie możliwe w dalszym postępowaniu. Niebezpieczeństwo rejestracji dźwięku z przebiegu przesłuchania świadka związane jest przede wszystkim z zabezpieczeniem przez organ procesowy nośników z jego zapisem przed dostępem osób nieuprawnionych. Zapis obrazu lub dźwięku, a także przekład zapisu dźwięku stają się załącznikami do protokołu przesłuchania świadka. Strona ma prawo otrzymać na swój koszt jedną kopię zapisu dźwięku lub obrazu. Nie dotyczy to przesłuchania na rozprawie odbywającej się z wyłączeniem jawności albo w postępowaniu przygotowawczym. Pomimo tego zakazu nic nie stoi na przeszkodzie, aby oskarżony i jego obrońca zapoznali się

⁶ Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 ze zm.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 395 ze zm.

z materiałami przesłuchania świadka (również poprzez odtworzenie dźwięku) w trybie art. 156 k.p.k.

Sam przebieg rozprawy karnej przed sądem pierwszej instancji, w której uczestniczy świadek koronny, nie różni się praktycznie niczym od zwykłego przewodu sądowego. Składając ustnie zeznania przed sądem, świadek koronny może to uczynić w dwojaki sposób. Po pierwsze, spełnia swój obowiązek bezpośrednio przed sądem rozpoznającym sprawę w obecności stron, w tym oskarżonych i ich obrońców. Po wtóre, zeznaje w trybie telekonferencyjnym.

Podkreślić w tym miejscu należy, że każdorazowe stawiennictwo świadka koronnego w siedzibie sądu, w której prowadzony jest proces karny, stwarza realne zagrożenie dla jego bezpieczeństwa. Skutecznym instrumentem pozwalającym na bezpieczne przeprowadzenie przed sądem czynności procesowych z udziałem świadka koronnego z zachowaniem wszelkich gwarancji procesowych dla stron postępowania jest ich wykonanie na odległość.

Zapewnić w trakcie procesu karnego bezpieczeństwo świadka koronnego lub innej osoby objętej programem ochrony można poprzez wdrożenie procedury, o której stanowi art. 177 § 1a k.p.k. Z brzmienia przywołanego przepisu wynika, że przesłuchanie świadka (zarówno w trakcie postępowania przygotowawczego, jak i przed sądem) może nastąpić przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość, z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku.

Za trafny uznać należy pogląd wyrażony w jednym z orzeczeń przez Sąd Apelacyjny w Krakowie⁹, uznający za celowe przesłuchiwanie świadka koronnego na odległość przy użyciu odpowiednich urządzeń technicznych (trybu telekonferencji). Powyższe oszczędza znacznych nakładów na zapewnienie bezpieczeństwa świadka, co jest obowiązkiem organów państwa, podjętym w umowie ze świadkiem, gdy każde jego stawiennictwo (doprowadzenie) przed sąd stwarza zagrożenie dla jego bezpieczeństwa. Innym problemem jest zagwarantowanie kontroli sądu, a zwłaszcza uprawnień procesowych oskarżonych, których dotyczą zeznania świadka, począwszy od sprawdzenia, czy świadek zeznaje bez jakichkolwiek wpływów, po umożliwienie poddania świadka badaniu poprzez zadawanie pytań, identycznie jak w przypadkach zeznań składanych bezpośrednio przed sądem.

⁹ Wyrok SA w Krakowie z 13 marca 2009 r., sygn. II AKa 155/08, KZS 2009, z. 9, poz. 45, LEX nr 533946.

Summary

Rafał Teluk

CLOSING A TRIAL TO THE PUBLIC IN CASE OF PERSONS
COVERED BY THE WITNESS PROTECTION PROGRAM

The subject of this paper are the rules resulting from the statutory provisions that allow to restrict the openness of penal proceedings, including a proceeding conducted with the participation of an offender who has turned state's evidence. The author also

dedicates a lot of attention to the ways of guaranteeing safety to an offender who has turned state's evidence and other participants of penal proceedings.

KEY WORDS: openness of a trial, principle of open proceedings, closing a trial to the public, turning state's evidence, Act on Turning State's Evidence, protected person, hearing before a court, hearing at a distance, guaranteeing safety to a witness, recording the course of process procedures

POJĘCIA KLUCZOWE: jawność rozprawy, zasada jawności postępowania, wyłączenie jawności rozprawy, świadek koronny, ustawa o świadku koronnym, osoba objęta ochroną, przesłuchanie przed sądem, przesłuchanie na odległość, zapewnienie bezpieczeństwa świadka, utrwalanie przebiegu czynności procesowych

PRAWO CUDZOZIEMCÓW DO SKUTECZNEJ OCHRONY PRAWNEJ W SYSTEMIE EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA¹

Sytuacja cudzoziemców, zwłaszcza tych, którzy uciekają ze swojego kraju w obce strony i tam szukają bezpiecznego, a często zwyczajnie spokojniejszego życia, z perspektywami dla rodziny, jest oczywistym przedmiotem troski również z punktu widzenia ich praw, w tym tych, które „każdej osobie” niezależnie od posiadania statusu obywatela, a więc również cudzoziemcom lub apatrydom, gwarantuje art. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja).

Proponuję skupienie się na potrzeby tego artykułu na kwestiach odnoszących się do ochrony prawnej o kluczowym znaczeniu z punktu widzenia bezpieczeństwa, dobra i interesów cudzoziemców.

Na początek kilka uwag natury ogólnej, gwoli przypomnienia wchodzących w grę standardów Konwencji.

Państwa mają obowiązek zagwarantować wszystkie prawa w niej zawarte bez jakiegokolwiek dyskryminacji (art. 14). Artykuł 1 Protokołu nr 12 (którego jednak Polska nawet jeszcze nie podpisała) rozszerza ten zakaz, rozciągając go na korzystanie z każdego prawa zagwarantowanego przepisami prawa.

Niektóre postanowienia Konwencji, ze względu na swoją naturę, odnoszą się wyłącznie bądź głównie do cudzoziemców, fakt ten nie oznacza jednak podziału na obywateli i nie-obywateli, jeśli chodzi o korzystanie z praw i wolności. Byłoby to wbrew wspomnianej zasadzie z art. 1 Konwencji, mówiącej o zagwarantowaniu praw „każdej osobie”.

Państwa mogą wprowadzać pewne ograniczenia działalności politycznej cudzoziemców (art. 16). Żadne z postanowień artykułów odnoszących się do prawa do wolności wypowiedzi, swobodnego, pokojowego zgromadzania się oraz stowarzyszania się, zakazu dyskryminacji, nie wyłącza prawa państwa do wprowadzenia takich ograniczeń.

Cudzoziemcy mogą korzystać z zapisanego w art. 2 Protokołu nr 4 prawa do wolności poruszania się i wyboru miejsca pobytu (wewnątrz państwa). Dotyczy ono jednak wyłącznie osób przebywających na jego terytorium legalnie. Ograniczenie takie nie dotyczy natomiast kolejnego prawa: do swobodnego opuszczenia każdego kraju, zagwarantowanego w art. 2 ust. 2 Protokołu nr 4. W ustępach 3 i 4 art. 2 tego Protokołu zostały zawarte ograniczenia, jakim mogą te prawa podlegać, które odnoszą się w takim samym stopniu do obywateli, jak i cudzoziemców.

Wyłącznie cudzoziemców dotyczy zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców za-

¹ Artykuł jest rozszerzoną wersją wystąpienia autora podczas seminarium dla sędziów sądów administracyjnych nt. „Realizacja zasady prawa do sądu”, które odbyło się 16 lipca 2013 r. w siedzibie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

warty w art. 4 Protokołu nr 4. Obejmuje on osoby przebywające w danym kraju zarówno legalnie, jak i nielegalnie. Wydalanie cudzoziemców jest oczywiście dopuszczalne, ale wyłącznie na podstawie indywidualnych decyzji podejmowanych wobec konkretnych osób.

Artykuł 5 ust. 1 pkt f Konwencji zezwala na pozbawienie cudzoziemców wolności, pod warunkiem że jest ono zgodne z prawem i zastosowane w celu zapobieżenia nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa bądź w toku postępowania o wydalenie lub ekstradycję. Cudzoziemiec musi mieć możliwość kwestionowania legalności takiej decyzji, z powołaniem się na art. 5 ust. 4, który daje każdej osobie pozbawionej wolności – a więc również cudzoziemcowi, w sytuacji, do której odnosi się art. 5 ust. 1 lit. f – prawo do odwołania się do sądu, który ma obowiązek ocenić bez zbędnej zwłoki, czy decyzja o pozbawieniu wolności była zgodna z prawem, i zwolnić ją, jeśli okaże się, że była bezpodstawna.

KWESTIA STOSOWANIA ART. 6 KONWENCJI

W rozważaniach o skutecznej ochronie prawnej w sferze praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji jako pierwsza z oczywistych względów pojawia się kwestia, czy i w jakim zakresie cudzoziemcy mogą korzystać z prawa do sądu w rozumieniu jej art. 6 ust. 1. We wszystkich sferach, w których nie ma żadnych podstaw, aby byli traktowani odmiennie od obywateli, odpowiedź na to pytanie nie budzi wątpliwości i wynika z zasad ogólnych odnoszących się do tego prawa.

Wyjątek stanowią decyzje dotyczące wjazdu, pobytu i wydalenia cudzoziemców. Europejska Komisja Praw Człowieka od początku stała na stanowisku, że art. 6 nie ma w takich przypadkach zastosowania. Skargi w tym zakresie były więc systematycznie odrzucane. Trybunał miał możliwość zająć się tą kwestią po raz pierwszy w wyroku z 2000 r. w sprawie *Maaouia przeciwko Francji*, dotyczącej długości postępowania w sprawie wniosku o uchylenie kary dodatkowej w postaci nakazu usunięcia cudzoziemca z terytorium państwa, w którym to wyroku w składzie Wielkiej Izby potwierdził stanowisko zajmowane wcześniej przez Komisję, uznając, że nie dotyczy ona rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach cywilnych ani oskarżenia w sprawie karnej w rozumieniu tego artykułu².

Podkreślił w tej sprawie, że postanowienia Konwencji muszą być interpretowane z uwzględnieniem całości jej systemu, łącznie z protokołami dodatkowymi. Zwrócił uwagę, że gwarancje proceduralne mające zastosowanie przy wydaleniach cudzoziemców znalazły się w art. 1 Protokołu nr 7. Preambuła do tego protokołu mówi, że został on przyjęty z potrzeby podjęcia na podstawie Konwencji „dalszych kroków zmierzających do zbiorowego zagwarantowania niektórych praw i wolności”. Z tego wynikało, że w chwili jego przyjmowania państwa były przekonane, że art. 6 ust. 1 nie ma zastosowania do procedur związanych z wydalaniem cudzoziemców. Z tego względu uznały, że należy podjąć w tej kwestii specjalne środki w postaci protokołu dodatkowego. Interpretację taką wspiera również treść raportu wyjaśniającego dołączonego

² Wyrok z 5 października 2000 r., Wielka Izba, skarga nr 39652/98, § 40.

do Protokołu nr 7. Trybunał uznał więc, że przez przyjęcie art. 1 tego protokołu, zawierającego specyficzne minimalne gwarancje odnoszące się do postępowań związanych z wydalaniem cudzoziemców, państwa jasno opowiedziały się za nieobejmowaniem ich gwarancjami art. 6 ust. 1.

Z tych względów – zdaniem Trybunału – postępowanie w sprawie uchylenia kary dodatkowej w postaci usunięcia z terytorium państwa nie dotyczyło rozstrzygnięcia o prawie cywilnym, chociaż kara taka ma czasami poważny wpływ na życie prywatne i rodzinne lub szanse zatrudnienia. W ten sposób Trybunał odpowiedział również negatywnie na pytanie, które można by postawić, czy w związku z decyzjami dotyczącymi wjazdu, pobytu oraz o wydaleniu cudzoziemców w sytuacji, gdy w ich rezultacie rodzą się poważne kwestie na tle ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 8) – które generalnie uznaje się za należące do sfery praw i obowiązków cywilnych – nie należałoby jednak rozważyć stosowania art. 6. Tym bardziej że w innych sytuacjach na tle art. 8 nie ma co do tego wątpliwości, bo wchodzi wtedy w grę prawa o charakterze niepieniężnym, wymagające wynikającej z art. 6 ochrony sądowej w związku z działaniami państwa bezpośrednio wpływającymi na ich zakres i sposoby realizacji. Wydaje się, że w ten sposób Trybunał wyraźnie oddzielił same decyzje władz dotyczące wjazdu, pobytu oraz o wydaleniu cudzoziemców od ich często negatywnych konsekwencji w sferze życia prywatnego i rodzinnego.

W ocenie Trybunału w sprawie *Maaouia* kara dodatkowa w postaci usunięcia z terytorium państwa nie dotyczyła również rozstrzygnięcia o oskarżeniu w sprawie karnej. W państwach Rady Europy nakazu usunięcia z terytorium państwa nie uznaje się zwykle za środek karny, lecz za specjalny środek prewencyjny służący kontroli imigracyjnej. Nie dotyczy więc oskarżenia w sprawie karnej w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji. W większości państw mogą go stosować także organy administracji. To, że pojawia się on w kontekście postępowania karnego, nie zmienia w istocie jego prewencyjnego charakteru. W rezultacie postępowanie w sprawie uchylenia takiego środka również nie może należeć do sfery karnej³.

GWARANCJE PROCEDURALNE DOTYCZĄCE WYDALANIA CUDZOZIEMCÓW (ART. 1 PROTOKOŁU NR 7)

Trybunał, uznając, że art. 6 nie ma zastosowania, wskazał równocześnie minimalne gwarancje proceduralne mające chronić cudzoziemca przed arbitralnym wydaleniem, które zostały zawarte w art. 1 Protokołu nr 7. Cudzoziemiec legalnie przebywający na terytorium danego państwa nie może być z niego wydany, chyba że w wyniku decyzji podjętej zgodnie z ustawą, i winien mieć możliwość: przedstawienia swoich racji przeciwko wydaleni, rozpatrzenia jego sprawy i bycia reprezentowanym w tym celu przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ. Gwarancje te mogą być jednak ograniczone, a nawet zniesione, jeśli wymaga tego porządek publiczny lub uzasadnione względy bezpieczeństwa państwowego.

Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, że cudzoziemcy mogą być wydalen

³ Tamże, § 39.

wyłącznie w rezultacie decyzji podjętej zgodnie z prawem, które musi być tak sformułowane, aby zapewniało ochronę przed arbitralnością władz. Wydalenie jest dopuszczalne pod warunkiem poszanowania wymienionych w tym artykule gwarancji proceduralnych⁴. Odnosi się on wyłącznie do indywidualnych wydaleń cudzoziemców oraz apatrydów, ale tylko tych, którzy w danym państwie przebywają legalnie. Pojęcie „legalnie” odwołuje się do prawa krajowego. Wyłączeni z kategorii osób przebywających legalnie są ci, którzy bezprawnie znaleźli się na terytorium państwa, których zezwolenie utraciło moc lub którzy naruszyli inne jego warunki⁵.

Pojęcie „przebywanie” w danym państwie jest szersze niż wyłącznie „fizyczna obecność” na jego terytorium. Pojęcie „przebywanie” jest podobne do autonomicznej koncepcji „domu”, rozwiniętej w orzecznictwie na tle art. 8 Konwencji. Nie ograniczają się do obecności fizycznej, ale obejmują również wystarczający i utrzymujący się związek z określonym miejscem. Jak podkreśla się w Raporcie Wyjaśniającym, słowo „przebywający” wyłącza z tej kategorii cudzoziemców, którzy nie zostali wpuszczeni na terytorium państwa albo zostali wpuszczeni wyłącznie w celach niezwiązanych z „przebywaniem”⁶. Nie dotyczy więc np. osób przejeżdżających tranzytem, przyjętych w innym celu niż „przebywanie” oraz osób oczekujących na wydanie na nie zgody⁷.

Artykuł 1 Protokołu nr 7 ma zastosowanie, jeśli cudzoziemiec podlega wydaleniowi. Pojęcie „wydalenie” jest w tym wypadku koncepcją autonomiczną, niezależną od definicji zawartej w ustawodawstwie krajowym⁸. Z wyjątkiem ekstradycji każdy środek zmuszający cudzoziemca do opuszczenia terytorium, na którym on legalnie przebywał, stanowi „wydalenie” w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 7⁹.

Wyjątkowo, gdy jest to konieczne z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwa, cudzoziemiec może być wydalony jeszcze przed skorzystaniem z przysługujących mu zawartych w tym artykule praw proceduralnych¹⁰. Wymagane jest jednak zachowanie w takich wypadkach zasady proporcjonalności. W takich przypadkach gwarancje wynikające z art. 1 powinny być dostępne później – już po wydaleniu¹¹. Ich realizacja często jednak wtedy sprawia spore problemy.

Postępowanie, o którym mowa w art. 1 Protokołu nr 7, nie wymaga dwuinstancyjnej procedury przed różnymi organami. Wystarczy, że ten sam organ, który wydał decyzję, ponownie ją rozważy. Nie wymaga się osobistej obecności zainteresowanego ani ustnej rozprawy – wystarczy procedura pisemna. Organ rozpatrujący sprawę nie musi sam być uprawniony do podjęcia decyzji, wystarczy, że przedstawi swoją rekomendację innemu organowi, który podejmie ostateczną decyzję. „Właściwy organ” nie musi być organem sądowym spełniającym warunki art. 6 Konwencji¹².

Niezależnie od tych ograniczeń, ze względu na obowiązek zapewnienia, aby rów-

⁴ Wyrok *Nolan i K. v. Rosja* z 12 lutego 2009 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 2512/04, § 114.

⁵ Decyzja *Andric i inni v. Szwecja* z 23 lutego 1999 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 45917/99 i inne.

⁶ Wyrok *Nolan i K. v. Rosja*, § 110.

⁷ Decyzja *Andric i inni v. Szwecja*.

⁸ Wyrok *Bolat v. Rosja* z 5 października 2006 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 14139/03, § 79.

⁹ Wyrok *Nolan v. Rosja*, § 112.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Explanatory Memorandum on the Seventh Protocol, CE Doc H (83)3.

¹² Tamże.

nież w tym przypadku gwarancje praw były praktyczne i skuteczne, kontrola przez właściwy organ nie może być czysto formalna, a osoba zainteresowana musi mieć możliwość rzeczywistego przedstawienia racji przemawiających przeciwko jej wydaleni¹³.

W sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii* wymagania te zostały naruszone w postępowaniu przed sądem, który miał skontrolować decyzję urzędu ds. cudzoziemców o wydaleni połączonej z zakazem wjazdu na terytorium państwa, m.in. z tego powodu, że nie został na czas – bo stało się to dopiero w dniu posiedzenia sądu – poinformowany o rodzaju podejrzeń będących powodem tych decyzji ani nie otrzymał odpowiednio szybko ich kopii. Wnioski adwokata o odroczenie w tej sytuacji posiedzenia sądu zostały oddalone.

W sprawie *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii* do naruszenia doszło – poza brakiem podstawy prawnej wydalenia zarządzonego przez Służbę Bezpieczeństwa MSW – również z tego powodu, że Sąd Miejski w Sofii, a następnie Naczelny Sąd Administracyjny – zobowiązane do kontroli sądowej nakazu wydalenia – zbadały go czysto formalnie, nie zebrały żadnych dowodów przemawiających za wydaleniem i przeciw niemu, które – jak twierdziły władze – nastąpiło z powołaniem się na względy bezpieczeństwa państwa¹⁴.

W sprawie *Takush przeciwko Grecji* władze postanowiły wydalić skarżącego z powołaniem się ogólnie na „zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego”, bez żadnych wspierających argumentów. Skarżący nie był więc w takiej sytuacji w stanie skutecznie bronić się przed wydaleniem¹⁵.

PRAWO DO SKUTECZNEGO ŚRODKA ODWOŁAWCZEGO W RAZIE WYDALENIA LUB EKSTRADYJCJI MOGĄCYCH STANOWIĆ NARUSZENIE KONWENCJI (ART. 13)

Ochronę prawną na tle Konwencji w najszerszym zakresie zapewnia cudzoziemcom jej art. 13. Jak już powiedzieliśmy, państwa Konwencji mogą swobodnie decydować o wydaleni cudzoziemca przebywającego na ich terytorium, pod warunkiem jednak, że nie nastąpi naruszenie zagwarantowanych w niej praw i wolności. Na poziomie krajowym ma to zagwarantować właśnie art. 13 Konwencji, z którego wynika przysługujące w takich przypadkach prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego.

W tym miejscu należy przypomnieć, że odpowiedzialność za implementację i wprowadzanie w życie zagwarantowanych w Konwencji praw i wolności spoczywa przede wszystkim na władzach krajowych. Mechanizm skargi do Trybunału ma w stosunku do krajowych systemów ochrony praw człowieka charakter subsydiarny. Wyraża się on zarówno w art. 13, jak i w art. 35 ust. 1 Konwencji, wprowadzającym obowiązek

¹³ Wyrok *Lupsa v. Rumunia* z 8 czerwca 2006 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 10337/04, § 60.

¹⁴ Wyrok z 2 września 2010 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 1537/08.

¹⁵ Wyrok z 17 stycznia 2012 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 2853/09.

wyczerpania środków prawnych krajowych jako warunek przyjęcia skargi do rozpoznania przez Trybunał¹⁶.

Artykuł 13 gwarantuje na poziomie krajowym środek prawny umożliwiający egzekwowanie istoty praw i wolności Konwencji niezależnie od formy ich zabezpieczenia w krajowym porządku prawnym. W rezultacie wymagany jest środek prawny umożliwiający właściwemu organowi państwowemu zarówno rozpatrzenie „nadającego się do uzasadnienia zarzutu” na podstawie Konwencji, jak i odpowiednią naprawę stwierdzonego naruszenia. Zakres obowiązków państw na podstawie art. 13 różni się w zależności od natury stawianego zarzutu. Państwa mają pewną swobodę co do sposobu wypełniania swoich obowiązków na jego podstawie. Środek prawny musi jednak być praktycznie i prawnie skuteczny¹⁷. Jego skuteczność nie zależy jednak od pewności uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia, ale brak perspektywy uzyskania odpowiedniego naprawienia naruszenia może rodzić zarzut braku skuteczności danego środka prawnego¹⁸.

„Organ władzy państwowej”, o którym mowa w tym przepisie, nie musi być sądem. Przy ocenie skuteczności istotne znaczenie mają jego uprawnienia i istniejące gwarancje proceduralne. Jeśli nie jest on sądem, Trybunał ma zawsze obowiązek ocenić jego niezależność i oferowane gwarancje proceduralne. Nawet jeśli pojedynczy środek prawny nie spełnia jako taki w pełni wymagań art. 13, może je spełnić istniejący w prawie krajowym zespół takich środków¹⁹.

Skuteczny środek prawny wymagany w art. 13 musi być praktycznie i prawnie dostępny, w szczególności w tym sensie, że organy państwa, którego skarga dotyczy, nie mogą w sposób nieuzasadniony utrudniać korzystania z niego. Musi istnieć możliwość zapobieżenia za jego pomocą wykonaniu decyzji sprzecznych z Konwencją, których skutki są potencjalnie nieodwracalne. Stąd naruszeniem art. 13 będzie sytuacja, w której do wykonania decyzji dojdzie przed zbadaniem przez władze krajowe jej zgodności z Konwencją²⁰.

Procedura kontroli sądowej uważana jest zasadniczo za skuteczny środek prawny w związku z zarzutami związanymi z wydalaniem, pod warunkiem że sądy te mogą skutecznie zbadać legalność decyzji władzy wykonawczej w ramach swoich uprawnień dyskrecyjnych zarówno w kwestiach materialnych, jak i proceduralnych i są uprawnione – w razie potrzeby – do jej unieważnienia.

Szczególne znaczenie ma szybkość oferowanej przez dany środek prawny akcji naprawczej, można sobie bowiem wyobrazić, że przestanie ona być skuteczna z powodu nadmiernej długości wiążącej się z nią procedury.

Decyzje dotyczące wydalania lub ekstradycji cudzoziemców – ze względu na ryzyko, na jakie narażona jest osoba wydalana w kraju, do którego musi wyjechać – mogą rodzić poważne problemy na tle Konwencji. W takich przypadkach art. 13 stawia państwu wydalającemu lub wydającemu określone wymagania co do środków prawnych, z jakich

¹⁶ Wyrok *Ivanov v. Ukraina* z 15 października 2009 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 40450/04, § 63.

¹⁷ Wyrok *Scordino v. Włochy* (nr 1) z 29 marca 2006 r., Wielka Izba, skarga nr 36813/97, § 188.

¹⁸ Wyrok *Murray v. Wielka Brytania* z 28 października 1994 r., A. 300-A, § 100; *M.S.S. v. Belgia i Grecja* z 21 stycznia 2011 r., Wielka Izba, skarga nr 30696/09, § 394.

¹⁹ Wyrok *Chahal v. Wielka Brytania* z 15 listopada 1996 r., RJD 1996-V, § 145.

²⁰ Wyrok *Čonka v. Belgia* z 5 lutego 2002 r.; *Soldatenko v. Ukraina* z 23 października 2008 r.

dana osoba powinna mieć możliwość skorzystać, przy czym muszą one być w danych okolicznościach skuteczne.

A) PRZYPADEK ZARZUTU NARUSZENIA ART. 3 KONWENCJI

Ze względu na znaczenie art. 3 w systemie ochrony Konwencji i nieodwracalną naturę możliwej szkody w razie zmaterializowania się ryzyka tortur lub innego złego traktowania – skuteczność środka prawnego dla celów art. 13 bezwzględnie wymaga szczegółowego zbadania skargi przez organ władzy państwowej i niezależnej, rygorystycznej i dokonanej z rozsądną szybkością kontroli istnienia rzeczywistego powodu do takich obaw²¹. W takim przypadku wymóg skuteczności oznacza w szczególności, że wchodzący w grę środek prawny musi automatycznie prowadzić do zawieszenia kwestionowanej decyzji.

Dla przykładu kilka ważnych spraw na tle art. 3, w których z rozmaitych powodów pojawił się zarzut naruszenia na tym tle art. 13.

W sprawie *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*²², dotyczącej wydalenia do Indii Sikha, z powołaniem się na względy bezpieczeństwa państwowego, okazało się, że ani komisja doradcza (pod przewodnictwem sędziego Sądu Apelacyjnego, wypowiadająca się w sprawach na tle zagrożeń dla bezpieczeństwa państwowego, w których nie istnieje prawo do odwołania się od nakazu deportacji), ani sądy nie mogły w pełnym zakresie zbadać decyzji o wydaleniu podjętej przez ministra spraw wewnętrznych. Były bowiem zmuszone ograniczyć się do kwestii ryzyka, na jakie wydalany byłby narażony w Indiach, pozostawiały całkowicie na uboczu ocenę, czy rzeczywiście wchodziły w grę względy bezpieczeństwa państwowego. Sąd poprzestał na stwierdzeniu, że minister wziął pod uwagę z jednej strony ryzyko grożące wydalaniem, a z drugiej – zagrożenie bezpieczeństwa państwa. Generalnie brytyjska procedura kontroli sądowej decyzji administracyjnych, opierająca się na ocenie, czy w danych okolicznościach rozsądny minister nie mógłby jej podjąć (bezpprawność, nieracjonalność, nieprawidłowość proceduralna)²³, spełnia wymagania art. 13. W przypadkach takich jak *Chahala* – gdy władze powołują się na bezpieczeństwo państwowe – nie można jej było jednak uznać za skuteczny środek odwoławczy w związku z zarzutem dotyczącym art. 3. Z kolei przed komisją doradczą *Chahal* nie mógł korzystać z pomocy prawnej, komisja nie miała uprawnień decyzyjnych, jej opinie nie były jawne. W rezultacie nie dawała wystarczających gwarancji proceduralnych wymaganych przez art. 13.

W podobny sposób Trybunał podszedł do zarzutów na tle art. 13 m.in. w dwóch sprawach przeciwko Bułgarii²⁴, w których decyzje o wydaleniu były również podyktowane względami bezpieczeństwa państwowego. W każdej z nich skarżący podnosili, że sądy nie skontrolowały właściwie twierdzeń władz, iż groziło z ich strony takie ryzyko. Trybunał stwierdził w obu przypadkach naruszenie art. 13 i przyznał, że jeśli powodem wydalenia są względy bezpieczeństwa państwowego, pewne ograniczenia proceduralne mogą okazać się konieczne, aby chronić przed szkodliwym ujawnieniem w postępo-

²¹ Wyrok *El-Masri v. była Jugosłowiańska Republika Macedonii* z 13 grudnia 2012 r., Wielka Izba, skarga nr 39630/09, § 256–257.

²² Wyrok z 15 listopada 1996 r.

²³ Zob. wyrok *Vilvarajah i inni* z 30 października 1991 r.

²⁴ Wyrok *C.G. i inni v. Bułgaria* z 24 kwietnia 2008 r. oraz *Kaushal i inni v. Bułgaria* z 2 września 2010 r.

waniu pewnych faktów. Niezależny organ rozpatrujący odwołanie może być zmuszony przyznać władzy wykonawczej w tym zakresie szeroką swobodę oceny. Ograniczenia te jednak nie mogą w żaden sposób usprawiedliwiać całkowitej rezygnacji ze środków odwoławczych, zawsze gdy władza wykonawcza powołuje się na „bezpieczeństwo państwowe”. Nawet wtedy gwarancja skutecznego środka prawnego wymaga przynajmniej poinformowania właściwego organu odwoławczego o powodach decyzji o wydaleniu, nawet jeśli nie mogą one być publicznie dostępne. Musi on być uprawniony do odrzucenia argumentu władzy wykonawczej o istnieniu zagrożenia dla bezpieczeństwa państwowego, jeśli w jego ocenie okaże się on arbitralny lub nierozsądny. Również w tej kwestii musi istnieć jakaś forma kontradyktoryjnej procedury, w razie potrzeby w postaci dopuszczenia do tajnych materiałów specjalnie wyznaczonego w tym celu członka organu odwoławczego.

Przykładem takiej sytuacji była sprawa *A. przeciwko Holandii*²⁵, dotycząca wydalenia do Libii, w której Trybunał orzekł, że gdyby do tego doszło, nastąpiłoby naruszenie art. 3. Stwierdził jednak, że nie oznaczałoby to równocześnie naruszenia art. 13, decyzje władz holenderskich zostały bowiem rygorystycznie skontrolowane przez sąd apelacyjny, nawet jeśli skarżący nie mógł zapoznać się z raportem tajnych służb na swój temat, udostępnionym wyłącznie sędziemu. Trybunał zwrócił uwagę, że raport ten nie odnosił się do obaw skarżącego, że będzie w Libii maltretowany, ale do elementów wskazujących na zagrożenie z jego strony dla bezpieczeństwa państwowego Holandii.

Z kolei w sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁶, dotyczącej ryzyka nieludzkiego traktowania, bezprawnego uwięzienia i nierzetelnego procesu w przypadku deportacji do Jordani, skarżący twierdził, że przy ustalaniu, czy władze brytyjskie otrzymały z Jordani wystarczające zapewnienia dyplomatyczne, iż nie będzie traktowany w sposób niezgodny ze standardami Konwencji, Specjalna Komisja Odwoławcza ds. Imigracji (Special Immigration Appeals Commission – SIAC) opierała się na tajnych materiałach, które nie zostały mu w żadnym momencie ujawnione. Trybunał uważał jednak, że nie doszło do naruszenia art. 13. Stwierdził bowiem, że nigdzie w orzecznictwie nie można znaleźć wsparcia dla tezy, iż w przypadku zapewnień dyplomatycznych wymagana jest szczególna przejrzystość i rzetelność proceduralna, a nie – jak we wszystkich innych sprawach na tle art. 3 – jedynie niezależna i rygorystyczna kontrola decyzji administracyjnej. Poza tym art. 13 nie można interpretować w sposób, z którego wynikałby absolutny zakaz dopuszczania przez sądy krajowe dowodów poufnych z zastrzeżeniem właściwej ochrony przez cały czas trwania interesów skarżącego.

Trybunał zwrócił uwagę, że SIAC jest w pełni niezawisłym sądem. Posiadała pełne informacje o sprawie skarżącego wszczętej przez ministra ze względu na bezpieczeństwo państwa. Mogłaby uchylić nakaz deportacji, gdyby uznała, że decyzja ministra nie miała podstaw. SIAC stwierdziła jednak, że przesłanka ta była „dobrze udowodniona”. Podstawy do takiego wniosku zostały wyczerpująco wyłożone w publicznie dostępnym uzasadnieniu.

Specjalna Komisja Odwoławcza ds. Imigracji mogła badać również dowody poufne, jeśli zostały one udostępnione „specjalnym adwokatom”, a więc adwokatom posiada-

²⁵ Wyrok z 20 lipca 2010 r.

²⁶ Wyrok z 17 stycznia 2012 r.

jącym dostęp do materiałów objętych tajemnicą. Ponadto mogła w pełni merytorycznie ocenić kwestię zagrożenia ze strony deportowanego i uchylić nakaz deportacji, gdyby uznała, że istniało realne ryzyko naruszenia wobec niego art. 3. Przedmiotem polemiki w tej sprawie była m.in. rola wspomnianych „specjalnych adwokatów”. Już wcześniej jednak, w sprawie *A. i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁷, Trybunał, rozważając działanie systemu „specjalnych adwokatów” w kontekście odwołań do SIAC od decyzji ministra o pozbawieniu wolności osób podejrzewanych o terroryzm i zagrożenie dla bezpieczeństwa państwowego, stwierdził, że nie mogli oni odgrywać żadnej użytecznej roli, jeśli więzień nie posiadał informacji w kwestii stawianych mu zarzutów, umożliwiających mu udzielenie takiemu „specjalnemu adwokatowi” odpowiednich instrukcji. Zawsze więc wymagane jest rozważenie natury istniejących jawnych dowodów i czy na ich podstawie skarżący byli w stanie skutecznie kwestionować wysunięte wobec nich zarzuty. Trybunał zwrócił jednak uwagę na różnicę między obu sprawami. W sprawie *A. i inni* skarżący byli pozbawieni wolności w trybie administracyjnym w związku z zarzutami wysuniętymi przeciwko nim przez ministra. W przypadku Othmana nie było przed SIAC żadnego zarzutu. To on zarzucał, że byłby narażony na realne ryzyko złego traktowania w razie wydalenia go do Jordanii. Zdaniem Trybunału nic nie wskazywało, że rozpatrując poufne dowody, SIAC – z pomocą „specjalnych adwokatów” – nie dokonała rygorystycznej kontroli podstaw tego zarzutu. Trybunał nie uważał też, że przez oparcie się na poufnych dowodach SIAC wzięła na siebie zbyt duże ryzyko niewłaściwej decyzji. Ryzyko to – jeśli istniało – było ograniczone właśnie przez udział w sprawie „specjalnych adwokatów”.

Trybunał zgodził się również, że w przypadku dowodów poufnych nigdy nie można z pewnością ocenić, jaki wpływ na wynik sprawy miałyby ich ujawnienie. W sprawie Othmana dowody poufne dotyczyły jednak kwestii natury bardzo ogólnej. Nie było powodu, aby uważać, że gdyby je osobiście poznał, potrafiłby je zakwestionować skuteczniej niż „specjalni adwokaci”. Z tych względów Trybunał uważał, że procedura SIAC spełniała wymagania art. 13.

B) PRZYPADEK ZARZUTU NARUSZENIA ART. 2 KONWENCJI

Te same zasady jak w przypadku zarzutu na tle art. 3 mają zastosowanie, gdy wydalenie lub ekstradycja narażają skarżącego na rzeczywiste ryzyko naruszenia prawa do życia, chronionego w art. 2 Konwencji lub brak ochrony przed możliwą karą śmierci (art. 1 Protokołu nr 6, art. 1 Protokołu nr 13).

Jedną ze spraw, w których pojawiła się ta kwestia również w kontekście art. 13, była sprawa *Al.-Saadoon i Mufdhi przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁸, dotycząca zarzutu więźniów przetrzymywanych przez siły brytyjskie w Iraku, że w razie przekazania ich w ręce irackiego wymiaru sprawiedliwości będą narażeni na realne ryzyko kary śmierci. Złożyli odwołanie do Izby Lordów. Zanim jednak Izba je rozpoznała, władze brytyjskie dokonały przekazania. Trybunał stwierdził, że w rezultacie tego kroku skuteczność środka prawnego w postaci odwołania do Izby Lordów została bezzasadnie przekreślona, z naruszeniem art. 13.

²⁷ Wyrok z 19 lutego 2009 r.

²⁸ Wyrok z 2 marca 2010 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 61498/08.

Do tej kategorii należały również m.in. sprawy *Soldatenko*²⁹ i *Kaboulov*³⁰, dotyczące ekstradycji z Ukrainy, w których skarżący nie mieli do dyspozycji żadnych środków pozwalających im ją zakwestionować w sytuacji m.in. realnego zagrożenia, że w kraju, który o nią wystąpił, byłaby im wymierzona kara śmierci.

Podobne obowiązki na podstawie art. 13 Konwencji mogą się pojawić również w razie ryzyka całkowicie arbitralnego pozbawienia wolności w kraju, do którego osoba wydana lub wydawana w drodze ekstradycji byłaby wywieziona (art. 5), lub uznania, że byłaby ona narażona na jaskrawą odmowę wymiaru sprawiedliwości (art. 6). Przykładem takiej sytuacji była wspomniana już sprawa *Othman (Abu Qatada) przeciwko Wielkiej Brytanii*.

Wszystkie powyższe wnioski powinny odnosić się, jak się wydaje – chociaż na ten temat brak jest jeszcze wyraźnego orzecznictwa – również do przypadków, w których osoba wydana jest narażona na oddanie jej w niewolę lub poddaństwo (art. 4 ust. 1) albo na pracę przymusową lub obowiązkową (art. 4 ust. 2).

C) PRZYPADEK ZARZUTU NARUSZENIA ART. 4 PROTOKOŁU NR 4 DO KONWENCJI

Wszystkie wymienione wcześniej zasady, wraz z wymaganiami automatycznego efektu zawieszającego środka odwoławczego, odnoszą się również do skarg na tle art. 4 Protokołu nr 4, a więc dotyczących zbiorowego wydalania cudzoziemców.

Dwa przykłady spraw tego rodzaju. W sprawie *Čonka i inni przeciwko Belgii*³¹ rzecz dotyczyła zbiorowego wydalania grupy Romów. Wydalenia nastąpiły na podstawie decyzji, którą można było zaskarżyć do Rady Stanu, z wnioskiem o pilne zawieszenie jej wykonania do czasu rozpatrzenia odwołania. Skarżący wystąpili jednak z żądaniem unieważnienia decyzji wraz z wnioskiem o zawieszenie w trybie zwykłym wykonania decyzji, który wedle władz był niewystarczający. Ich zdaniem skarżący powinni działać w innym, specjalnym trybie pilnym. Trybunał zwrócił uwagę, że wniosek w trybie zwykłym był jednym ze środków prawnych, z których skarżący mogli skorzystać. Mieli oni jednak tylko pięć dni na opuszczenie Belgii, a Rada Stanu aż 45 dni na jego rozpatrzenie. Jego złożenie nie oznaczało natychmiastowego zawieszenia wykonania decyzji.

Wniosek w trybie pilnym – gdyby taki złożyli – również nie powodowałby natychmiastowego jej zawieszenia. Władze podkreśliły jednak, że sędzia mógłby wtedy w każdej chwili wezwać strony – nawet w święto, z godziny na godzinę – i w ten sposób rozstrzygnąć wniosek, w razie potrzeby zawieszając na ten czas wykonanie decyzji o wydalaniu. Z prawnego punktu widzenia administracja nie musiała jednak czekać z tym na orzeczenie Rady Stanu, również w trybie pilnym. Skarżący nie mieli też m.in. gwarancji, że Rada Stanu podejmie decyzję lub choćby rozpocznie rozpatrywanie sprawy jeszcze przed wydalaniem. Procedura rozpatrywania odwołania była w ocenie Trybunału zbyt przewlekła, aby mogła spełnić wymogi art. 13. W rezultacie wszystkich tych braków skarżący nie dysponowali środkiem prawnym spełniającym warunki art. 13, który umożliwiłby należytę rozpatrzenie zarzutu naruszenia art. 4 Protokołu nr 4.

²⁹ Wyrok z 23 października 2008 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 2440/07.

³⁰ Wyrok z 19 listopada 2009 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 41015/04.

³¹ Wyrok z 5 lutego 2002 r.

W sprawie *Hirsi Jamaa i inni przeciwko Włochom*³², dotyczącej zatrzymania na morzu przez władze włoskie somalijskich i erytrejskich uciekinierów z Libii i odesłania ich tam z powrotem, Trybunał stwierdził, że przed odesłaniem do Libii skarżący nie mieli dostępu do procedury umożliwiającej ich identyfikację i ocenę sytuacji osobistej każdego z nich. Wśród personelu na pokładzie nie było ani tłumaczy, ani doradców prawnych. Skarżący twierdzili, że nie otrzymali od włoskiego personelu wojskowego żadnych informacji, poza zapewnieniem, iż kierują się do Włoch. Nie zostali poinformowani o procedurze umożliwiającej uniknięcie powrotu do Libii. W ocenie Trybunału brak takich i podobnych informacji jest poważną przeszkodą w dostępie do procedury azylowej. Każdej osobie podlegającej procedurze wydalenia, którego konsekwencje są potencjalnie nieodwracalne, należy bowiem zagwarantować prawo do informacji umożliwiających skuteczny dostęp do wchodzących w grę środków prawnych i przedstawienia swoich argumentów.

W rezultacie skarżący w tamtej sprawie zostali pozbawieni jakiegokolwiek środka prawnego umożliwiającego postawienie przed właściwym organem m.in. zarzutu na tle art. 4 Protokołu nr 4 i doprowadzenie jeszcze przed przystąpieniem przez władze do wydalenia do jego szczegółowego i rygorystycznego rozpatrzenia, a to prowadziło do naruszenia art. 13.

D) PRZYPADEK ZARZUTU NARUSZENIA ART. 8 KONWENCJI

Nieco inne wymagania proceduralne istnieją w przypadkach, gdy deportacja albo odmowa zgody na pobyt są kwestionowane z zarzutem ingerencji w ten sposób w życie prywatne i rodzinne (art. 8). Środek prawny uważany za skuteczny w odróżnieniu od wymienionych wcześniej sytuacji nie musi w takich przypadkach mieć automatycznie efektu zawieszającego. Musi jednak istnieć możliwość skutecznego kwestionowania deportacji lub odmowy zgody na pobyt. Wymagane jest również zbadanie istotnych kwestii wchodzących w grę przez ciało krajowe oferujące odpowiednie gwarancje niezależności i bezstronności w postępowaniu zapewniającym wystarczające zabezpieczenia proceduralne i odpowiednio szczegółową ocenę.

W sprawie *De Souza Ribeiro przeciwko Francji*³³ chodziło o skuteczność środków prawnych istniejących w Gujanie Francuskiej, użytych przez skarżącego w obronie przed wydaleniem w celu postawienia zarzutu naruszenia w ten sposób art. 8 Konwencji. Trybunał uważał za konieczne potwierdzić, że w sprawach imigracyjnych zgodnie z zasadą subsydiarności jego badanie ogranicza się do kwestii skuteczności procedur krajowych i oceny, czy były w nich przestrzegane prawa człowieka.

W tym przypadku skarżący wykorzystał środki prawne dostępne przed wydaleniem, istniejące w systemie obowiązującym w Gujanie Francuskiej: wystąpił do sądu administracyjnego o kontrolę sądową nakazu wydalenia, złożył wniosek w trybie pilnym o wstrzymanie jego wykonania, a następnie w podobnym trybie do tego samego sądu przewidzianą przez prawo francuskie skargę o ochronę podstawowej wolności.

Wydalono go w okresie krótszym niż 36 godzin od zatrzymania. Uzasadnienie nakazu wydalenia było krótkie i stereotypowe. Powiadomiono go o nim natychmiast po zatrzymaniu. Elementy te wydawały się wskazywać, że sytuację skarżącego zbadano tylko

³² Wyrok z 23 lutego 2012 r., Wielka Izba, skarga nr 7765/09.

³³ Wyrok z 13 grudnia 2012 r., Wielka Izba, skarga nr 22689/07.

pobieżnie. Trybunał zauważył, że niezależnie od powodu, z jakiego nie miał on uregulowanej sytuacji prawnej w chwili zatrzymania, prawo francuskie chroniło go przed wszelką formą wydalenia. Do takiego wniosku doszedł sąd administracyjny, który – po zbadaniu dowodów pierwotnie złożonych przez skarżącego – uznał już po wydaleniu, że nakaz był bezprawny. Władze francuskie jednak już wcześniej posiadały dowody wskazujące na brak podstawy prawnej wydalenia, który mógł oznaczać bezprawną ingerencję w prawa skarżącego na podstawie art. 8 ust. 2 Konwencji. Skarżący skorzystał z pomocy prawnej, co umożliwiło mu wniesienie sprawy do sądu administracyjnego, który był niezależny i bezstronny oraz kompetentny do badania zarzutów na tle art. 8.

Trybunał potwierdził jednak, że niezależnie od kwestii zawieszającego charakteru danego środka, aby można było uznać go za skuteczny i umożliwiający uniknięcie ryzyka arbitralnej decyzji, wymagana była autentyczna interwencja sądu lub „organu władzy państwowej”.

W tym przypadku akta sprawy nie były szczególnie skomplikowane, a wnioski skarżącego zawierały jasną argumentację prawną, sprowadzającą się do twierdzenia, że nakaz wydalenia był sprzeczny z Konwencją i prawem francuskim.

Skarżący złożył w sądzie administracyjnym wniosek o kontrolę o godz. 15.11, a już po kilkudziesięciu minutach – o godz. 16 – został deportowany. Tak krótki okres wykluczał poważne zbadanie przez sąd okoliczności i argumentów prawnych przemawiających na rzecz naruszenia i przeciw naruszeniu w tym przypadku art. 8 Konwencji.

W rezultacie skarżący został wydany bez rzeczywistego zbadania przez jakikolwiek organ władzy państwowej jego argumentów i okoliczności dotyczących jego życia prywatnego i rodzinnego. W istocie sędzia dyżurny nie był w stanie nic zrobić, mógł jedynie uznać wniosek za bezprzedmiotowy. Skarżący został więc deportowany wyłącznie na podstawie decyzji władzy administracyjnej. Pośpiech, z jakim został wykonany nakaz wydalenia, spowodował, że dostępne środki przestały być w praktyce skuteczne. Trybunał zwrócił przy tym uwagę, że docenia znaczenie szybkiego dostępu do środka prawnego, ale nie może to być przeszkodą lub nieusprawiedliwionym utrudnieniem w korzystaniu z niego; szybkości dostępu do danego środka nie można osiągać kosztem jego praktycznej skuteczności.

Trybunał podkreślił, że państwa mają pewną swobodę sposobu wypełniania przez nie obowiązków na podstawie art. 13 Konwencji, nie może ona jednak pozbawiać skarżącego praktycznego dostępu do wymaganych minimalnych gwarancji proceduralnych ochrony przed arbitralnym wydaleniem.

W tym kontekście warto również wspomnieć o sprawie *Dalia przeciwko Francji*³⁴, w której pojawiło się pytanie, czy w związku z zarzutem sprzecznego z prawem do poszanowania życia rodzinnego wydalenia do innego kraju spełnienie warunku dopuszczalności wymagało wniesienia kasacji. Wcześniej, przez wiele lat, w podobnych wypadkach Komisja udzielała odpowiedzi twierdzącej. Orzecznictwo francuskiego Sądu Kasacyjnego z czasem zaczęło jednak budzić poważne wątpliwości co do skuteczności tego środka prawnego. W pewnym momencie, po przeanalizowaniu ówczesnego orzecznictwa, Komisja zwróciła uwagę, że gdyby skarżąca wniosła kasację, Sąd Kasacyjny nie mógłby zająć się istotnymi faktami pozostającymi w zasadzie poza jego

³⁴ Wyrok z 19 lutego 1998 r., RJD 1998-I.

jurysdykcją ze względu na naturę instancji kasacyjnej. Wynikał z tego wniosek, że ze względu na problemy do rozpatrzenia kasacja okazałaby się nieskuteczna. Trybunał, który zgodził się z Komisją, podkreślił, że władze francuskie nie przedstawiły żadnych przykładów wskazujących, iż kasacja była środkiem umożliwiającym ocenę proporcjonalności tak drastycznego kroku, jakim jest wydalenie w kontekście gwarancji prawa do poszanowania życia rodzinnego.

CZY ART. 13 KONWENCJI WYMAGA ORGANU TYPU SĄDOWEGO?

Nie ulega wątpliwości, że generalnie instrumentem ochrony prawnej najlepiej spełniającym oczekiwania jest niezawisły sąd, wyposażony w pełną jurysdykcję, obejmującą wszystkie wchodzące w grę istotne kwestie odnoszące się do faktów i prawa. Ugruntowane orzecznictwo Trybunału wyraźnie podkreśla, że m.in. ze względu na brzmienie art. 13 odczytywanego na tle innych postanowień Konwencji, jak również wielość rozwiązań przyjętych w systemach prawnych państw stron, ich tradycje prawne i posiadaną przez nie swobodę, pożądany „organ władzy państwowej” nie musi być sądem. Bliższe przyjrzenie się z dzisiejszej perspektywy oczekiwaniom stawianym na tle art. 13 organom, które mają szansę zostać uznane za „skuteczny środek odwoławczy”, prowadzi jednak w sposób nieunikniony do wniosku, że może je spełnić tylko – jeśli nie klasyczny sąd – to co najmniej organ typu sądowego.

Potwierdzeniem wyraźnej tendencji w kierunku takiego myślenia i interpretacji art. 13 jest choćby treść stosunkowo niedawno, bo w 2000 r., przyjętego art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, który – chociaż w założeniach ma pełnić rolę analogiczną do art. 13 – mówi w odróżnieniu od tego drugiego o prawie do skutecznego środka prawnego przed sądem. W polskim systemie prawnym podejście takie widoczne jest przynajmniej od czasu dyskusji nad konstytucją z 1997 r., czego wyrazem jest jej art. 77 ust. 2, który głosi, że: „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”.

Nie oznacza to oczywiście, że organ taki musi w każdym przypadku zapewniać wszystkie gwarancje wymagane w art. 6, odnoszą się one bowiem jedynie do kategorii spraw należących do „praw i obowiązków o charakterze cywilnym” albo odnoszących się do „oskarżenia w sprawie karnej”, w których zagwarantowane jest prawo do rzetelnego procesu sądowego. Wystarczy, aby sąd lub organ typu sądowego miał możliwość rozstrzygnięcia kwestii na tle wchodzących w grę praw i wolności w drodze procedury zapewniającej pewne minimalne gwarancje rzetelności.

Przykład sytuacji, którą można przyjąć za bardzo podobną, daje art. 5 ust. 4 Konwencji, który wyraźnie wymaga kontroli sądowej, ale w nieco prostszej procedurze niż ta, o której mowa w art. 6.

Można więc zaryzykować i już dzisiaj mówić o wymaganiu skutecznej ochrony typu sądowego praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji, w tym odnoszących się do specyficznej sytuacji cudzoziemców lub bezpaństwowców.

Warszawa, sierpień 2013 r.

Summary

Marek Antoni Nowicki

THE RIGHT OF ALIENS TO EFFECTIVE LEGAL PROTECTION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The article discusses the main aspects of effective legal protection, which is considered crucial for the security, well-being and interests of aliens (and stateless persons). To this end, it provides a detailed description of the applicable procedural guarantees enshrined in the European Convention on Human Rights and its Protocols, including Article 13. In its conclusions, the article stresses the important role that courts and other judicial bodies should perform as protectors of the rights of aliens and stateless persons.

KEY WORDS: alien, expulsion, extradition, effective remedy, court

POJĘCIA KLUCZOWE: cudzoziemiec, wydalenie, ekstradycja, skuteczny środek prawny, sąd

ZAKRES PODSTAWY SKARGI KONSTYTUCYJNEJ NA GRUNCIE KONSTYTUCJI RP

1. Prawidłowe określenie podstawy skargi konstytucyjnej, tj. przepisów konstytucyjnych, które mogą stanowić podstawę do kontroli przepisów zawartych w aktach niższego rzędu, ma istotne znaczenie w procesie stosowania instytucji skargi konstytucyjnej.

Zgodnie z art. 79 Konstytucji RP ochronie za pomocą skargi konstytucyjnej podlegają konstytucyjne wolności i prawa, które zostały naruszone, z wyłączeniem praw określonych w art. 56 Konstytucji, czyli prawa do azylu i prawa uzyskania statusu uchodźcy¹.

W związku z tak sformułowanym zakresem podstawy kontroli w drodze skargi konstytucyjnej pojawia się jednak kilka problemów i wątpliwości.

2. W pierwszej kolejności należy zastanowić się, jaki jest zakres pojęcia „konstytucyjne wolności i prawa” i gdzie tych „wolności i praw” w Konstytucji poszukiwać.

Aby móc odpowiedzieć sobie na to pytanie, należy rozstrzygnąć, co oznacza pojęcie „konstytucyjne wolności i prawa”, którym ustawodawca konstytucyjny posługuje się w art. 79 Konstytucji.

Zdaniem A. Łabno powyższe sformułowanie oznacza tylko tyle, że chronione są prawa i wolności uregulowane w Konstytucji². Przedmiotem ochrony są tylko prawa i wolności wskazane w Konstytucji. Zdaniem autorki, z uwagi na użyte pojęcie, należy odrzucić próbę stworzenia jakiejś kategorii podstawowych praw i wolności chronionych w drodze skargi konstytucyjnej, gdyż brzmienie art. 79 ust. 1 Konstytucji do takiego rozumienia chronionych przez skargę praw i wolności nie upoważnia.

Z kolei, zdaniem Z. Czeszejko-Sochackiego, istotne w kwestii określenia podstawy w procesie wszczętym na skutek skargi konstytucyjnej jest rozstrzygnięcie problemu, czy na gruncie art. 79 ust. 1 Konstytucji podstawę tę rozumieć należy przez pojęcie „konstytucyjne wolności lub prawa”, jak to jest ujęte na wstępie tego przepisu, czy przez pojęcie „wolności lub prawa albo obowiązki określone w Konstytucji”, jak to sformułowane jest *in fine* przepisu³. Zdaniem autora wymieniona w części pierwszej art. 79 ust. 1 przesłanka „konstytucyjne wolności i prawa” mogłaby sugerować materialne, a nie tylko formalne ujęcie podstawy skargi, a w konsekwencji podstawę kontroli mogłoby stanowić naruszenie nie tylko wolności i praw określonych w konstytucji wprost, lecz także tych podstawowych wolności i praw wywiedzionych z ustrojowej aksjologii, czy też z zasad prawa międzynarodowego. Jednakże, zdaniem Z. Czeszejko-Sochackiego, dalsze brzmienie tego przepisu (*in fine*) zdaje się nie pozostawiać wątpliwości, że chodzi

¹ A. Łabno, *Skarga konstytucyjna w Konstytucji III RP*, (w:) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak i A. Preisner, Warszawa, C. H. Beck 2002, s. 766.

² Tamże, s. 767.

³ Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 1, s. 35.

jednak o wolności i prawa skarżącego, określone *expressis verbis* w Konstytucji. Opowiedzenie się za tym drugim stanowiskiem potwierdza także to, że zgłoszony w drugim czytaniu wniosek, aby temu końcowemu ustępowi nadać brzmienie: „Každy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone przez władzę publiczną (...)”, został przez Zgromadzenie Narodowe odrzucony. Takie rozumienie zakresu podstawy skargi konstytucyjnej służy także zachowaniu zasady nadrzędności Konstytucji, wyrażonej w jej art. 8 ust. 1.

W konsekwencji, pomimo istnienia tej wewnętrznej sprzeczności treściowej w art. 79 ust. 1 Konstytucji, należy – zdaniem Z. Czeszejko-Sochackiego – wyjść z założenia, że skarga konstytucyjna służy ochronie jedynie praw i wolności zawartych w Konstytucji, a nie praw i wolności w ogóle. Te ostatnie mogą być chronione w postępowaniu przed sądami powszechnymi, administracyjnymi i Sądem Najwyższym, a gwarancję stanowi art. 45 ust. 1 Konstytucji, statuujący prawo do sądu⁴.

Na podobnym stanowisku stoi również B. Banaszak, według którego pojęcie „konstytucyjne wolności lub prawa” odnosi się do wolności i praw zawartych w Konstytucji⁵. Nie ma natomiast znaczenia miejsce, w którym w jej tekście te wolności i prawa występują. Nie istnieje bowiem żadne ograniczenie, np. że w drodze skargi można dochodzić jedynie naruszenia praw podstawowych (jak np. ma to miejsce w RFN), czy że w drodze skargi konstytucyjnej można dochodzić naruszenia nie tylko praw i wolności zawartych w ustawie zasadniczej, lecz także tzw. niepisanych praw konstytucyjnych (np. tak jest to uregulowane w konstytucji Szwajcarii)⁶. Do tych niepisanych praw konstytucyjnych na gruncie prawa szwajcarskiego, które mogą stanowić podstawę kontroli w trybie skargi konstytucyjnej, należą prawa niezbędne do istnienia ustroju demokratycznego bądź tworzące konieczne przesłanki do istnienia praw występujących w konstytucji albo wywodzące się z zasad konstytuujących dany system państwowy lub też takie, które są powszechnie akceptowane na szczeblu kantonalnym (zawarte w konstytucjach kantonów)⁷.

Część doktryny stoi jednak na stanowisku, że w procesie ustalania podstawy skargi konstytucyjnej należy jednocześnie uwzględnić fakt, iż część praw lub wolności konstytucyjnych może nie być wprost wyrażona w tekście Konstytucji, lecz może być wyinterpretowana z zasad prawa lub zasad ustroju państwa (choćby z zasady demokratycznego państwa prawnego, zasady ochrony i poszanowania godności), które to zasady mogą również wyrażać w sobie określone prawa podmiotowe. Takie też prawa lub wolności mogą być podstawą kontroli w trybie skargi konstytucyjnej⁸.

W art. 79 ust. 1 *in fine* wyraźnie zostało stwierdzone, że można wystąpić ze skargą konstytucyjną w przypadku, gdy sąd lub organ administracji publicznej ostatecznie

⁴ Tamże.

⁵ B. Banaszak, *Skarga konstytucyjna i jej znaczenie w zakresie ochrony praw podstawowych*, (w:) *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe 1997, s. 180–181.

⁶ Tamże.

⁷ Por. BGE, t. 100 Ia, s. 400–401; t. 104 Ia, s. 96; podają za: B. Banaszak, *Skarga konstytucyjna*, s. 181.

⁸ Por. L. Garlicki, *Konstytucja RP. Komentarz*, komentarz do art. 30, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe 2003, s. 14; K. Wojtyczek, *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym*, (w:) *Godność człowieka jako kategoria prawa*, red. K. Complak, Wrocław, Centrum Handlu i Poligrafii 2001, s. 204.

orzekł o prawach, wolnościach lub obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji. W tym kontekście, moim zdaniem, należy rozumieć sformułowanie „konstytucyjne wolności lub prawa” zawarte w części początkowej art. 79 ust. 1 Konstytucji. Uznanie, że pojęcie „konstytucyjne wolności lub prawa” dotyczy praw lub wolności wyrażonych *expressis verbis* w Konstytucji, stanowi nawiązanie do kryterium formalnego podstawy skargi konstytucyjnej. Dzięki takiemu stanowisku możliwa jest ochrona każdego (z wyjątkiem wyłączeń *expressis verbis* wskazanych w Konstytucji) umieszczonego w Konstytucji prawa jednostki w trybie skargi konstytucyjnej. Za powyższym rozumieniem podstawy skargi konstytucyjnej przemawia, oprócz wykładni literalnej, także wykładnia historyczna, gdyż – jak wynika ze stenogramów posiedzeń Komisji Kodyfikacyjnej Zgromadzenia Narodowego⁹ – taka była też intencja prawodawcy konstytucyjnego. Należy jednak zauważyć, że ten brak precyzji i korelacji wewnętrznej art. 79 ust. 1 Konstytucji nie jest w żaden istotny sposób uzasadniony i rodzi tylko niepotrzebne wątpliwości.

3. Drugi problem do rozstrzygnięcia w przedmiocie ustalania podstawy kontroli konstytucyjności przepisów prawa w trybie skargi konstytucyjnej sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy na gruncie polskiej Konstytucji wszystkie postanowienia określające prawa i wolności w niej zawarte mają ten sam status prawny, a w konsekwencji – czy wszystkie postanowienia Konstytucji mówiące o prawach lub wolnościach mogą stanowić podstawę w trybie skargi konstytucyjnej, jeśli się weźmie pod uwagę sposób ich zredagowania i zawartą w nich treść. Należy bowiem zauważyć, że różne prawa i wolności są różnie zredagowane, a w konsekwencji pojawia się pytanie, czy fakt ten ma jakieś znaczenie dla rozstrzygnięcia tych wątpliwości¹⁰.

A. Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że aby dany przepis mógł stanowić taką podstawę, konieczne jest wskazanie obowiązku ustawodawcy, odpowiadającego zagrożeniamu w danym przepisie prawu podmiotowemu¹¹.

Uwzględniając powyższe, Trybunał dzieli konstytucyjne prawa o charakterze socjalnym na dwie kategorie – na takie, których zgodnie z art. 81 Konstytucji dochodzić można jedynie „w granicach określonych w ustawie”, oraz takie, do których nie stosuje się ograniczenia określonego w art. 81 Konstytucji¹². Związanie ustawodawcy oboma rodzajami postanowień konstytucyjnych jest inne, większe w przypadku tych drugich. W rezultacie, zdaniem Trybunału, granice i charakter odesłania do regulacji ustawowych nie mogą być tożsame w przypadku obu analizowanych kategorii przepisów. W przypadku bowiem przepisów zawierających prawa wymienione w art. 81 ustalenie zakresu i treści wyrażonych w nich praw jest pozostawione swobodzie ustawodawcy, natomiast w przypadku drugiej kategorii przepisów w ich zasadniczych elementach treść i granice wyrażonych w nich praw są bezpośrednio kształtowane przez normę konstytucyjną, choćby ich konkretyzacja pozostawiona była w gestii ustawodawcy. Stanowi to wyraz woli ustrojodawcy konstytucyjnego skoncentrowania zakresu skargi

⁹ Zob. „Komisja Kodyfikacyjna Zgromadzenia Narodowego. Biuletyn”, z. XIII, s. 33–34.

¹⁰ A. Łabno, *Skarga konstytucyjna*, s. 767.

¹¹ Wyrok TK z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK-ZU 2000, nr 4, poz. 107.

¹² Tamże.

konstytucyjnej na prawach i wolnościach wyrażonych w konkretnych postanowieniach konstytucyjnych¹³. Istota skargi konstytucyjnej zobowiązuje skarżącego do precyzyjnego określenia praw lub wolności wywodzonych z przepisu, którego naruszenie podnoszone jest w skardze, w zakresie, w którym zostały naruszone. Wskazanie musi dotyczyć praw lub wolności przyjmujących normatywną postać praw podmiotowych¹⁴. Wymogu tego nie spełnia wskazanie jako podstawy norm prawnych, które określają zasady ustroju państwa, zadania państwa i zasadniczo adresowane są do prawodawcy, wyznaczając mu sposób wykorzystania kompetencji do normowania określonych dziedzin życia.

W przypadku gdy przepis konstytucyjny nie konkretyzuje zakresu działań władz publicznych, nie zawiera w swej treści co najmniej minimum prawa podmiotowego, wyznaczającego jego istotę, nie może on stanowić podstawy skargi konstytucyjnej, a przynajmniej jej samodzielnej podstawy. W tym drugim przypadku konieczne byłoby odwołanie się do innego przepisu konstytucyjnego, wyrażającego prawo podmiotowe¹⁵. Niewykluczone byłoby odwołanie się do przepisów Konstytucji wyrażających zasadę równości (art. 32), zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2), czy statuujących obowiązek wynikający z Konstytucji (art. 84).

Zdaniem Trybunału nie może stanowić podstawy skargi przepis, którego granice dopuszczalnych roszczeń, wynikające z określonych w nim nakazów optymalizacyjnych, określić ma ustawodawca, a nie interpretator Konstytucji w procesie dopuszczalnej wykładni danego przepisu¹⁶.

B. Również i w doktrynie rozważany był problem, czy wszystkie postanowienia statujące konkretne prawa i wolności zawarte w rozdziale II Konstytucji mogą stanowić podstawę kontroli przepisów zawartych w aktach podkonstytucyjnych w drodze skargi konstytucyjnej.

Zasadniczo w doktrynie nie budzi zastrzeżeń stanowisko, że znajdujące się w rozdziale II Konstytucji przepisy określające prawa i wolności osobiste i polityczne mogą stanowić podstawę kontroli w trybie skargi konstytucyjnej¹⁷.

Wątpliwości pojawiają się, jeśli chodzi o prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne. Regulacje tych praw w ustawie zasadniczej przybierają różną formę. Nie zawsze będzie można na ich podstawie uznać, że wyrażają w swej treści prawa podmiotowe lub wolności.

Zdaniem J. Trzcińskiego nie można mieć wątpliwości co do tego, że takie postanowienia jak prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia (art. 63 ust. 1 Konstytucji), wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy (art. 65 ust. 1) spełniają warunki, aby uznać je za podstawę skargi konstytucyjnej¹⁸.

¹³ Postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., sygn. SK 13/01, OTK-ZU 2002, nr 1A, poz. 9.

¹⁴ Tamże; por. także postanowienie TK z 3 września 2003 r., sygn. Ts 71/03, OTK-ZU 2004, nr 4B, poz. 237.

¹⁵ Wyrok TK z 14 maja 2001 r., sygn. SK 1/00, OTK-ZU 2001, nr 4, poz. 84.

¹⁶ Postanowienie TK z 3 września 2003 r., sygn. Ts 71/03, OTK-ZU 2004, nr 4B, poz. 237.

¹⁷ Por. A. Łabno, *Skarga konstytucyjna*, s. 767; B. Szmulik, *Skarga konstytucyjna. Polski model na tle porównawczym*, Warszawa, C. H. Beck 2006, s. 94; J. Trzciński, *Zakres podmiotowy i podstawa skargi konstytucyjnej*, (w:) *Skarga konstytucyjna*, red. J. Trzciński, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe 2000, s. 56.

¹⁸ J. Trzciński, *Konstytucja RP. Komentarz*, komentarz do art. 79 Konstytucji, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, s. 8-9.

Jednocześnie J. Trzciński nie zgadza się z poglądami, że wszystkie pozostałe postanowienia regulujące prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne należy traktować jednakowo, jako postanowienia statuujące klasyczne normy programowe, i odmawiać im możliwości stanowienia podstawy skargi konstytucyjnej. Zdaniem J. Trzcińskiego również i niektóre normy programowe statuujące prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne mogą być naruszone i mogą być wobec tego podstawą skargi konstytucyjnej. Można bowiem wyróżnić trzy sytuacje, w których nastąpi naruszenie norm programowych. Pierwsza, gdy ustawodawca niewłaściwie zinterpretuje przepis Konstytucji wyznaczający określony cel lub zadanie władzy publicznej, a w szczególności w procesie uchwalania ustawy zastosuje takie środki, które nie mogą doprowadzić do realizacji tego celu i w ten sposób naruszy konstytucyjne wolności i prawa. Po drugie, ustawodawca, uchwalając ustawę, ogranicza jednostkę w ten sposób, że narusza istotę wolności lub prawa. Zakaz taki zawarty jest w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Po trzecie, może zaistnieć taka sytuacja, że ustawodawca reguluje jakieś prawa lub wolności, lecz na poziomie poniżej minimum tego prawa, wyznaczonego przez jego istotę¹⁹.

Ponadto, zdaniem J. Trzcińskiego, jeśliby przyjąć, że w normach programowych jest zawarte minimum praw jednostki, jako odpowiednik minimum obowiązków organów władzy publicznej – to możliwe byłoby uznanie, że także takie normy programowe na poziomie minimum praw mogą być podstawą skargi konstytucyjnej. Konieczne jest jednak ustalenie, czy z danej normy programowej da się wywieść owo „minimum praw”, aby wskazać podstawę skargi.

Pogląd J. Trzcińskiego podziela M. Safjan, podnosząc, że również i co do tzw. norm programowych mamy możliwość chronienia przez mechanizm skargi konstytucyjnej swego minimum związanego z istnieniem statuowanych w nich praw, a co należy do istoty tych praw²⁰. Zdaniem ww. autora można sobie bowiem wyobrazić taką sytuację, gdy regulacje ustawowe tak ukształtują prawo do świadczeń zdrowotnych, że pewną kategorię osób, np. cudzoziemców, wyłączą z jakiegokolwiek ochrony zdrowia, a w takim przypadku można debatować nad tym, czy istnieją podstawy do wniesienia skargi.

W kontekście tzw. norm programowych kolejny problem pojawia się w związku z art. 81 Konstytucji, który stanowi, że praw określonych w art. 65 ust. 4 i 5, art. 66, art. 69, art. 71 i art. 74–76 można dochodzić w granicach określonych w ustawie.

Zdaniem A. Łabno praw, o których mowa w art. 81 Konstytucji, dochodzić można tylko na podstawie regulacji ustawowej, a art. 81 ustawy zasadniczej jednoznacznie wyklucza dopuszczalność ich dochodzenia na podstawie Konstytucji. W konsekwencji nie będzie dopuszczalne w ich przypadku zastosowanie środka ochrony prawnokonstytucyjnej w postaci skargi konstytucyjnej, jako że nie będą mogły stanowić podstawy skargi konstytucyjnej²¹.

Również i Z. Czeszejko-Sochacki poruszał problem relacji treści art. 81 Konstytucji do możliwości stanowienia przez określone w nim prawa podstawy skargi²². Zdaniem autora zawarte w art. 81 Konstytucji prawa można zaliczyć do dwóch grup – pierwszej,

¹⁹ Tamże, s. 10.

²⁰ M. Safjan w dyskusji do referatu Z. Czeszejko-Sochackiego, *Skarga konstytucyjna*, (w:) *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich 1999, s. 290.

²¹ A. Łabno, *Skarga konstytucyjna*, s. 768.

²² Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga*, s. 36–37.

zawierającej przepisy, które określają poręczenie pewnych praw, jednakże co do sposobu ich realizacji zawierają odesłanie do ustaw zwykłych (np. art. 65 ust. 4, art. 66 ust. 1, art. 66 ust. 2) oraz drugiej, zawierającej przepisy adresowane do władz państwowych i nakładające na nie obowiązek prowadzenia określonej polityki, m.in. produktywizacji zatrudnienia (art. 65 ust. 5), polityki prorodzinnej (art. 71), polityki proekologicznej (art. 74), polityki sprzyjającej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych (art. 75), polityki chroniącej konsumentów (art. 76)²³.

Zdaniem ww. autora z regulacji wyznaczających zadania dla władz publicznych trudno byłoby bezpośrednio wyprowadzić podstawę roszczeń jednostki wobec państwa. Podstawą skargi nie mogą być bowiem ogólnie sformułowane zadania nałożone na władzę publiczną, lecz mogą nią być dopiero sformułowane w ustawie obowiązki organów władzy²⁴.

Z kolei przepis art. 67 ust. 1 Konstytucji, określający prawo obywatela do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego, w świetle powyższych rozważań może być uznawany za samodzielną podstawę skargi konstytucyjnej.

Stanowisko takie nie budzi większych wątpliwości w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego²⁵. Zdaniem TK pojęcie zabezpieczenia społecznego ujęto w art. 67 Konstytucji w kategoriach prawa podmiotowego²⁶. Przepis ten wskazuje minimum treści prawa do zabezpieczenia społecznego odpowiadającej jego istocie przez określenie, w jakich okolicznościach obywatelowi przysługuje zabezpieczenie społeczne (niezdolność do pracy ze względu na chorobę, inwalidztwo, po osiągnięciu wieku emerytalnego). Z tego względu w określonych warunkach można mówić o naruszeniu prawa wyrażonego w art. 67 ust. 1 (np. w przypadku wydania ustawy wyłączającej prawo do renty lub emerytury określonej grupy pracowniczej²⁷ czy w sytuacji gdy przyjęcie korzystniejszego sposobu wyliczenia wskaźnika podstawy kapitału początkowego przez ustawodawcę było faktycznie możliwe systemowo przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, natomiast ustawodawca tego nie zrobił²⁸). Z treści art. 67 ust. 1 Konstytucji da się określić adresata określonej w nim normy (organy władzy publicznej), podmiot uprawniony (obywatel), zakres zachowań, do jakich zobowiązany jest jego adresat (zapewnienie zabezpieczenia społecznego), oraz okoliczności, w których powinny być podjęte działania znamionujące powyższe zachowanie (niezdolność do pracy ze względu na chorobę, inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego).

²³ Tamże, s. 36.

²⁴ Na podobnym stanowisku stał ekspert Komisji Kodyfikacyjnej Zgromadzenia Narodowego Leszek Wiśniewski, który twierdził, że podstawą skargi nie mogą być ogólne sformułowania o celach i zadaniach państwa ani klauzule generalne, gdyż jest ona zorientowana na ochronę podstawowych praw zawartych w Konstytucji, por. L. Wiśniewski, *Stenogram z posiedzenia KKZN z dnia 08 lutego 1995 r.*, Komisja Kodyfikacyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn, z. XIII, s. 33–34.

²⁵ Por. wyrok TK z 8 maja 2000 r., sygn. akt SK 22/99, OTK-ZU 2000, nr 4, poz. 107; wyrok TK z 7 września 2004 r., sygn. akt SK 30/03, OTK-ZU 2004, nr 8A, poz. 82; wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04, OTK-ZU, poz. 130; wyrok TK z 20 listopada 2006 r., sygn. akt SK 66/06, OTK-ZU 2006, nr 10A, poz. 152; wyrok TK z 24 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 16/06, OTK-ZU 2008, nr 5A, poz. 85.

²⁶ Por. wyrok TK z 7 września 2004 r., sygn. akt SK 30/03, OTK-ZU 2004, nr 8A, poz. 82.

²⁷ Por. wyrok TK z 6 lutego 2002 r., sygn. akt SK 11/01, OTK-ZU 2002, nr 1A, poz. 2.

²⁸ Por. wyrok TK z 11 grudnia 2006 r., sygn. akt SK 15/06, OTK-ZU 2006, nr 11A, poz. 170.

W tym kontekście należy rozumieć przytoczone wyżej rozważania J. Trzcíńskiego czy M. Sajfana w zakresie wskazującym niektóre z norm programowych, które mogą stanowić podstawę skargi konstytucyjnej. Autorzy ci, posługując się pojęciem „normy programowej” zawierającej „minimum praw”, zdają się mieć na myśli te z postanowień konstytucyjnych, z których można wyprowadzić określone publiczne prawa podmiotowe, które z kolei mogą być chronione w drodze skargi konstytucyjnej. W rzeczywistości są to bowiem normy postępowania statuujące określone prawa i obowiązki podmiotów w nich wskazanych, z tym że w sposób ogólny. Nie mają one bowiem charakteru typowych „norm programowych”, określających wyłącznie cele i zadania państwa, niewyrażających w sobie żadnych praw podmiotowych („minimum praw”).

C. Biorąc powyższe pod uwagę, jako podstawy skargi konstytucyjnej można by uznać tylko te przepisy konstytucyjne, które w swej treści wyrażają prawo podmiotowe lub wolność konstytucyjnie chronioną.

W odniesieniu do podmiotowych praw konstytucyjnych, w tym praw socjalnych, ekonomicznych i kulturalnych, doktryna posługuje się pojęciem tzw. publicznych praw podmiotowych²⁹. Pojęcie to umożliwia odnajdywanie prawa podmiotowego w tych regulacjach prawnych, w których z uwagi na ich specyficzny język oraz ogólną treść tradycyjne poglądy na prawo podmiotowe odmawiałyby im takiego charakteru³⁰. Z tak rozumianym prawem podmiotowym będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy na podstawie samego przepisu konstytucyjnego będzie można określić wszystkie elementy składające się na prawo podmiotowe. Odszukiwanie treści prawa podmiotowego (jego elementów składowych) musi odbywać się przy wykorzystywaniu regulacji konstytucyjnych. Konstytucja powinna wskazywać pewne minimum treści danego prawa podmiotowego. To minimum treści ściśle związane jest z pojęciem istoty prawa podmiotowego wyinterpretowanego na gruncie samej Konstytucji. To minimum treści musi sprowadzać się do określenia, na gruncie samej ustawy zasadniczej, podmiotu prawa, podmiotu zobowiązanego do określonego zachowania, prawnego obowiązku określonego zachowania ze strony podmiotu zobowiązanego oraz zespołu przesłanek, od których zależy aktualizacja tego obowiązku³¹.

Zdaniem K. Wojtyczka, aby można było mówić o prawie podmiotowym na gruncie Konstytucji, wystarczające jest, że Konstytucja określa powyższe elementy w sposób ogólny oraz nakazuje ustanowienie ustawy, która zapewni realizację danego prawa, wyznaczając dokładnie zakres i treść powyższych elementów³². Pewne elementy mogą być wyrażone w sposób dorozumiany, ale musi dać się je ustalić na podstawie przyjętych reguł wykładni na gruncie samej ustawy zasadniczej. Jednakże regulacja konstytucyjna musi być na tyle precyzyjna, aby organ kontroli konstytucyjności aktu niższego rzędu mógł rozstrzygnąć, czy jest on zgodny z treścią norm konstytucyjnych, bazując jedynie na tekście Konstytucji.

Prawa podmiotowe wyrażone w Konstytucji mają zróżnicowaną strukturę – mogą

²⁹ Por. G. Jellinek, *System der subjektiven oeffentlichen Rechte*, Tuebingen 1919; W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków, Zakamycze 2002, s. 159.

³⁰ W. Jakimowicz, *Publiczne*, s. 159.

³¹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków, Zakamycze 1999, s. 42.

³² Tamże.

przyjmować charakter praw wolnościowych, praw-uprawnień, praw kompetencyjnych³³. Z punktu widzenia konstytucyjnych praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych będą one mieć charakter praw-uprawnień.

Specyfika tak rozumianych regulacji konstytucyjnych zawierających w swej treści publiczne prawa podmiotowe typu praw-uprawnień przejawia się m.in. następującymi cechami:

- określają one rdzeń, immanentne cechy oraz granice i zakres tych praw, pozostawiając regulacje szczegółowe dotyczące treści ustawom zwykłym,
- w konsekwencji konstytucyjna treść nakazanego lub zakazanego zachowania ogranicza się często do określenia wymaganego przez podmiot zobowiązany zachowania w sposób ogólny, z wymienieniem istotnych przesłanek tego zachowania i okoliczności, w których to zachowanie powinno podlegać realizacji,
- wyznaczają tym samym kierunki i sposób interpretacji konstruowanych na gruncie ustaw zwykłych szczegółowych praw podmiotowych,
- gwarantują ich nienaruszalność i realizację³⁴.

Po ustaleniu, że dana norma konstytucyjna wyrażająca w swej treści prawo zawiera ww. elementy, będzie można uznać, iż – jako prawo podmiotowe – może stanowić podstawę w procesie kontroli zainicjowanej w trybie skargi konstytucyjnej.

5. Prawa i wolności konstytucyjne uregulowane zostały w dwojaki sposób. Znaczna ich część została zawarta w rozdziale II Konstytucji, jednakże część z tych praw znajduje swoje odzwierciedlenie w rozdziale I, bądź nawet w preambule (Wstępie) Konstytucji.

W dalszej kolejności trzeba odpowiedzieć sobie na pytanie, czy samodzielną podstawą dochodzenia wolności i praw w drodze skargi konstytucyjnej może być zarzut naruszenia przepisów określających zasady ustrojowe zawarte w rozdziale I Konstytucji.

A. Trzeba mieć na względzie, że art. 79 ust. 1 Konstytucji jednoznacznie mówi o naruszeniu wolności lub praw, nie wskazując, iż ogranicza się to do określonej grupy praw lub wolności. Ponadto *in fine* tego przepisu mowa jest o ostatecznym rozstrzygnięciu sądu lub organu administracji publicznej w zakresie wolności i praw skarżącego określonych w Konstytucji. Dodatkowo art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym zobowiązuje skarżącego do wskazania w skardze, jakie konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, nie wykluczając żadnego z praw lub wolności z kręgu podstawy kontroli³⁵.

Biorąc powyższe pod uwagę, A. Łabno twierdzi, że art. 79 Konstytucji nie wyklucza, aby zakresem skargi konstytucyjnej objąć można było także prawa i wolności zawarte w innych niż rozdział II częściach ustawy zasadniczej³⁶. Zdaniem autorki należy pozytywnie rozstrzygnąć powyższą wątpliwość, tzn. uznać, że przepisy określające prawa i wolności zawarte w innym rozdziale niż rozdział II również mogą stanowić podstawę skargi, jednakże pod warunkiem, iż z określonego przepisu da się wyprowadzić konkretne uprawnienie

³³ Tamże, s. 21–22.

³⁴ Por. rozważania czynione w: K. Wojtyczek, *Granice*, s. 42; W. Jakimowicz, *Publiczne*, s. 166; P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe 1997, s. 44.

³⁵ A. Łabno, *Skarga konstytucyjna*, s. 770.

³⁶ Tamże, s. 767–768.

lub wolność w takim znaczeniu, że kształtuje ono sytuację prawną podmiotu lub ustala jego dopuszczalne zachowanie. O dopuszczalności skargi decyduje bowiem fakt naruszenia prawa lub wolności, a nie sposób ani miejsce ich zredagowania.

Na podobnym stanowisku stoi J. Trzcíński, zdaniem którego ograniczenie się do przepisów o prawach i wolnościach uregulowanych w rozdziale II Konstytucji byłoby zbyt wąskim zawężeniem podstawy skargi konstytucyjnej³⁷. Podmiot wnoszący skargę konstytucyjną może powoływać się na każdy przepis ustawy zasadniczej, z którego da się odczytać jego wolności lub prawa, rozumiane jako przepisy określające prawa podmiotowe – podmiotowe w tym znaczeniu, że adresatem przepisu jest obywatel (lub inny podmiot prawa), że przepis ten kształtuje sytuację prawną jednostki i wreszcie że adresat normy wyrażonej przez przepis ma możliwość wyboru zachowania się, tzn. spełnienia lub niespełnienia dyspozycji danej normy. W konsekwencji, zdaniem J. Trzcíńskiego, zasady ustroju państwa opisane w rozdziale I ustawy zasadniczej mogą tę rolę spełniać o tyle, o ile da się je przełożyć na normę prawną określającą wolności lub prawa jednostki.

W doktrynie pojawił się także pogląd, że niektóre zasady ustrojowe (określone w rozdziale I) mogą być samodzielną podstawą skargi konstytucyjnej, jednakże jest oparty na nieco innej argumentacji niż wyżej przedstawiona. Mogą one stanowić podstawę skargi z tej przyczyny, że są wyrażonymi w przepisach Konstytucji ideami, wartościami i pojęciami tworzącymi podstawy innych norm prawnych, wyznaczają kierunek pozostałych regulacji prawnych³⁸. Za podstawę skargi nie mogą służyć zasady *stricte* ustrojowe, takie jak zasada zwierzchnictwa narodu czy zasada trójpodziału władz³⁹. Po uwzględnieniu powyższego słuszny wydaje się pogląd J. Trzcíńskiego, że samo odwołanie się do czystego brzmienia zasady nie spowoduje automatycznie nadania prawidłowego biegu wnioskowi złożonemu w trybie skargi konstytucyjnej. Konieczne jest wskazanie, jakie prawa lub wolności wynikające z tej zasady zostały naruszone. To możemy zrobić przez odwołanie się do treści takiej zasady zbudowanej przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i doktrynę prawa konstytucyjnego. Zasady ustroju państwa będą mogły pełnić rolę podstawy skargi konstytucyjnej, pod warunkiem że będzie możliwe przełożenie ich na normę prawną określającą wolności lub prawa jednostki⁴⁰. Samo stanowienie określonych wartości czy pełnienie funkcji reguł interpretacyjnych dla norm prawnych statuujących określone prawa lub wolności jest niewystarczające, aby mogły one stanowić podstawę skargi konstytucyjnej. Co najwyżej takie przepisy (wyrażające zasady ustrojowe, z których jednak nie da się wyinterpretować określonych praw lub wolności) mogłyby stanowić element uzupełniający podstawę skargi, służący jej prawidłowej wykładni. Zasadniczej podstawy skargi musielibyśmy szukać w innym przepisie.

Na podobnym stanowisku stanął TK, który stwierdził, że brak jest podstaw do przyjmowania, iż wszystkie konstytucyjne wolności i prawa zostały enumeratywnie zamieszczone w rozdziale II Konstytucji. Inne przepisy Konstytucji mogą również stanowić

³⁷ J. Trzcíński, *Konstytucja RP*, s. 5.

³⁸ M. Kruk, *Konstytucyjne zasady podstawowe – ich znaczenie prawne i katalog*, (w:) *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe 1998, s. 7.

³⁹ B. Szmulik, *Skarga*, s. 92.

⁴⁰ J. Trzcíński, *Zakres podmiotowy*, s. 58–60.

podstawę skargi konstytucyjnej, pod warunkiem że z wydedukowanych z nich norm prawnych można zrekonstruować konstytucyjnie chronione wolności lub prawa podmiotowe⁴¹. Nie wystarczy, aby dany przepis jedynie określał pozycję prawną jednostki, czy też był adresowany do ustawodawcy w celu zobowiązania go do regulacji określonej dziedziny życia społecznego. Podstawą kontroli może być tylko przepis, który wskazuje adresata przepisu, kształtuje sytuację prawną tego podmiotu (np. przez przyznanie mu określonych uprawnień), a ponadto adresat ten ma możliwość wyboru zachowania się. Negatywne stanowisko w przedmiotowej kwestii spowoduje odmowę przywołania w treści skargi, jako jej podstawy, innych przepisów niż wskazane w rozdziale II Konstytucji⁴².

Jeśli chodzi o postanowienia zawarte w rozdziale I, to zdaniem TK niektóre przepisy rozdziału I Konstytucji mogą stanowić przede wszystkim pomocniczą podstawę kontroli w trybie skargi konstytucyjnej, dla wzmocnienia kontekstu konstytucyjnego żądań skargi, przy jednoczesnym wskazaniu innej naruszonej normy konstytucyjnej⁴³. Takim uregulowaniem jest np. art. 21 ust. 1 Konstytucji, należący do kategorii zasad programowych wyznaczających kierunek działań państwa.

Natomiast, zdaniem TK, przepisy zawarte w art. 18, art. 22 czy art. 24 Konstytucji nie mogą stanowić samodzielnej podstawy kontroli w drodze skargi konstytucyjnej⁴⁴. Zawierają one bowiem jedynie ogólne deklaracje, programowe zasady, określające jedynie, że wskazane w nich dobra podlegają ochronie przez państwo, które to zasady zostały skonkretyzowane w innych przepisach Konstytucji, m.in. art. 70 ust. 3, art. 71 czy art. 72, a także w regulacjach ustawowych. Nie formułują one żadnych praw i wolności.

Z kolei użycie pojęcia „wolność” świadczy wyraźnie o tym, że przepis je zawierający można uważać za podstawę prawa podmiotowego o randze konstytucyjnej, a nie tylko za zasadę ustroju państwa lub deklarację polityczną⁴⁵.

Interesujące jest w tym kontekście następujące stanowisko TK, w którym stwierdza on, że nie można wykluczyć sytuacji, gdy określona wolność lub prawo konstytucyjne zostałyby wyinterpretowane i zrekonstruowane z treści kilku przepisów Konstytucji⁴⁶. Za „materiał” do takiej rekonstrukcji należałoby uznać elementy normy prawnej znajdujące się w różnych przepisach konstytucyjnych, które wszystkie razem mogą tworzyć normę skierowaną do określonego adresata. W takim przypadku przepisy statuujące ogólne zasady ustrojowe mogłyby stanowić element do rekonstrukcji normy prawnej zawierającej prawo podmiotowe.

B. Rozważenia z tego punktu widzenia wymaga także Wstęp do Konstytucji (preambuła) i ratyfikowane akty prawa międzynarodowego regulujące standardy praw i wolności człowieka i obywatela.

W doktrynie pojawiają się głosy, że również i postanowienia zawarte we Wstępie

⁴¹ Por. wyrok TK z 12 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 26/01, OTK-ZU 2001, nr 8, poz. 258.

⁴² Por. postanowienie TK z 26 czerwca 2002 r., sygn. akt SK 1/02, OTK-ZU 2002, nr 4A, poz. 53.

⁴³ Wyrok TK z 13 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 10/03, OTK-ZU 2004, nr 1A, poz. 2; wyrok TK z 10 maja 2005 r., sygn. akt SK 40/02, OTK-ZU 2005, nr 5A, poz. 48.

⁴⁴ Wyrok TK z 21 marca 2005 r., sygn. akt SK 24/01, OTK-ZU 2005, nr 3A, poz. 25.

⁴⁵ Wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02, OTK-ZU 2003, nr 4A, poz. 33.

⁴⁶ Por. wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, OTK-ZU 2004, nr 10A, poz. 107.

do Konstytucji mogłyby stanowić podstawę skargi konstytucyjnej⁴⁷. Trzeba mieć jednak na względzie złożoność problematyki normatywnego charakteru tej części ustawy zasadniczej⁴⁸. Będzie to możliwe tylko wtedy – podobnie jak przy ogólnych zasadach ustrojowych – gdy z określonych sformułowań Wstępu będzie można odczytać określone prawa podmiotowe lub wolności. Taki charakter mogłyby mieć postanowienia formułujące zasady pomocniczości lub solidaryzmu społecznego. Jednakże większość postanowień Wstępu nie będzie nadawać się do dokonania powyższego zabiegu z uwagi na ich jedynie perswazyjno-emocjonalny charakter.

Odnosnie do charakteru postanowień zawartych we Wstępie jako podstawy kontroli w drodze skargi konstytucyjnej innego zdania jest Trybunał Konstytucyjny. Zdaniem TK preambuła Konstytucji nigdy nie może stanowić podstawy kontroli w trybie skargi konstytucyjnej, gdyż – abstrahując już od tego, czy można jej przypisać normatywny charakter, czy nie – na pewno nie zawiera ona norm będących źródłem wolności i praw jednostki⁴⁹. Trybunał niewątpliwie stoi na stanowisku, że odwoływanie się do wyrażonych w preambule idei i wartości, m.in. dotyczących wolności, sprawiedliwości, współdziałania i dialogu społecznego, może być pomocne przy wyznaczaniu kierunków interpretowania merytorycznych przepisów Konstytucji oraz powinno stanowić kryterium oceny działań organów władzy publicznej⁵⁰. Z powyższego jednak stanowiska wydaje się nieuzasadnione wyciąganie wniosku, że TK przyznaje z tego powodu niektórym fragmentom Wstępu rolę podstawy skargi konstytucyjnej⁵¹. Wydaje się, że taki wniosek jest zbyt daleko idący. To, że dane postanowienie może stanowić podstawę do interpretacji innych przepisów Konstytucji, nie może automatycznie powodować, iż stanowić ono będzie podstawę dla skargi konstytucyjnej.

Trybunał Konstytucyjny odrzuca również jako podstawę dla skargi konstytucyjnej normy prawa międzynarodowego⁵². Zdaniem Trybunału, skoro podstawą skargi mogą być naruszenia praw i wolności uregulowanych tylko w Konstytucji, to skarga nie może służyć jako środek ochrony w przypadku naruszenia praw lub wolności wynikających z umów międzynarodowych. Wyjątek stanowią sytuacje, kiedy dane prawo lub wolność uregulowane w akcie prawa międzynarodowego będą jednocześnie prawem lub wolnością zawartymi w polskiej Konstytucji⁵³.

C. Reasumując powyższe rozważania, należy stanąć na stanowisku, że nie ma przeszkód, aby również i przepisy rozdziału I Konstytucji lub Wstępu do Konstytucji mogły stanowić podstawę kontroli w trybie skargi konstytucyjnej. Należy zauważyć, że gdyby ustawodawca chciał ograniczyć zakres wzorca konstytucyjnego jedynie do przepisów określających prawa i wolności zawartych w rozdziale II Konstytucji, to nic nie stało na przeszkodzie, aby to *expressis verbis* wyraził. Po drugie, o tym, czy dany przepis może stanowić podstawę kontroli, decyduje nie jego miejsce w ustawie zasadniczej, lecz jego treść i forma. Istotne jest to, aby przepisowi takiemu (lub kilku przepisom) można było

⁴⁷ J. Trzciński, *Zakres podmiotowy*, s. 64; B. Szmulik, *Skarga*, s. 92–93.

⁴⁸ J. Trzciński, *Konstytucja RP*, s. 10.

⁴⁹ Wyrok TK z 13 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 10/03, OTK-ZU 2004, nr 1A, poz. 2.

⁵⁰ Por. wyrok TK z 3 czerwca 1998 r., sygn. akt K 34/97, OTK-ZU 1998, nr 4, poz. 49.

⁵¹ Por. w tym zakresie – B. Szmulik, *Skarga*, s. 93.

⁵² Por. wyrok TK z 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99, OTK-ZU 2000, nr 5, poz. 144.

⁵³ A. Łabno, *Skarga konstytucyjna*, s. 771.

przypisać charakter normy prawnej, aby zawierał on prawo podmiotowe lub wolność prawnie chronioną ze wszystkimi niezbędnymi elementami konstrukcyjnymi. Przy tym niezbędne jest ustalenie normy prawnej zawierającej prawo podmiotowe wyłącznie na podstawie przepisu konstytucyjnego, stąd te wymagania powinny być dość rygorystyczne, aby wykluczyć sytuację, w której podstawa kontroli będzie zbyt ogólna dla dokonania rozstrzygnięcia w sprawie, tj. podjęcia jednoznacznego rozstrzygnięcia w zakresie naruszenia bądź nienaruszenia danego prawa konstytucyjnego lub konstytucyjnej wolności.

Należy natomiast wykluczyć z zakresu podstawy skargi konstytucyjnej normy prawa międzynarodowego.

6. Wskazując powyższe konkluzje związane z przyznawaniem określonym normom konstytucyjnym statusu podstawy skargi konstytucyjnej, należy mieć na uwadze stanowisko Trybunału Konstytucyjnego związane z możliwością pełnienia funkcji podstawy skargi przez niektóre przepisy regulujące zagadnienia istotne z punktu widzenia ochrony praw i wolności jednostki. Szczególne znaczenie mają poglądy Trybunału Konstytucyjnego na możliwość stanowienia podstawy skargi konstytucyjnej przez art. 2 Konstytucji, określający zasadę demokratycznego państwa prawnego, art. 32 Konstytucji, statuujący prawo do równego traktowania i zakaz dyskryminacji oraz art. 84 Konstytucji, nakładający na jednostkę obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych. Dotyczy to przede wszystkim kwestii stanowienia przez ww. przepisy samodzielnej podstawy skargi konstytucyjnej w procesie kontroli.

Jeśli chodzi o art. 2 Konstytucji, to Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza możliwości przyjęcia wyrażonej w nim normy prawnej i dekodowanych z jej treści praw za samodzielną podstawę w trybie skargi konstytucyjnej, ale tylko w przypadku, gdy skarżący występuje z zarzutem naruszenia praw lub wolności niewysłowionych w treści innych przepisów konstytucyjnych⁵⁴. Skarżący musi wskazać konkretne prawo lub wolność chronione treścią art. 2 Konstytucji. Wymagać to będzie precyzyjnego określenia praw lub wolności wywodzonych z treści art. 2, które będą przyjmować normatywną postać praw podmiotowych. Musi więc być dokładnie określony adresat konstytucyjnego prawa, jak i cała sytuacja prawna (przyznane uprawnienia), powiązana z możliwością wyboru sposobu zachowania się⁵⁵. Takiego wymogu nie spełnia odwołanie się do norm prawnych mających postać zasad ustroju, adresowanych w pierwszej kolejności do ustawodawcy. W konsekwencji odwołanie się w treści skargi konstytucyjnej ogólnie do klauzul generalnych (w tym zawartych w art. 2) możliwe będzie wyjątkowo i subsydiarnie.

Również i art. 84 Konstytucji, statuujący obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie może być zasadniczo podstawą w procesie kontroli w trybie skargi konstytucyjnej. Podstawą

⁵⁴ Por. postanowienie TK z 12 grudnia 2000 r., sygn. akt Ts 105/00, OTK-ZU 2002, nr 1B, poz. 59; wyrok TK z 23 listopada 1998 r., sygn. akt SK 7/98, OTK-ZU 1998, nr 7, poz. 114 oraz postanowienie TK z 23 stycznia 2002 r., sygn. akt Ts 105/00, OTK-ZU 2002, nr 1B, poz. 60.

⁵⁵ Postanowienie TK z 12 grudnia 2000 r., sygn. akt Ts 105/00, OTK-ZU 2002, nr 1B, poz. 59 oraz cyt. tam: Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe 1999, s. 159.

skargi konstytucyjnej może być jedynie przepis wyrażający w swej treści wolność lub prawo o charakterze podmiotowym⁵⁶. Zdaniem TK art. 84 oraz art. 217 Konstytucji nie zawierają w swej treści praw lub wolności konstytucyjnych. Dla dopuszczalności skargi konstytucyjnej nie jest wystarczające wskazanie, że doszło do naruszenia określonego przepisu Konstytucji, lecz konieczne jest wskazanie, że doszło do naruszenia przepisu, który wyraża w swej treści prawo podmiotowe lub wolność konstytucyjnie chronioną. Wskazanie normy kompetencyjnej dla organów władzy publicznej bez wskazania prawa podmiotowego nie wyczerpuje wymogu wskazania podstawy skargi konstytucyjnej, warunkującego możliwość wystąpienia ze skargą konstytucyjną. Artykuł 84 Konstytucji nie może być podstawą skargi konstytucyjnej, jako że wyraża powszechny obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych – zdaniem Trybunału nie wyraża żadnego prawa podmiotowego lub wolności. Wyjątkowo jedynie, również na gruncie regulacji daninowych, możliwe jest w pewnych przypadkach formułowanie zarzutów naruszenia podmiotowych praw i wolności przez nakładającą pewne obowiązki konstrukcję fiskalną, ale mogą wiązać się z tym pewne trudności. Byłoby tak w przypadku ewidentnego naruszenia zasad konstytucyjnych o charakterze przedmiotowym w zakresie obowiązku dotyczącego świadczeń i ciężarów publicznych, przy jednoczesnym wskazaniu naruszonego prawa konstytucyjnego o charakterze podmiotowym, wraz z określeniem sposobu jego naruszenia. Konieczne byłoby więc powołanie przepisu określającego takie prawa lub wolności, który naruszony byłby przez określony obowiązek fiskalny⁵⁷.

Trybunał Konstytucyjny stoi również na dość kontrowersyjnym stanowisku, że art. 32 Konstytucji, wyrażający w swej treści zasadę równości, w tym prawo do równego traktowania przez władze publiczne oraz zakaz dyskryminacji, nie może być uznawany za samodzielną podstawę jako podstawa kontroli w drodze skargi konstytucyjnej⁵⁸.

Trybunał uzasadniał powyższe stanowisko tym, że równość wobec prawa traktuje się przeważnie jako zasadę dotyczącą praw człowieka, a nie jako normę kreującą prawo podmiotowe o charakterze konstytucyjnym. W pewnych sytuacjach wyraża ona szczególnego rodzaju prawo podmiotowe – prawo do równego traktowania (takiego traktowania jednostki, jak inne osoby znajdujące się w analogicznej sytuacji), czy też równej możliwości realizacji swoich praw i wolności. Jednakże, zdaniem Trybunału, art. 32 Konstytucji określa sytuację prawną jednostki jedynie „wspólnie” z inną normą wyznaczającą sytuację prawną innych podmiotów. Trybunał Konstytucyjny uznaje, że prawo wyrażone w art. 32 ustawy zasadniczej ma charakter prawa „drugiego stopnia” („metaprawo”), tzn. przysługuje ono w związku z konkretnymi normami prawnymi (sytuacja współstosowania dwóch przepisów Konstytucji), wyrażającymi konkretne prawa podmiotowe⁵⁹. Do powyższych ustaleń TK dochodzi, przede wszystkim stosując reguły wykładni systemowej, a nie językowej.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się kilku sędziów Trybunału Konstytucyjnego, którzy zgłosili zdanie odrębne, argumentując to tym, że prawu wyrażonemu

⁵⁶ Postanowienie TK z 9 października 2006 r., sygn. akt Ts 202/06, OTK-ZU 2009, nr 1B, poz. 22; por. także postanowienie TK z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01, OTK-ZU 2001, nr 7, poz. 225.

⁵⁷ Postanowienie TK z 9 października 2006 r., sygn. akt Ts 202/06, OTK-ZU 2009, nr 1B, poz. 22.

⁵⁸ Postanowienie TK z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01, OTK-ZU 2001, nr 7, poz. 225.

⁵⁹ Tamże.

w art. 32 Konstytucji nie można odmawiać statusu samodzielnej podstawy w procesie kontroli w trybie skargi konstytucyjnej⁶⁰.

Między innymi zdaniem L. Garlickiego wykładnia językowa (samo językowe sformułowanie) wskazuje, że art. 32 Konstytucji wyraża w swej treści prawo podmiotowe – jako przede wszystkim nakaz równego traktowania wszystkich we wszelkich działaniach władzy publicznej [a nie tylko równego traktowania przy kształtowaniu (w trakcie realizacji) praw i wolności].

Z kolei M. Safjana zarzuca, że prawa wyrażonego w art. 32 Konstytucji nie można traktować jako prawa „drugiego stopnia” – wskazywałoby to, że prawo powyższe jest pozbawione normatywnej treści (w rozumieniu, jakie wiąże się z charakterem danego prawa jako prawa podmiotowego) i stanowi jedynie nakaz adresowany do ustawodawcy, co byłoby sprzeczne chociażby z literalnym jego brzmieniem. Tylko bowiem wtedy można by przyjąć rozumowanie prezentowane przez Trybunał Konstytucyjny, gdyby w ogóle nie dało się ustalić znaczenia i treści prawa do równego traktowania. Zdaniem M. Safjana również przesłanki systemowe przemawiają raczej za tym, że jest to prawo podmiotowe, które może być podstawą podczas kontroli w trybie skargi konstytucyjnej.

Podobnie i w doktrynie prawa konstytucyjnego powyższe postanowienie TK wywołało sporo kontrowersji.

Zdaniem B. Banaszaka trzy elementy zawarte w ww. postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego budzą poważne zastrzeżenia⁶¹.

Pierwsze to odejście przez TK od poglądu o pierwszorzędności wykładni językowej na rzecz wykładni systemowej, przy braku bliższego wyjaśnienia, dlaczego wykładnia językowa nie daje jednoznacznego rezultatu.

Po drugie, autor nie zgadza się ze stanowiskiem TK przyjętym w głosowanym orzeczeniu, że art. 32 Konstytucji nie zawiera w swej treści prawa podmiotowego, gdyż przeczą temu reguły wykładni językowej, jak i zasada racjonalności ustrojodawcy, świadomie używającego określonych słów.

Po trzecie, B. Banaszak kwestionuje wprowadzony przez TK podział praw i wolności konstytucyjnych na dwie kategorie pozostające wobec siebie w stosunku nadrzędności i podporządkowania. W szczególności, zdaniem autora, trudno zrozumieć, na jakiej podstawie Trybunał uznał dane prawo za „metaprawo”, jednocześnie „degradując” je w hierarchii praw i wolności konstytucyjnych, spychając je właściwie do rangi klauzul generalnych.

Podobnie krytyczne stanowisko co do ww. postanowienia Trybunału wyraził R. Arnold⁶². Zdaniem autora za przeciwstawnym do stanowiska Trybunału rozumieniem treści art. 32 Konstytucji przemawia m.in. wykładnia historyczna – trudno bowiem sobie wyobrazić, aby skarga konstytucyjna służyła ochronie tylko niektórych konkretnych praw i wolności, z wyłączeniem praw o znaczeniu fundamentalnym, tym bardziej że

⁶⁰ Por. zdania odrębne złożone przez L. Garlickiego, K. Kolańskiego, M. Safjana, J. Stępnia, J. Trzczińskiego, zawarte w uzasadnieniu postanowienia TK z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01, OTK-ZU 2001, nr 7, poz. 225.

⁶¹ B. Banaszak, *Glosa do postanowienia TK z dnia 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01, „Przegląd Sejmowy”* 2002, nr 2(49), s. 124–128.

⁶² R. Arnold, *Glosa do postanowienia TK z dnia 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01, „Przegląd Sejmowy”* 2002, nr 2(49), s. 117–122.

zaden przepis konstytucyjny wyraźnie prawa tego z zakresu możliwej podstawy przy kontroli w trybie skargi konstytucyjnej nie wyłącza. Autor powołuje się również na interpretację zasady równości w porządkach prawnych innych państw europejskich, które uznają ją nie tylko za zasadę podstawową, obowiązującą organy władzy publicznej, lecz także za gwarancję dla jednostki. Rainer Arnold kwestionuje również odwołanie się Trybunału do wykładni systemowej, gdyż podważałoby to chociażby możliwość stanowienia podstawy kontroli w trybie skargi konstytucyjnej dla zasady ochrony godności człowieka⁶³.

Wydaje się, że takie dość rygorystyczne podejście TK do określania podstawy skargi konstytucyjnej wynika przede wszystkim z tego, iż w skardze konieczne jest wskazanie, na czym polega wynikające z podstawy skargi uprawnienie skarżącego oraz korespondujący z nim obowiązek państwa. Obowiązek wskazania takiego uprawnienia ciąży na skarżącym, w szczególności ma to istotne znaczenie w sytuacji, gdy przepis Konstytucji dla ustalenia treści danego prawa odsyła do ustawy⁶⁴ bądź jego treść jest na tyle ogólna, że konieczne jest zastosowanie wielu reguł i dyrektyw wykładni dla ustalenia praw podmiotowych lub wolności wywodzonych z danego przepisu lub przepisów konstytucyjnych. Trybunał Konstytucyjny w procesie kontroli konstytucyjności przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego musi bowiem ustalić wpieryw, na czym polega owo naruszenie podstawy skargi konstytucyjnej (a więc musi ustalić jej treść), by móc następnie orzec o zgodności z tą podstawą kontrolowanego przepisu.

Przy uwzględnieniu powyższego, wątpliwości budzą dwie kwestie podnoszone przez TK w jego analizie dopuszczalności stanowienia przez art. 32 Konstytucji samodzielnej podstawy skargi konstytucyjnej. Pierwsza to posługiwanie się pojęciem „metaprawo” w stosunku do prawa wyrażonego w art. 32. Nie można bowiem przyjmować, że dane postanowienie konstytucyjne wyraża w swej treści „metaprawo”, a więc prawo o szczególnym charakterze w relacji do innych praw określonych w Konstytucji, a jednocześnie „degradować” go w tym sensie, że nie może ono stanowić samodzielnej podstawy skargi konstytucyjnej. W tej sytuacji TK, uznając je za zasadę dotyczącą praw człowieka i klasyfikując je na innej płaszczyźnie niż pozostałe prawa i wolności określone w rozdziale II (jak się wydaje, nadając tej zasadzie status zasady ustrojowej), nie powinien jednocześnie posługiwać się pojęciem „metaprawo” („prawo drugiego stopnia”) na płaszczyźnie ustalenia roli tego prawa jako podstawy skargi konstytucyjnej. Takie stanowisko bowiem pozbawia prawo określone w art. 32 Konstytucji charakteru publicznego prawa podmiotowego, które może być samodzielną podstawą skargi konstytucyjnej. Prowadzi to bowiem do paradoksalnej sytuacji, gdzie tzw. „metaprawo”, czyli z założenia prawo o „wyższej randze” niż pozostałe prawa określone w Konstytucji, jako podstawa skargi konstytucyjnej traktowane jest w sposób degradujący przez odmawianie mu możliwości stanowienia samodzielnej podstawy skargi.

W moim przekonaniu stwarza to niczym nieuzasadnione różnicowanie, jeśli się weźmie pod uwagę poglądy Trybunału na temat art. 2 i jego funkcji jako podstawy skargi konstytucyjnej. Trybunał Konstytucyjny w sposób odmienny traktuje art. 2 Konstytucji

⁶³ Tamże, s. 121–122.

⁶⁴ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 20/04, OTK-ZU 2005, nr 11A, poz. 133.

i wyrażoną w nim zasadę demokratycznego państwa prawa, urzeczywistniającą zasady sprawiedliwości społecznej. Trybunał uznaje możliwość dekodowania z treści ww. zasady podstawy skargi konstytucyjnej w sytuacji, gdy skarżący wskaże konkretne prawo podmiotowe lub wolność, chronione treścią art. 2, a jednocześnie prawo lub wolność ta nie będą mogły być dekodowane z innych postanowień ustawy zasadniczej. Takie różnicowanie dwóch zasad konstytucyjnych w kwestii możliwości stanowienia podstawy skargi konstytucyjnej rodzi zagrożenie występowania *judge-made-law* (prawa sędziowskiego), a więc nieuzasadnionego wkroczenia przez organ władzy sądowej w zakres władzy ustawodawczej. Tym bardziej że wydaje się, iż z treści art. 32 Konstytucji łatwiej jest wyinterpretować publiczne prawo podmiotowe o konkretnym charakterze niż z ogólnych zasad wyrażonych w art. 2 Konstytucji bądź wyinterpretowanych z treści ww. zasady (m.in. zasady zaufania do stanowionego prawa, zasady niedziałania prawa wstecz, zasady ochrony praw słusznie nabytych, zasady dostatecznej określoności czy tzw. przyzwoitej legislacji). Są to zasady (prawa), które zdaniem TK nie zostały wprawdzie *expressis verbis* wyrażone w tekście Konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z jej aksjologii i istoty demokratycznego państwa prawnego. Mimo to TK uznaje, że z ww. zasad można w pewnych okolicznościach wyinterpretować publiczne prawa podmiotowe, które stanowić będą samodzielną podstawę skargi konstytucyjnej, odmawiając takiej możliwości prawu wyrażonemu w art. 32 Konstytucji, który *expressis verbis* stanowi o prawie (prawie do równego traktowania). Słuszne wydają się w tych okolicznościach zarzuty podnoszone we wskazywanych wyżej zdaniach odrębnych oraz poglądach doktryny.

7. Przedstawione wyżej wątpliwości interpretacyjne związane z przesłanką podstawy skargi konstytucyjnej wskazują, że prawidłowe określenie tej podstawy nierzadko nie będzie zabiegiem prostym. Ustawodawca zwykły, aby niekorzystne skutki z tym związane w znacznym stopniu złagodzić i wyeliminować, wprowadza tzw. przymus adwokacki w procesie wszczętym na skutek skargi konstytucyjnej. Zgodnie z art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym⁶⁵ skargę i zażalenie na postanowienie o odmowie nadania skardze dalszego biegu sporządzają adwokat lub radca prawny, chyba że skarżącym jest sędzia, prokurator, notariusz, profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych.

Sporządzenie skargi i ewentualnych dalszych pism procesowych wymaga niewątpliwie od skarżącego znacznej wiedzy prawniczej, którą posiadają osoby zawodowo zajmujące się pomocą i ochroną prawną lub posiadają w tym zakresie tytuły naukowe. Z drugiej strony wprowadzenie wymogu sporządzenia skargi przez podmioty kwalifikowane służyć ma zwiększeniu skuteczności skargi, co w konsekwencji ma gwarantować powszechniejsze i efektywniejsze korzystanie z tej instytucji⁶⁶, a jednocześnie zagwarantuje, że uprawniony nie utraci prawa do merytorycznego rozpatrzenia skargi na skutek nieprawidłowego jej sformułowania⁶⁷. Jednocześnie nie utrudnia to uprawnionemu skorzystania z instytucji skargi konstytucyjnej w sytuacji ograniczeń

⁶⁵ Dz.U. z 1997 r. nr 102, poz. 643 ze zm.

⁶⁶ Postanowienie TK z 15 lipca 2004 r., sygn. akt Ts 11/04, OTK-ZU 2004, nr 3B, poz. 206.

⁶⁷ Postanowienie TK z 16 października 2002 r., sygn. akt SK 43/01, OTK-ZU 2002, nr 5A, poz. 77.

natury finansowej, jeśli chodzi o możliwość skorzystania z usług profesjonalnego pełnomocnika. Zgodnie bowiem z art. 48 ust. 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, w razie niemożności poniesienia kosztów pomocy prawnej skarżący może zwrócić się do sądu rejonowego jego miejsca zamieszkania o ustanowienie dla niego adwokata lub radcy prawnego z urzędu na podstawie Kodeksu postępowania cywilnego. Do czasu rozstrzygnięcia wniosku przez sąd nie biegnie termin przewidziany do wniesienia skargi do Trybunału.

8. Podsumowując rozważania na temat zakresu podstawy skargi konstytucyjnej, należy zwrócić uwagę na kilka kwestii.

Nie budzi zasadniczych wątpliwości, że w zakresie podstawy skargi konstytucyjnej mieszczą się te postanowienia Konstytucji, które wyrażają w swej treści wolności lub prawa podmiotowe. Z uwagi na istotę regulacji konstytucyjnych będą to prawa podmiotowe o charakterze publicznym. Należy przy tym pamiętać, aby stosować taką terminologię, która nie będzie wprowadzać niepotrzebnego zamieszania. Jeżeli więc z danego postanowienia można wyinterpretować prawo podmiotowe lub wolność, co umożliwia danej regulacji konstytucyjnej stanowienie podstawy skargi, powinno się unikać posługiwania się pojęciem normy programowej, zawierającym minimum treści, która to norma może pełnić funkcję takiej podstawy, jako że pojęcie to kojarzone jest z wypowiedziami, którym nie przypisuje się charakteru norm postępowania, a jednocześnie nie wywodzi z ich treści praw podmiotowych lub wolności. Pozwoli to przy tym odróżnić spośród przepisów określających wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne te, które mogą stanowić podstawę w trybie skargi.

Nie ma także znaczenia, gdzie w Konstytucji dane prawo lub wolność zostały zamieszczone. Nie jest wykluczone, że podstawę skargi konstytucyjnej stanowić będzie wolność lub prawo podmiotowe wywiedzione z przepisu umieszczonego w rozdziale I Konstytucji bądź we Wstępie do Konstytucji. Poza zakresem podstawy skargi pozostawałyby ewentualne prawa lub wolności, których Konstytucja nie zawiera lub nie da się ich z innych postanowień konstytucyjnych wyinterpretować, a znajdują się w wiążących Polskę umowach międzynarodowych.

Opowiedzieć się również należy za tym, aby podstawą skargi konstytucyjnej były tylko te wolności i prawa, które zostały wyrażone w Konstytucji *expressis verbis* bądź można je wywieść z przepisów konstytucyjnych przy zastosowaniu reguł inferencyjnych. Jednakże odnośnie do możliwości wywiedzenia określonych praw czy wolności z innych postanowień Konstytucji (na co wskazuje Trybunał Konstytucyjny w kontekście treści art. 2 Konstytucji) – w mojej ocenie należy do tego podchodzić z pewną ostrożnością. Wskazywanie bowiem „nowych” podstaw skargi konstytucyjnej musi uwzględniać dopuszczalne reguły wykładni, aby nie narażać się na zarzut nadmiernego aktywizmu sędziowskiego, wkraczającego w domenę władzy ustawodawczej (*judge-made-law*, *Rechtsfortbildung*). Dotychczasowa praktyka Trybunału Konstytucyjnego poparta wskazanymi wyżej argumentami w zakresie ustalania podstawy skargi konstytucyjnej na podstawie art. 2 Konstytucji zasługuje na aprobatę. Trybunał, nie wykluczając możliwości przyjęcia dekodowanych z treści art. 2 praw za samodzielną podstawę skargi, wskazuje jego ograniczony zakres – wymagający precyzyjnego wskazania konkretnego prawa lub wolności chronionych treścią art. 2, które będą przyjmować postać praw

podmiotowych. Ponadto prawa te nie mogą być objęte zakresem treściowym innych przepisów Konstytucji.

W moim przekonaniu budzi natomiast poważne wątpliwości ograniczenie przez TK możliwości stosowania art. 32 Konstytucji jako samodzielnej podstawy skargi konstytucyjnej, w szczególności w kontekście wyżej wskazanych możliwości wywodzenia określonych praw podmiotowych z treści art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny wykazuje się w tym zakresie niekonsekwencją – odmawia prawu wyrażonemu w art. 32 Konstytucji możliwości bycia samodzielną podstawą skargi, argumentując to przede wszystkim tym, że przepis ten wyraża zasadę dotyczącą praw człowieka o nadrzędnym dla systemu konstytucyjnego znaczeniu (nazywając je „metaprawem” bądź „prawem drugiego stopnia”), a nie normę kreującą prawo podmiotowe, a z drugiej strony pozwala na wskazywanie jako podstawy skargi konstytucyjnej praw podmiotowych wyinterpretowanych z ogólnie brzmiącej zasady, iż Rzeczpospolita jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasadę sprawiedliwości społecznej, która to zasada bez wątpienia stanowi również naczelną zasadę dotyczącą praw człowieka. Argumentacja ta mogłaby być zasadna, gdyby z art. 32 Konstytucji nie dało się w ogóle ustalić znaczenia i treści prawa do równego traktowania, czego jednak nie można powiedzieć, bo przeczą temu chociażby reguły wykładni językowej. Ponadto, jak słusznie zauważa B. Banaszak⁶⁸, zastrzeżenia budzi wprowadzenie na potrzeby ustalenia zakresu skargi konstytucyjnej podziału tego prawa na dwie kategorie praw – takie, którym przyznaje się charakter nadrzędny oraz takie, które się „degraduje” przez odmowę stanowienia samodzielnej podstawy w trybie skargi konstytucyjnej. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że art. 32 statuuje prawo o znaczeniu fundamentalnym dla ochrony praw człowieka. Takie rozróżnienie z ww. względów, jak i w świetle ochrony interesu jednostki, której zgodnie z art. 79 Konstytucji przysługuje prawo do wniesienia skargi na naruszenie jej praw lub wolności określonych w Konstytucji, nie zasługuje na aprobatę.

⁶⁸ B. Banaszak, *Glosa*, s. 124–128.

Summary

Grzegorz Szklarski

RANGE OF THE BASE OF A CONSTITUTIONAL COMPLAINT
ON THE GROUND OF THE CONSTITUTION OF POLAND

The purpose of this article is to analyze the relevant from the point of view of the practice of the institutions of a constitutional complaint issues of the range of its base. The basis of the application are provisions specifying the constitutional rights and freedoms that are the point of reference for the process of the Constitutional Court of the constitutionality of legal norms contained in the instruments of a lower order acts. The significance of this issue is that of identifying correctly the basis of a constitutional complaint depends on whether the folding action is adopted to recognize it or not, or whether the Court finds the complaint to be well founded. Moreover, the Court is bound by the limits of the action.

Analysis of the range of the base issues of constitutional complaint made in this article refers to those provisions of the Constitution, the nature of which as a basis for process control of the constitutional complaint is questionable because of their place in the Constitution, the normative content or expressed in the content of the law and the way they are formulated. Hence, my analysis applies to art. 2 of the Constitution expresses principle of the rule of law and expresses the principle of social justice, art. 32 of the Constitution setting out the principle of equality, the rules determining the rights and freedoms of social, economic and cultural, and Introduction to the Constitution (Preamble), in the context of their role as an independent basis for a constitutional complaint.

KEY WORDS: constitutional complaint, the basis of the constitutional complaint, the principle of equality, the principle of democratic rule of law to express the principles of social justice, the rights and freedoms of social, economic and cultural, the Introduction to the Constitution (Preamble)

POJĘCIA KLUCZOWE: skarga konstytucyjna, podstawa skargi konstytucyjnej, zasada równości, zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne, Wstęp do (preambuła) Konstytucji

DOWÓD *PRIMA FACIE* W POSTĘPOWANIU CYWILNYM DOTYCZĄCYM SZKÓD POWSTAŁYCH W ZWIĄZKU Z LECZENIEM

1. KONCEPCJE TEORETYCZNE DOTYCZĄCE DOWODU *PRIMA FACIE* WYSTĘPUJĄCE W POLSKIEJ DOKTRYNIE

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie instytucji tzw. dowodu lub domniemania *prima facie*, sposobu jego zastosowania przez polskie sądy powszechne w postępowaniu cywilnym dotyczącym odpowiedzialności odszkodowawczej oraz poglądów na jego temat wyrażonych w polskiej doktrynie.

Konstrukcja dowodu *prima facie* nie jest w polskiej doktrynie jednoznacznie wytłumaczona. Niejasności rodzi nie tylko brak podstawy prawnej do stosowania omawianego sposobu dowodzenia (można jednak wskazać pogląd wyrażony w doktrynie¹, według którego omawiany dowód można stosować bez zmiany ustawodawstwa na podstawie art. 231 k.p.c.), ale także jego pokrewieństwo z domniemaniami faktycznymi.

Pierwsza koncepcja definicyjna opiera się na dokonywaniu ustaleń faktycznych na podstawie okoliczności, które „same przez się” wskazują np. przyczynę wystąpienia określonego zdarzenia (*res ipsa loquitur*)². Dowód ten dotyczy spraw ewidentnych, których ocena może być tylko jedna. Podkreślenia wymaga jednak, że pomimo swojej ewidentności w danym stanie faktycznym okoliczności uprawdopodobnione za pomocą omawianego dowodu podlegają ocenie na podstawie całokształtu zebranego materiału dowodowego.

Druga propozycja wyjaśnienia konstrukcji tego dowodu opiera się na możliwości wywodzenia wniosków o faktach, które są istotne dla sprawy już z samego wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia tychże faktów. Nawiązuje ona ściśle do koncepcji dowodu pośredniego zbliżonego do dowodu poszlakowego stosowanego do wytłumaczenia istoty domniemań faktycznych³. W doktrynie pojawiają się jednak głosy, że jest to koncepcja, która w pewnym tylko stopniu ułatwia dowodzenie, ze względu na to, że dowód *prima facie* nie daje pewności co do zajścia pewnych okoliczności, a jedynie je uprawdopodobnia. Jest to znacząca różnica w stosunku do domniemania faktycznego, wymagającego pewności wniosków, na których zostało oparte. Dowód *prima facie* w takim ujęciu poprzestawałby na znacznym uprawdopodobnieniu dowodzonych faktów. Jest to zresztą jeden z głównych argumentów po stronie przedstawicieli

¹ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00)*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11 (vol. 4).

² B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemania faktyczne i reguły wnioskowania prima facie)*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2 (15 vol. 6), s. 112.

³ L. Morawski, *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, „Studia Prawnicze” 1980, z. 1–2 (63–64), s. 230.

doktryny, będących przeciwko omawianej konstrukcji. Należy jednak przyznać rację pogładowi⁴, który wskazuje, że wynik dowodzenia na podstawie *prima facie* ma taką samą wartość dla sądu jak każdy inny dowód, a uprawdopodobnienie, które postrzeżga się jako największy mankament przedmiotowego sposobu dowodzenia, wszak jest nieodłączną częścią procesu dowodzenia. Niezwykle rzadko i niezwykle trudno przeprowadzić dowód, który da stuprocentową pewność odnośnie do zajścia określonego zdarzenia. Przytoczyć można na poparcie niniejszego wniosku w tym miejscu pogląd wyrażony przez Z. Ziemińskiego: „Ustalenie faktów, uznanie jakichś zdań za prawdziwe w wyniku postępowania dowodowego przed sądem jest z reguły tylko uprawdopodobnieniem tych faktów w odpowiednio wysokim stopniu, dającym sędziemu praktyczną pewność w sprawie, nie opiera się jednak na dowodzie, na dowodzeniu w ścisłym tego słowa znaczeniu. Prawnicy często nie zdają sobie z tego sprawy. Termin «uprawdopodobnienie» używany jest przez prawników w innym znaczeniu, niż użyto go tu w poprzednim zdaniu; mówią oni o uprawdopodobnieniu wtedy, gdy chodzi o pewne wstępne, prowizoryczne ustalenia poprzedzające właściwe postępowanie dowodowe”⁵. Oprócz tego, o czym będzie jeszcze mowa dalej, dowód *prima facie* podlega swobodnej ocenie dokonywanej przez sąd jak każdy inny dowód na podstawie całego zebranego w sprawie materiału, nie można twierdzić, że jest to dowód niepotrzebny czy też w sposób arbitralny faworyzujący jedną ze stron, gdyż strona przeciwna będzie nadal miała możliwość przeprowadzenia dowodu przeciwnego na poparcie swoich twierdzeń. Dla potwierdzenia niniejszej tezy można przytoczyć pogląd⁶, że dowód ten może działać na korzyść zarówno powoda, jak i pozwanego (oczywiście w sprawach dotyczących szkód spowodowanych w procesie leczenia części ciała będącej korzystalsz z jego dobrodziejstw poszkodowany).

Trzecia spośród koncepcji dopuszcza zmianę ciężaru udowodnienia wynikającego z art. 6 k.c., przenosząc obowiązek udowodnienia jednej z hipotez konkurencyjnych na przeciwnika procesowego. Przykładem użycia dowodu *prima facie* opartym na ostatniej interpretacji, przywoływanym przez zwolennika niniejszej koncepcji – L. Morawskiego, jest orzeczenie Sądu Najwyższego z 13 września 1963 r. (sygn. akt I CR 3/63)⁷. Powołana sprawa oparta była na stanie faktycznym, w którym pacjent został poparzony w wyniku niedopilnowania przez personel medyczny procesu naświetlania promieniami. Poszkodowany udowodnił, że został poparzony, sąd natomiast w drodze dowodu *prima facie* przyjął, iż zostały udowodnione pozostałe przesłanki odpowiedzialności, tj. uszkodzenie ciała, ból fizyczny, krzywda moralna, wina sprawcy i związek przyczynowy. W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdził, że pacjent, udowodniwszy, iż był poddany naświetlaniu oraz że został poparzony, uprawdopodobnił także pozostałe przesłanki odpowiedzialności. Jest to więc konstrukcja przypominająca domniemanie prawne materialne, różniąca się od niego tym, że nie jest normą prawną⁸. Według obowiązujących reguł dowodzenia to na poszkodowanym spoczywa w toku postępowania odszkodowawczego udowodnienie wszystkich przesłanek z art. 415 k.c. Natomiast koncepcja

⁴ A. Stefaniak, *Dowód prima facie w procesie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1970, nr 10, s. 1462–1463.

⁵ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, wyd. XX, Warszawa 1997, s. 248.

⁶ A. Stefaniak, *Dowód prima facie*, s. 1455.

⁷ Por. L. Morawski, *Domniemanie faktyczne*, s. 231.

⁸ Tamże.

ta zwalniałaby go z dodatkowego potwierdzenia i eliminacji hipotez konkurencyjnych wobec wniosku wyprowadzonego z dowodu *prima facie* i ograniczałaby go do udowodnienia podstawy określonej zasady doświadczenia życiowego oraz w związku z powyższym przenosiłaby ciężar potwierdzenia jednej z hipotez konkurencyjnych i wykluczenia wniosku wynikającego z dowodu *prima facie* na drugą stronę⁹. Zgodzić się należy z szeroko w doktrynie występującymi poglądami postrzegającymi omówioną koncepcję jako kontrowersyjną¹⁰.

2. PRZYKŁADY STOSOWANIA DOWODU *PRIMA FACIE* W POLSKIM ORZECZNICTWIE

Dowód *prima facie* w polskiej judykaturze znalazł zastosowanie w sprawach związanych z tzw. zakażeniami szpitalnymi, zwłaszcza żółtaczką typu B oraz C czy gronkowcem złocistym.

Dla zobrazowania tej problematyki wskazać można wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie¹¹, w którym *expressis verbis* skład orzekający odwołał się do dowodu *prima facie* i na jego podstawie dokonał ustalenia okoliczności faktycznych sprawy, zwłaszcza zaś przyjął na jego gruncie za udowodniony adekwatny związek przyczynowy pomiędzy hospitalizacją powoda w szpitalu i niedołożeniem należytej staranności w tej jednostce a szkodą wynikłą z zachorowania na żółtaczkę. Warto bliżej przyjrzeć się stanowi faktycznemu, na jakim oparte zostało przedmiotowe orzeczenie. W niniejszej sprawie powódka była hospitalizowana na Oddziale Hematologii i Chorób Wewnętrznych Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego z rozpoznaniem ostrego odmiedniczkowego zapalenia nerek. Ponad dwa miesiące po wypisaniu ze szpitala trafiła ona na Oddział Obserwacyjno-Zakaźny innego szpitala z rozpoznaniem WZW typu B. W okresie pomiędzy leczeniem w pierwszej z wymienionych placówek a ostatnią hospitalizacją nie poddawała się żadnemu leczeniu, które mogłoby wymagać przerwania ciągłości skóry. Także wcześniej miała jedynie pobieraną krew do badań w przychodni. Fakty te w połączeniu z opinią biegłych oraz informacjami o znacznym wzroście liczby zachorowań osób wcześniej hospitalizowanych w pozwanym szpitalu pozwoliły przyjąć sądowi pierwszej instancji jego odpowiedzialność na podstawie konstrukcji winy anonimowej. Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanego i orzekł, że na gruncie dowodu *prima facie* powód dowiódł wysokiego prawdopodobieństwa zakażenia, a w związku z tym podkreślił, że obrona procesowa pozwanego nie osłabiła wspomnianego prawdopodobieństwa, gdyż poza zaprzeczeniem przesłanek nie wykazała, by miały miejsce inne równie lub bardziej prawdopodobne przyczyny infekcji, jednocześnie wskazując, że przy tak przeprowadzonym dowodzie przez powoda to do pozwanego należy udowodnienie hipotez konkurencyjnych. W mojej opinii nie można w przedmiotowej sprawie mówić o przerzuceniu ciężaru dowodu na stronę pozwaną, tak jak ma to

⁹ Tamże, s. 238.

¹⁰ R. Tarnacki, *Przeprowadzenie dowodu w cywilnym „procesie lekarskim”*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 2 (35, vol. 11), s. 79.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00), „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11 (vol. 4).

miejsce w trzeciej spośród powyżej przedstawionych koncepcji dowodu *prima facie*. Sąd po całościowej ocenie materiału dowodowego uznał przesłanki odpowiedzialności za udowodnione (w wystarczającym stopniu uprawdopodobnione), co nieuchronnie prowadzi do wniosku, że ciężar dowodu przeciwnego spoczywał na stronie pozwanej. Jest to naturalna kolej procesu cywilnego, strona, chcąc uchronić się od negatywnych skutków nieudowodnienia określonych faktów, musi (choć oczywiście prawnie nie jest do tego zobligowana, żadne konsekwencje prawne, oprócz przegrania procesu, jej nie spotkają) powoływać dowody, które wytrąca argumenty stronie przeciwnej, nie może ona ograniczyć się do prostego zaprzeczenia i liczyć na to, że powód ściśle nie udowodni okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W powołanej sprawie linia obrony pozwanego powinna, przy takiej wadze argumentów powoda, opierać się na wskazaniu innych możliwych miejsc zakażenia, innych źródeł, deprecjonując argumentację strony przeciwnej i wprowadzając niepewność do toku rozumowania, na którym oparte zostały wnioski. Na gruncie przedmiotowego orzeczenia należy zgodzić się także z tezą, że nie można wymagać ścisłego udowodnienia przez pacjenta, którądy choroba wniknęła do organizmu¹², i dlatego też zrozumiałe jest przyjęcie przez sąd, że przesłanki odpowiedzialności są uprawdopodobnione w wysokim stopniu. Omówiony przypadek odnosi się także do tzw. „bezpieczeństwa pobytu”, czy też „bezpieczeństwa hospitalizacji”. W głosie do omówionego orzeczenia przytoczony został wyrok¹³, w którym sąd orzekł, że zakład leczniczy jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu ochrony pacjentów przed niebezpieczeństwem zakażenia się chorobą zakaźną, a jeżeli naruszenie tego obowiązku powoduje zwiększenie ryzyka, zakład poniesie odpowiedzialność cywilną za powstałą szkodę, chyba że udowodni, iż szkoda jest następstwem innych okoliczności. Co więcej, według Glosatora, jeżeli spełnione zostaną określone przesłanki (brak należytej staranności, zdarzenie powodujące szkodę wydarzyło się w trakcie, gdy powód był pod kontrolą pozwanego oraz zachowywał się on biernie), zachodzi domniemanie winy i związku przyczynowego, które należy obalić, np. wskazując inne możliwe przyczyny powstania szkody. Brak takiego dowodu prowadzić będzie do przyjęcia przez sąd tezy wynikającej *prima facie*.

Problematyka dowodu *prima facie* została także poruszona w innym orzeczeniu Sądu Najwyższego, dotyczącym zakażenia pacjentki wirusem żółtaczkowy typu C¹⁴. Orzeczenie to pokazuje, że polskie sądy powszechne znają i stosują dowód *prima facie* zwłaszcza do dowodzenia w procesach lekarskich. Sąd Najwyższy podkreślił, że znajdzie on zastosowanie zwłaszcza w sytuacjach, w których z przepisów ustawy wynika, iż wymagane jest uprawdopodobnienie określonego faktu (jako przykład powołuje art. 736 § 1 pkt 2 k.p.c.), oraz kładzie nacisk na to, że jest to środek dowodowy taki sam, jak każdy inny podniesiony przez stronę w toku postępowania i w tym znaczeniu podlega swobodnej ocenie dokonanej przez sąd.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2000 r., sygn. akt V CKN 34/00, (w:) I. Adrych, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 17 maja 2007, III CSK, 429/06*, „Prawo i Medycyna” 2010, nr 2 (39, vol. 12).

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 października 1992 r. (I ACr 374/92), (w:) M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00)*.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2007 r., V CSK 477/06, LEX nr 470003.

3. POGŁĄDY DOKTRYNY NA STOSOWANIE DOWODU *PRIMA FACIE*

Dowód *prima facie* był przedmiotem bardzo wielu publikacji, bardzo różnie odnoszących się do jego stosowania, w niniejszej części artykułu chciałbym przedstawić Czytelnikowi komentarze przedstawicieli nauki prawa w odniesieniu do koncepcji teoretycznych tłumaczących mechanizm stosowania przedmiotowego sposobu dowodzenia.

Zacząć należy od ostatniej, wywołującej najwięcej kontrowersji z wcześniej przedstawionych koncepcji, popieranej przez L. Morawskiego (koncepcja trzecia). Reguły dowodzenia *prima facie* zbliżałyby ten dowód w omawianej konstrukcji do domniemań prawnych, ze względu na użycie dowodu przeciwności¹⁵ dla obalenia wniosków opartych na dowodzie *prima facie*, a nie przeciwnego, jak w przypadku sytuacji, w których na stronie nie ciąży ciężar dowodu, a jedynie jej celem jest uniemożliwienie stronie przeciwnej pewnego wykazania dowodzonych faktów. Ta podstawowa różnica pomiędzy domniemaniem faktycznym a dowodem *prima facie* prowadziłaby – według jej zwolenników – do pewnych ograniczeń w jego stosowaniu¹⁶. Z tak skonstruowanego dowodu *prima facie* można byłoby skorzystać, jeżeli przeprowadzenie dowodu na ogólnych zasadach byłoby niemożliwe, z przyczyn niezawinionych przez pacjenta, albo w przypadku gdy jest znacznie utrudnione w związku z niesumieinnym działaniem strony przeciwnej. Trzecią regułą dopuszczalności stosowania dowodu *prima facie* jest to, by postępowanie dotyczyło takiej dziedziny życia, w której jedna strona może być uznana za eksperta, a druga za laika¹⁷, co ma miejsce w procesach mających za przedmiot błąd medyczny, a stosowanie tego dowodu wyłączone byłoby w takiej konfiguracji przeciwko „słabszej” stronie postępowania.

Przyjęcie trzeciej koncepcji dowodu *prima facie* prowadziłoby do ułatwienia procesu dowodzenia pacjentowi. W podanym przykładzie zakażenia wirusem żółtaczki to na szpitalu spoczywałby obowiązek udowodnienia, że to nie on jest odpowiedzialny za powstałą szkodę, a wszelkie niepewności, fakty niedostatecznie wykazane przez szpital, a zmierzające do zwolnienia go z odpowiedzialności, musiałyby więc być tłumaczone na jego niekorzyść, gdyż to na szpitalu spoczywałby ciężar dowodu przeciwności. Tak skonstruowany dowód *prima facie* uelastyczałby proces dowodzenia i brałby pod uwagę względy moralne, co prowadzi do konkluzji¹⁸, że to właśnie względy aksjologiczne mają szczególny wpływ na przyjęcie tej konstrukcji, i pochwalić należy próby stosowania go w „procesach lekarskich”, które są szczególnie skomplikowane z dowodowego punktu widzenia. Uprawnione jest więc twierdzenie, że w przypadku przyjęcia trzeciej koncepcji dowodu *prima facie* różnica między nim a domniemaniem faktycznym sprowadza się do przeniesienia w przypadku omawianej konstrukcji ciężaru dowodu na stronę przeciwną. Należy przeciwstawić wyżej wyrażony pogląd reprezentowany przez L. Morawskiego poglądom A. Stefaniaka¹⁹.

¹⁵ Dowodem przeciwności jest dowód strony obciążonej ciężarem dowodu w znaczeniu materialnoprawnym zmierzającym do zaprzeczenia twierdzeniom, z których skutki prawne wywodzi przeciwnik w sporze, np. dowód zmierzający do obalenia wynikającego z art. 7 k.c. domniemania dobrej wiary.

¹⁶ L. Morawski, *Domniemania faktyczne*, s. 239.

¹⁷ Tamże, s. 239–240.

¹⁸ Tamże.

¹⁹ A. Stefaniak, *Dowód prima facie*, s. 1450.

Zgadza się on, że dowód *prima facie* używany może być przez stronę w tzw. *dura necessitas*, tzn. w przypadku, gdy stronie zabraknie źródeł informacji pozwalających na bezpośrednie wykazanie prawdziwości twierdzeń o faktach. Jednak jednocześnie podaje w wątpliwość to, czy dowód *prima facie* faktycznie przerzuca ciężar dowodu. Aby lepiej zrozumieć argumenty Autora, podkreślenia wymaga, że według jego koncepcji omawiany dowód służy do wykazania zachodzenia związku przyczynowego pomiędzy szkodą a zachowaniem sprawcy naruszenia. A. Stefaniak wskazuje, że na stronie nadal spoczywa obowiązek wykazania prawdziwości twierdzeń, które zgodnie z *onus probandi* powinna ona udowodnić, a jedynie wspomniany wyżej związek przyczynowy, który w świetle przytoczonego materiału dowodowego na „pierwszy rzut oka” zachodzi, nie wymaga z powodu trudności dowodowych ścisłego wykazania. Prowadzi to w myśl wywodów Autora do konstatacji, że rozkład ciężaru dowodu się nie zmienia, a jedynie modyfikacji podlega jego rozmiar, który zostaje ograniczony względem strony, która się nań powołuje. Mianowicie nie jest ona zobowiązana do ścisłego udowodnienia adekwatnego związku przyczynowego. Argumentacja ta wręcz idzie dalej, gdyż Autor podkreśla, że naturalna jest kolej rzeczy (co już zostało przeze mnie wyżej podkreślone), w której chcąc wygrać proces, strona przeciwna przytaczać będzie dowody przeciwne twierdzeniom wynikającym z dowodu *prima facie*, gdyż to na niej wówczas spoczywać będzie ciężar dowodu (art. 6 k.c.), a stan ten nie powoduje *de facto* jakiegoś nienaturalnego przerzucenia jego ciężaru, ale jest egzemplifikacją właśnie zasad kierujących *onus probandi*. Jest tak, gdyż ciężar dowodu faktów zmierzających do odparcia twierdzeń udowodnionych zawsze spoczywa na stronie przeciwnej, strona ta będzie zaś mogła powołać się na dowód przeciwny (a nie przeciwieństwa – jak w koncepcji L. Morawskiego), by wykazać swoje racje. Według mojej oceny jest to trafny pogląd, dowód *prima facie* stosowany dotychczas przez sądy polskie nie zmieniał rozkładu ciężaru dowodu, lecz jedynie umożliwiał przyjęcie za udowodnione pewnych przesłanek odpowiedzialności czy pewnych okoliczności faktycznych, których udowodnienie łączyłoby się z nadmiernymi trudnościami albo też wręcz byłoby niemożliwe, a w świetle zebranego materiału dowodowego zostało w wystarczającym stopniu uprawdopodobnione. Jednocześnie A. Stefaniak kontestuje konieczność stosowania pojęcia *prima facie*, stojąc na stanowisku, że należałoby zeń zrezygnować, ponieważ ma zagraniczne konotacje i nasuwa osobom nieobeznanym z doktryną przedmiotowego dowodu skojarzenia z powierzchownym potraktowaniem materiału dowodowego.

Odnotować należy jeszcze inny ważny głos w dyskusji nad omawianą problematyką. K. Piasecki²⁰ jest zdecydowanym przeciwnikiem stosowania dowodu *prima facie* w polskim procesie cywilnym. Jego głównym argumentem jest wspomniany wcześniej, często podnoszony mankament dowodu *prima facie*, mianowicie prowadzenie do uprawdopodobnienia dowodzonej tezy, nie zaś do jej pewnego wykazania. Autor sprowadza swój pogląd do stwierdzenia, że jeżeli dowód *prima facie* miałby służyć np. ekskulpacji, to

²⁰ K. Piasecki, *Dowód prima facie w procesie cywilnym i międzynarodowym procesie cywilnym*, (w:) *Studia z procesu cywilnego*, Katowice 1986, s. 156 i n. oraz tenże, *Praktyka dowodu prima facie w procesach mankowych*, „Nowe Prawo” 1960, nr 1, s. 50 i n.; *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom 1*, pod red. K. Piaseckiego, wyd. 4, Warszawa 2006, s. 1018.

nie mógłby ograniczać się do formuły: jeżeli „a”, to domniemywa się „b”. Jednocześnie przedstawiając swoje poglądy, podnosi on, że stosując omawiany sposób dowodzenia, nie da się uniknąć manipulacji ustawowo określonym rozkładem ciężaru dowodu i przez to naruszeniu podlegałaby kardynalna zasada prawa cywilnego. Jest to według niego przejaw szerszego zjawiska manipulacji normami prawnymi i stosowania tzw. zamaskowanych technik, niewynikających bezpośrednio z norm prawnych. Jednocześnie podkreśla, że zjawisko, które obserwujemy, związane jest z kryzysem tradycyjnego podejścia do odpowiedzialności cywilnej i próby szukania rozwiązań poza granicami ustawowymi, czego nie sposób aprobować.

W doktrynie²¹ podkreśla się, że w związku z ustawowym określeniem rozkładu ciężaru dowodu i wprowadzeniem przez ustawodawcę domniemań prawnych modyfikujących rozkład tego ciężaru dowód *prima facie*, jako pozbawiony podstawy normatywnej, nie powinien być stosowany przez judykaturę. Według argumentacji przedstawicieli nauki tego typu ułatwienie pozycji dowodowej powinno mieć uzasadnienie ustawowe, które przewidywałoby szczególne traktowanie rozkładu ciężaru dowodu w „procesach lekarskich”. Jego brak wraz z niejednorodnym stanowiskiem doktryny może budzić uzasadnione wątpliwości co do sytuacji, w których może zostać zastosowany. Inny pogląd²² stanowi, że w stanie faktycznym, w którym możliwe jest stosowanie dowodu *prima facie*, możliwe będzie również skonstruowanie domniemania faktycznego, które wszak znajduje oparcie w przepisach prawa oraz jest znanym i stosowanym sposobem dowodzenia. M. Sośniak podniósł natomiast, że idea dowodu *prima facie* wyczerpuje się w zasadzie swobodnej oceny dowodów oraz domniemań faktycznych i nie ma potrzeby wprowadzania pozaustawowej, obco brzmiącej nomenklatury do polskiego procesu cywilnego²³. Również inni autorzy²⁴ odwołują się do stosowania dowodu *prima facie*, wskazując głównie to, jak pojemna treściowo jest norma art. 231 k.p.c., za swój główny argument mają linię orzecznictwa Sądu Najwyższego, która stanowi, że sądowi wolno uznać dany fakt za udowodniony w przypadku dostatecznego jego uprawdopodobnienia. Za równie ugruntowaną można przyjąć omawianą instytucję, na którą równie często powołują się sądy powszechne oraz Sąd Najwyższy. Jednocześnie wskazać można pogląd, który dowód *prima facie* uznaje za swoisty zespół dyrektyw wypracowanych przez doktrynę i orzecznictwo, precyzujących ogólne zasady domniemań²⁵, dotyczących tego, jakie fakty w świetle zasad doświadczenia życiowego można uznać za wystarczającą podstawę do wnioskowania o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Inaczej mówiąc, jakie przesłanki muszą zaistnieć, by określony fakt mógł być ustalony przez sąd w toku przeprowadzonego postępowania dowodowego pomimo braku jego ścisłego udowodnienia.

²¹ B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich*; też, *Praktyka sądowa w sprawach cywilnych o zakażenia szpitalne (dowodzenie przesłanek odpowiedzialności oraz roszczenia przysługujące pacjentowi). Część I, Materiały z Konferencji Naukowo-Szkoleniowej „Zakażenia szpitalne – aspekty prawne, ubezpieczeniowe i «wizerunkowe»”, Warszawa, 26–27 lutego 2009 r.*, <http://prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=209>

²² B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich*, s. 127–128.

²³ M. Sośniak, *Zagadnienie związku przyczynowego a dowód prima facie w procesach lekarskich*, (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa–Wrocław 1967, s. 342–343.

²⁴ M. Zieliński, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, t. 1, Warszawa 2007, s. 409 i n.

²⁵ Tamże.

Pomimo krytyki w doktrynie nadal spotyka się pogląd, według którego dowód *prima facie* przenosi ciężar dowodu²⁶. H. Dolecki (jest on obok L. Morawskiego jednym z niewielu zwolenników tego poglądu) wskazuje również przesłanki aksjologiczne stosowania przedmiotowego domniemania, jak również podkreśla, że powoływana w toku postępowania opinia biegłego zazwyczaj podaje wiele hipotez odnoszących się do tego, z jakich przyczyn szkoda wynikła, utrudniając proces dowodzenia pacjentowi. W takiej sytuacji, gdyby nie ułatwienia dowodowe, jakie daje dowód *prima facie*, to hipotezy konkurencyjne musiałby wykluczyć sam pacjent, którego możliwości dowodowe w niektórych sytuacjach, zwłaszcza w zakresie źródeł zakażeń i błędów w leczeniu, są iluzoryczne. Według Autora i w związku z powyższymi argumentami dowód *prima facie* przenosi ciężar dowodu na „silniejszą” stronę postępowania, jaką jest podmiot profesjonalnie zajmujący się świadczeniem usług medycznych. Jednocześnie H. Dolecki podkreśla, że stosowanie dowodu *prima facie* winno być ograniczone jedynie do sytuacji wyjątkowych, w których nie ma możliwości przeprowadzenia dowodu w inny sposób.

W doktrynie można także wskazać przypadki, gdy autorzy dużych opracowań dotyczących postępowania cywilnego w ogólnie nie odnoszą się do problematyki dowodu *prima facie* lub podają charakterystyczne dla niego zastosowania w kontekście stosowania domniemań faktycznych²⁷.

Nie można jednak nie dostrzec innych głosów, które popierają stosowanie dowodu *prima facie*²⁸, jak również orzecznictwa sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, które się na tę konstrukcję powołują²⁹. Warto zwłaszcza zwrócić uwagę na pogląd M. Nesterowicza³⁰, który stwierdza, że można go stosować w przypadkach jaskrawych i oczywistych, nie zapominając jednocześnie, iż jest to nadal tylko jeden z dowodów, które podlegają ocenie sądu. Warto podkreślić, że także bieżące poglądy części doktryny akceptują stosowanie dowodu *prima facie*. Przykładem może być pogląd wyrażony przez M. Sieńko³¹, dopuszczający jego stosowanie w przypadkach *dura necessitas*, zwłaszcza w odniesieniu do wykazania związku przyczynowego, z zastrzeżeniem zachodzenia jego bardzo wysokiego prawdopodobieństwa.

²⁶ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Lex 2011, komentarz do art. 231.

²⁷ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2011, s. 414. W odniesieniu natomiast do przemilczenia tej problematyki jako przykład wskazać można publikację W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, wyd. 10, Warszawa 2008 oraz *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2008.

²⁸ I. Adrych, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 17 maja 2007 r.*, III CSK, 429/06; L. Morawski, *Domniemania faktyczne*; M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r.* (I ACa 69/00), s. 130 oraz tenże, *Prawo medyczne*, wyd. IX, Toruń 2010, s. 92 i n.; tenże, *Ciężar dowodu winy w procesach lekarskich*, „Państwo i Prawo” 1968, z. 4–5, s. 675 i n.

²⁹ Powołany uprzednio wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 r. (I ACa 69/00), „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11 (vol. 4), jak również wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (I ACa 208/98), wyrok Sądu Najwyższego (I CK 653/04) czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu (ACa 221/02), powołane w: I. Adrych, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 17 maja 2007 r.*, III CSK, 429/06, s. 144–145.

³⁰ M. Nesterowicz, *Ciężar dowodu winy*, s. 682.

³¹ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom 1 (art. 1–505³⁷)*, red. M. Manowska, Warszawa 2011, s. 497.

4. PRZEDMIOT DOWODU *PRIMA FACIE*

Analiza powyższych stanowisk doktryny, jak i powołanych przykładów z orzecznictwa prowadzi do konkluzji, że dowód ten jest bardzo pomocny w sprawach z zakresu odszkodowań za szkody wynikłe z procesu leczenia czy z zakażeń szpitalnych, jednak dostrzec można jednocześnie, że nie jest to sposób dowodzenia, który stosuje się zawsze, gdy tylko zajdą po temu przesłanki. Sądy stosują go jako ostateczność, gdy z jakichś względów nie da się w sposób pewny ustalić określonych elementów stanu faktycznego czy z całą pewnością przypisać przesłanek odpowiedzialności pozwanemu. W mojej ocenie jedno z rozstrzygnięć Sądu Najwyższego jest najbliższe oddaniu charakteru dowodu *prima facie*, zakreślając cel oraz rolę tegoż dowodu w prawie polskim³². W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy orzekł, że: „Środkiem służącym do dokonywania ustaleń faktycznych, zbliżonym do domniemania faktycznego, jest dowód *prima facie*. Dowód ten wykształcony został przez praktykę sądową, ma zastosowanie szczególnie w sprawach, w których udowodnienie okoliczności faktycznych jest niezwykle trudne (szkody mankowne, komunikacyjne, lekarskie). Dowód *prima facie* dotyczy okoliczności wskazujących na istnienie związku przyczynowo-skutkowego między określonymi zdarzeniami. Podstawę ustalenia takiego związku stanowi przekonanie sądu, oparte na doświadczeniu życiowym oraz wiedzy, że w typowym przebiegu zdarzeń, które po sobie nastąpiły, związek taki zwykle występuje. Jeśli strona, przeciwko której dowód *prima facie* działa, przeprowadzi dowód, że w konkretnych okolicznościach sprawy założony związek przyczynowo-skutkowy nie zachodzi lub że skutek został spowodowany inną przyczyną, to na założonej przez sąd więzi przyczynowo-skutkowej nie będzie można konstruować podstawy faktycznej rozstrzygnięcia”. Z powyższego orzeczenia wynika, że dowód *prima facie* jest akceptowanym sposobem dowodzenia w zakresie ustalenia związku przyczynowego. W powołanym orzeczeniu Sąd co prawda nie odniósł się bezpośrednio do kwestii przerzucania przez tenże dowód *onus probandi* na stronę przeciwną, jednak można zeń wnioskować, że nie dochodzi do tego. Strona przeciwna nadal może bronić się dowodem przeciwnym, podważając podstawy dowodu *prima facie* lub sam wynik wniosku. Pozytywnie należy odnieść się do takiej praktyki oraz zaaprobować ten sposób korzystania z dowodu *prima facie*.

Stanowisko doktryny w kwestii tego, co może zostać wykazane za pomocą omawianego dowodu, nie jest jednolite, można jednak wyróżnić dwa dominujące zapatrywania odnoszące się do tej kwestii³³. Pierwsze z nich, zbieżne z powołanym powyżej orzeczeniem Sądu Najwyższego, stanowi, że dowód *prima facie* służy udowodnieniu związku przyczynowego pomiędzy działaniem lub zaniechaniem a szkodą pacjenta³⁴, według drugiego użyteczność przedmiotowego środka dowodowego znajduje wyraz w udowodnieniu zawinięcia działania, jednak najszerze zastosowanie posiada on w orzecznictwie sądów, które stosuje go czasem do ustalenia, czy miało miejsce wyrzą-

³² Wyrok Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2004 r., sygn. akt I CK 653/04, LEX nr 369229.

³³ B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich*, s. 112.

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9 lutego 2000 r., I ACa 69/00, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11 (vol. 4); A. Stefaniak, *Dowód prima facie*, s. 1460 i n.; wyrok Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2004 r., sygn. akt I CK 653/04, LEX nr 369229.

dzenie szkody. Warto odnotować jednak głos w doktrynie³⁵ popierający takie stosowanie dowodu *prima facie* w sytuacji wyraźnie wskazującej na możliwość niedbalstwa lekarza, zwłaszcza w przypadkach pozostawienia ciał obcych w organizmie pacjenta, co stanowiłoby domniemanie faktyczne niedbalstwa pozwanego.

5. PODSUMOWANIE

Reasumując – według mojej oceny – sądy powinny starać się wstrzeźliwie opierać rozstrzygnięcia na dowodzie *prima facie*. Jednocześnie należy zgodzić się z wyrażonym w doktrynie zapatrywaniem, według którego obawa o efektywność stosowania domniemań faktycznych, ich krytyka jako zbyt łatwych do obalenia i tym samym poszukiwania alternatywnych metod dowodzenia, nie znajdują podstaw³⁶. W praktyce³⁷ obalenie domniemania faktycznego na podstawie zaistniałego stanu niepewności zachodzi dopiero wówczas, gdy wykazane zostaną konkretne fakty, które zaburzą model wnioskowania, nie znajdując więc podstaw do deprecjonowania roli, jaką pełnią one w toku spraw związanych z dochodzeniem roszczeń np. z błędów medycznych. Podkreślenia wymaga, że nie można oczekiwać, iż fakty zostaną wykazane z absolutną pewnością właściwą dla matematyki, gdyż celem dowodu jest wytworzenie u człowieka rozumnego i doświadczonego przekonania o prawdziwości tezy dowodu³⁸. Jednocześnie uznać należy wartość dowodu *prima facie*, zwłaszcza w przypadkach, w których zachodzą trudności dowodowe uniemożliwiające przeprowadzenie stronie dowodu związku przyczynowego oraz w niektórych przypadkach niedbalstwa. Tym samym przychyliam się do zakreślonego przez część doktryny i orzecznictwo polskie przedmiotu stosowania niniejszego dowodu. Stosowanie tego dowodu, choć nie jest pozbawione wątpliwości, nie zmienia reguł odpowiedzialności oraz nie doprowadza do nieprawidłowości, dlatego też postulat wyeliminowania go z praktyki sądowej uważam za wysoce niezasadny. Jednocześnie można starać się czynić zadość poglądom tak licznych przeciwników dowodu *prima facie*. Jednak nie można zaprzeczyć, że zmiany w postrzeganiu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu oraz zmiany w dowodzeniu w tychże procesach zaszły obecnie bardzo daleko. Jestem zwolennikiem traktowania wyżej przytoczonych przykładów z orzecznictwa oraz doktryny jako ustanowionych zasad doświadczenia życiowego (np. w odniesieniu do domniemania *prima facie* niedbalstwa lekarza zostawiającego ciało obce w polu operacyjnym) lub wytycznych pomagających w dowodzeniu, gdy brak innych bezpośrednich dowodów (przypadki związane z zakażeniami szpitalnymi i wykazywaniem związku przyczynowego). Prowadzić to będzie do uzyskania określonych, i tak poszukiwanych,

³⁵ M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, wyd. I, Warszawa–Poznań 1972, s. 105.

³⁶ B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich*, s. 128.

³⁷ Tamże, s. 128–129. W powołanym artykule Autorka podnosi, że spośród 11 zbadanych „spraw lekarskich”, których przedmiotem było dochodzenie naprawienia szkody powstałej w związku z leczeniem, gdzie wnioskowanie strony powodowej oparte było na domniemaniach faktycznych, aż 10 zakończyło się wyrokiem choćby w części uwzględniającym powództwo.

³⁸ R. Tarnacki, *Przeprowadzenie dowodu*, s. 82–83.

ułatwień dowodowych w „procesach lekarskich”, jednocześnie nie powodując naruszenia ciężaru dowodu.

Summary

Michał Białkowski

THE *PRIMA FACIE* EVIDENCE IN CIVIL PROCEEDING
INVOLVING DAMAGES OCCURRED DURING MEDICAL TREATMENT

The objective of this paper is to present main perspectives expressed by representatives of Polish legal doctrine as well as several examples of applications of *prima facie* evidence in legal cases submitted to Polish Supreme Court. Although not codified in Polish civil procedure *prima facie* evidence is applied in cases concerning claims for compensation for damages such as those occurred during medical treatment or inflicted by employees. The paper tries to answer whether *prima facie* evidence is needed during judicial proceedings or if legal means presented to parties of litigation by Polish legislation are sufficient enough to assert their rights.

KEY WORDS: *prima facie* evidence, medical malpractice, claim for compensation

POJĘCIA KLUCZOWE: dowód *prima facie*, błąd medyczny, roszczenie odszkodowawcze

UMOWA TZW. LEASINGU OPERACYJNEGO WYKSZTAŁCONA W KRAJOWEJ PRAKTYCE OBROTU GOSPODARCZEGO

I. WSTĘP

Kolejna – trzynasta już – rocznica wprowadzenia umowy leasingu¹ do Kodeksu cywilnego² skłania do refleksji nad skutkami wejścia w życie przepisów regulujących ten „nowy” typ umowy oraz analizy krajowej praktyki obrotu gospodarczego związanej z tą instytucją.

Nie sposób nie zauważyć, że kompleksowe unormowanie działalności leasingowej, do którego doszło na przełomie lat 2000 i 2001, doprowadziło do znacznego ustabilizowania sytuacji prawnej związanej z tą problematyką³. Nie oznacza to jednak, że regulacja ta rozwiązała wszelkie wątpliwości związane z problematyką leasingu. Co więcej, kilkudziesięcioletnia praktyka stosowania „nowych” przepisów prowadzi do wniosku, że pojawiły się kolejne komplikacje związane z przedmiotową tematyką, o czym świadczą m.in. coraz bardziej popularne postulaty *de lege ferenda* rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy leasingu⁴, wzmocnienia sytuacji prawnej korzystającego⁵ oraz wprowadzenia odpłatnej opcji własności⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, założyć można, że rozpoczęty w 2000 r. proces legislacyjny nie jest jeszcze procesem do końca zamkniętym.

Na szczególną uwagę zasługuje analiza kilkunastoletniej, krajowej praktyki obrotu gospodarczego związanej ze zjawiskiem określanym potocznie mianem leasingu operacyjnego, stanowiącym obecnie powszechnie stosowaną formę obrotu gospodarczego.

¹ Umowę leasingu zalicza się do umów empirycznych, których model został wykształcony przez praktykę obrotu gospodarczego – zob. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 943.

² 9 grudnia 2000 r. weszła w życie ustawa z dnia 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 74, poz. 857). Zważywszy na specyfikę leasingu, o którego popularności decydują w głównej mierze kwestie podatkowo-rachunkowe, nie sposób pominąć również kompleksowego unormowania działalności leasingowej na gruncie prawa podatkowego i rachunkowego – zob. ustawę z dnia 6 września 2001 r. o zmianie ustaw: o podatku dochodowym od osób fizycznych, o podatku dochodowym od osób prawnych, o podatku dochodowym od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. nr 106, poz. 1150) oraz ustawę z dnia 9 listopada 2000 r. o zmianie ustawy o rachunkowości (Dz.U. nr 113, poz. 1186).

³ Do czasu wejścia w życie ww. przepisów zaobserwować można było brak jednolitego poglądu odnośnie do istoty leasingu, co rodziło wiele negatywnych konsekwencji, w tym m.in. wysoki poziom niepewności prawnej co do skutków cywilno-podatkowych zawieranych umów leasingu.

⁴ Zob. Konwencja UNIDROIT z dnia 13 listopada 2008 r. – Prawo wzorcowe UNIDROIT dotyczące leasingu; J. Ciszewski, *Leasing nieruchomości – uwagi de lege lata i de lege ferenda. Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Wolters Kluwer 2012, s. 281–298; L. Piechnik, *O potrzebie nowelizacji umowy leasingu w kodeksie cywilnym*, „Radca Prawny” 2007, nr 4, s. 49–50.

⁵ Zob. Konwencja UNIDROIT z dnia 13 listopada 2008 r. – Prawo wzorcowe UNIDROIT dotyczące leasingu.

⁶ Zob. L. Piechnik, *O potrzebie*, s. 50–51.

Praktycznego znaczenia ww. zjawiska nie odzwierciedla aktualny stan nauki prawa. Dotychczasowe, pobieżne zainteresowanie rodzimej doktryny – a zwłaszcza cywilistyki – konstrukcją i kwalifikacją prawną zjawiska leasingu operacyjnego ogranicza się zwykle wyłącznie do leasingu operacyjnego wykształconego w amerykańskiej praktyce obrotu gospodarczego, które to zjawisko charakteryzowane jest najczęściej jako klasyczna umowa najmu lub dzierżawy⁷. Poza uwagą piśmiennictwa pozostaje jak dotąd problematyka związana z recepcją ww. zjawiska w krajowym obrocie gospodarczym. Skutkiem powyższego jest wiele problemów prawnych o charakterze teoretycznym i praktycznym. Aby usunąć przynajmniej część ww. wątpliwości prawnych, konieczne jest przeprowadzenie analizy krajowej praktyki obrotu związanej ze zjawiskiem określanym potocznie mianem leasingu operacyjnego w celu dokonania cywilnoprawnej kwalifikacji badanego stosunku prawnego oraz ustalenia jej konsekwencji. Analiza ta umożliwi uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy umowa kształtująca rozważany stosunek prawny różni się od innych umów nazwanych – a jeśli się różni, to jak dalece – czy też mieści się w istniejącym już typie umowy nazwanej (*contractus nominatus*). Podkreślić należy, że ustalenie charakteru prawnego stosunku zobowiązaniowego określanego mianem leasingu operacyjnego jest nieodzowne w procesie stosowania i tworzenia prawa, a wynik kwalifikacji umożliwi polskiemu ustawodawcy podjęcie decyzji w sprawie ewentualnej potrzeby i sposobu uregulowania tego stosunku w Kodeksie cywilnym. Od wyniku kwalifikacji cywilnoprawnej umowy tzw. leasingu operacyjnego zależeć będzie, jakie przepisy prawne znajdą do niej zastosowanie.

II. CHARAKTER PRAWNY LEASINGU OPERACYJNEGO WYKSZTAŁCONEGO W KRAJOWEJ PRAKTYCE OBROTU GOSPODARCZEGO

Kwalifikacja cywilnoprawna leasingu operacyjnego wykształconego w krajowej praktyce obrotu gospodarczego⁸ wymaga uprzedniego ustalenia podstawowej struktury zobowiązaniowej oraz funkcji i celu społeczno-gospodarczego tego stosunku na podstawie wyników badań krajowej praktyki umownej, uwzględniającej rozwiązania z zakresu prawa podatkowego i rachunkowości.

Analiza krajowej praktyki umownej związanej z umową tzw. leasingu operacyjnego prowadzi do wniosku, że cel związany z zawarciem umowy tzw. leasingu operacyjnego polega na zapewnieniu korzystającemu używania i ewentualnie pobierania pożytków dobra, wskazanego przez korzystającego, przez znaczną część lub nawet całość okresu gospodarczej używalności tego dobra – po uprzednim nabyciu tego dobra przez finansującego – w zamian za płatne w ratach wynagrodzenie, pokrywające koszty związane z nabyciem dobra i zysk finansującego. Natomiast funkcja społeczno-gospodarcza umowy tzw. leasingu operacyjnego polega na świadczeniu usługi nabycia dobra od podmiotu trzeciego, kredytowaniu wartości tego dobra poprzez wyłożenie środków pieniężnych

⁷ Zob. L. Piechnik, *Leasing operacyjny*, „Radca Prawny” 2010, nr 5, s. 31–41 wraz z cytowaną tam literaturą.

⁸ Podkreślić należy opinię, zgodnie z którą „przyjęcie koncepcji umowy nazwanej, jaką stał się leasing, nie wyklucza innych rozwiązań w oparciu o art. 353¹ k.c. i ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, choćby w oparciu o koncepcję leasingu operacyjnego, tj. takiego, jaki jest zawierany na okres krótszy od czasu amortyzacji rzeczy” – zob. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, s. 941.

na jego nabycie oraz umożliwieniu zużycia go w przeważającej części lub nawet w całości przez korzystającego w zamian za wynagrodzenie płatne w terminie późniejszym od odebrania dobra przez korzystającego. Konsekwencją ustalenia podstawowej struktury zobowiązaniowej oraz funkcji i celu społeczno-gospodarczego stosunku tzw. leasingu operacyjnego jest możliwość zdefiniowania umowy w ten sposób, że przez umowę tzw. leasingu operacyjnego finansujący zobowiązuje się nabyć określone dobro od podmiotu trzeciego i oddać je korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas stanowiący znaczną część okresu gospodarczej używalności tego dobra, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych częściach sumę pieniędzy, odpowiadającą kosztom i zyskom finansującego, związanym z nabyciem dobra. Powyższa definicja pozwala zaliczyć umowę tzw. leasingu operacyjnego do kategorii umów polskiego prawa cywilnego o charakterze dwustronnie zobowiązującym, wzajemnym, konsensualnym, kauzalnym i odpłatnym.

Analiza krajowej praktyki umownej związanej z umową tzw. leasingu operacyjnego powinna zostać przeprowadzona przy uwzględnieniu szczegółowych regulacji z zakresu prawa podatkowego i rachunkowości, mających podstawowe znaczenie dla praktycznego wykorzystania leasingu w obrocie gospodarczym. Wynik badań przepisów podatkowo-rachunkowych prowadzi do wniosku, że o kwalifikacji umowy tzw. leasingu operacyjnego przesądzają różne kryteria, co jest powodem niepotrzebnych wątpliwości i nieporozumień. W przypadku przepisów podatkowych decydujące znaczenie dla rozróżnienia dla celów podatkowych umowy tzw. leasingu operacyjnego i finansowego odgrywa to, która ze stron umowy uprawniona jest do dokonywania odpisów amortyzacyjnych. Umowa leasingu zawierająca postanowienie, zgodnie z którym odpisów amortyzacyjnych w podstawowym okresie tejże umowy dokonuje korzystający, jest kwalifikowana jako umowa leasingu finansowego⁹. Natomiast umowa zawierająca postanowienie, zgodnie z którym odpisów amortyzacyjnych w podstawowym okresie tejże umowy dokonuje finansujący, lub umowa niezawierająca żadnego postanowienia w ww. zakresie traktowana jest jako umowa tzw. leasingu operacyjnego¹⁰. W odróżnieniu od przepisów podatkowych podstawę rozróżnienia umowy tzw. leasingu operacyjnego i finansowego w ustawie o rachunkowości stanowi kryterium ryzyka i korzyści. Jeżeli umowa leasingu nie przewiduje zasadniczo przeniesienia ryzyka i korzyści związanych z jej przedmiotem na korzystającego, wówczas – z rachunkowego punktu widzenia – mamy do czynienia z umową tzw. leasingu operacyjnego. Natomiast w przypadku, gdy umowa leasingu przenosi ryzyko i korzyści związane z jej przedmiotem na korzystającego, traktowana jest ona jako umowa leasingu finansowego¹¹.

⁹ Zob. art. 17f ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 74, poz. 397 ze zm., dalej: UPDOP); art. 23f ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm., dalej: UPDOF). Podkreślić należy, że korzystającym w rozumieniu ww. przepisów nie jest osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 17f ust. 1 pkt 3 ppkt b) UPDOP oraz art. 23f ust. 1 pkt 3 ppkt b) UPDOF w przypadku, gdy korzystającym jest osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej, umowa powinna zawierać postanowienie, że w podstawowym okresie umowy leasingu finansujący rezygnuje z dokonywania odpisów amortyzacyjnych.

¹⁰ Zob. art. 17b ust. 1 UPDOP oraz art. 23b ust. 1 UPDOF.

¹¹ Zob. art. 3 ust. 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 330 ze zm.).

III. PORÓWNANIE UMOWY TZW. LEASINGU OPERACYJNEGO Z NAJBARDZIEJ DO NIEJ ZBLIŻONYMI UMOWAMI NAZWANYMI

W związku z faktem, że umowa tzw. leasingu operacyjnego wykazuje pewne cechy wspólne z innymi umowami nazwanymi, w szczególności z umową leasingu oraz umową najmu i dzierżawy, powstaje wątpliwość, czy umowa ta powinna być uznawana za jedną z typowych ww. umów – bądź też jej odmianę, czy też traktowana powinna być jako umowa nienazwana (*contractus innominatus*), a w takim przypadku: czy zasadne jest stosowanie do tej umowy *per analogiam* przepisów 709¹–709¹⁸ Kodeksu cywilnego, czy też przepisów odnoszących się do umowy najmu, dzierżawy lub innej umowy nazwanej. W celu uzyskania odpowiedzi na powyższe pytanie należy dokonać porównania umowy tzw. leasingu operacyjnego z umowami nazwanymi w polskim prawie, z którymi jest ona najbardziej zbliżona, tj. z umową najmu, dzierżawy, sprzedaży oraz umową pożyczki, zlecenia i komisu. Porównywanie z pozostałymi umowami nazwanymi prawa polskiego wydaje się nieuzasadnione z powodu dużo mniejszego podobieństwa tychże umów. Dodać należy, że ewentualne zakwalifikowanie umowy tzw. leasingu operacyjnego jako jednej z umów nazwanych umożliwi ustalenie jej reżimu cywilnoprawnego, tworzonoego przez przepisy prawa, które powinny znaleźć do niej zastosowanie, co wpłynie na wypełnienie luk istniejących w treści umowy ukształtowanej przez strony.

Za zakwalifikowaniem umowy tzw. leasingu operacyjnego jako umowy sprzedaży przemawia zbliżony interes finansującego i sprzedającego, polegający na osiągnięciu zysku w wyniku obrotu przedmiotem tychże umów. Obie ww. umowy mają charakter umów konsensualnych, odpłatnych i wzajemnych. Ponadto finansujący – podobnie jak sprzedający – nie ponosi z reguły ryzyka przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu umowy z momentem wydania go korzystającemu. Podkreślenia wymaga również znaczne ograniczenie – na rzecz korzystającego – odpowiedzialności finansującego z tytułu wad przedmiotu umowy, co upodabnia sytuację korzystającego do pozycji prawnej właściciela tego przedmiotu. Dodatkowo, wynagrodzenie uiszczane finansującemu przez korzystającego w ratach oraz „opcja własności” sugerować może, że mamy do czynienia z umową sprzedaży na raty, z zastrzeżeniem prawa własności¹². Dowodem na powyższe może być to, że świadczenia korzystającego – podobnie jak kupującego – mają charakter świadczeń jednorazowych, które zostały rozłożone na raty. Mimo przedstawionych wyżej argumentów utożsamienie umowy tzw. leasingu operacyjnego z umową sprzedaży jest niemożliwe z powodu społeczno-gospodarczego celu pierwszej z ww. umów, którym nie jest przeniesienie na korzystającego prawa własności przedmiotu tejże umowy. Skutkuje to tym, że właścicielem – przez cały czas trwania umowy – jest finansujący, a korzystającemu nie przysługują uprawnienia do pełnego korzystania i rozporządzania przedmiotem umowy, lecz tylko uprawnienia do używania bądź używania i pobierania pożytków. Opisane wyżej cechy, które upodabniają umowę tzw. leasingu operacyjnego do umowy sprzedaży, mają charakter drugorzędny i nie mogą przesądzać o naturze prawnej umowy tzw. leasingu operacyjnego. Dodać należy, że funkcja kredytowania w postaci rozłożenia świadczenia jednorazowego na raty,

¹² Zob. art. 583 § 1 w związku z art. 589 Kodeksu cywilnego.

która stanowi *essentialia negotii* umowy tzw. leasingu operacyjnego, jest tylko podstawą do wyróżnienia jednej z odmian umowy sprzedaży. Ponadto w związku z tym, że korzystający nie staje się automatycznie właścicielem przedmiotu umowy z momentem zapłaty ostatniej raty leasingowej, umowy tzw. leasingu operacyjnego nie sposób uznać za jedną z odmian umowy sprzedaży, o których mowa powyżej.

Jeżeli skupimy się na funkcji kredytowania¹³ przez finansującego inwestycji korzystającego, mogą pojawić się próby zaszeregowania umowy tzw. leasingu operacyjnego jako umowy pożyczki lub umowy kredytu bankowego. Przemawiać za tym może również fakt, że finansujący, podobnie jak kredytodawca i dający pożyczkę, nie ponosi bezpośredniej odpowiedzialności za niepowodzenie inwestycji korzystającego. Ponadto umowę tzw. leasingu operacyjnego upodabnia *prima facie* do umowy pożyczki – a zwłaszcza do umowy kredytu bankowego – charakter świadczenia korzystającego, który zobowiązuje się do zapłaty finansującemu wynagrodzenia pieniężnego i zwrotu przedmiotu umowy, co można próbować uznać za odpowiednik zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z zapłatą odsetek i prowizji, który to obowiązek obciąża kredytobiorcę. Umowy tzw. leasingu operacyjnego nie można jednak zakwalifikować jako umowy kredytu bankowego lub umowy pożyczki m.in. z tego powodu, że przedmiotem umowy o kredyt bankowy może być wyłącznie określona kwota środków pieniężnych, a umowy pożyczki – określona ilość pieniędzy lub rzeczy oznaczonych co do gatunku, natomiast przedmiotem umowy tzw. leasingu operacyjnego mogą być zarówno rzeczy ruchome, jak i nieruchomości, które są z reguły oznaczone co do tożsamości. Ponadto umowa tzw. leasingu operacyjnego ma charakter odpłatny, co nie stanowi przedmiotowo istotnego elementu umowy pożyczki. Dodać należy również, że finansujący nie zobowiązuje się do przeniesienia prawa własności przedmiotu umowy na korzystającego, jak to ma miejsce w umowie pożyczki. Inaczej też przedstawiają się obowiązki stron związane z zakończeniem okresu trwania ww. umów, gdyż biorący pożyczkę zobowiązany jest do zwrotu jej przedmiotu tej samej jakości, a na korzystającym – w przypadku nieskorzystania przez niego z uprawnienia wynikającego z opcji własności – ciąży obowiązek zwrotu przedmiotu w stanie nie pogorszonym. Co istotne, w odróżnieniu od umowy tzw. leasingu operacyjnego umowie pożyczki i kredytu bankowego brak charakteru wzajemnego w rozumieniu art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego. Na podstawie przeprowadzonej analizy, mimo wykluczenia możliwości zaszeregowania umowy pożyczki i kredytu bankowego jako umowy tzw. leasingu operacyjnego, uzasadnione wydaje się być uznanie charakteru kredytowego tejże umowy, której celem społeczno-gospodarczym jest oddanie określonego dobra do używania bądź używania i pobierania pożytków w zamian za wynagrodzenie płatne w ratach, obejmujące wartość tego dobra i zysk finansującego.

Nieuzasadnione wydają się być również próby zakwalifikowania umowy tzw. leasingu operacyjnego jako umowy zlecenia bądź umowy komisji. Przyjmując taką kwalifikację, uznać należałoby, że finansujący dokonuje zakupu przedmiotu umowy we własnym imieniu, ale na rachunek korzystającego, a w czasie trwania tejże umowy zachowuje prawo własności tego przedmiotu również na rachunek korzystającego, świadcząc

¹³ Zgodnie ze zdaniem większości doktryny każda odmiana leasingu wykazuje pewne cechy kredytu (finansowania) – zob. J. Poczobut, *Umowa leasingu*, Warszawa 2002, s. 32–33; K. Kruczałak, *Leasing*, Sopot 1999, s. 86; L. Stecki, *Leasing*, Toruń 1999, s. 242.

usługę w wykonaniu zobowiązania umownego. Fakt zakupu przedmiotu umowy tzw. leasingu operacyjnego przez finansującego nie może jednak przesądzać o działaniu finansującego na cudzy rachunek. Ponadto cel społeczno-gospodarczy umowy tzw. leasingu operacyjnego, a także treść takiej umowy, wskazują zazwyczaj *expressis verbis*, że w intencji finansującego jest działanie na własny rachunek, co pozwala zarówno jemu, jak i korzystającemu na osiągnięcie stosownych korzyści podatkowych przewidzianych w przepisach podatkowych. Podkreślić należy również, że finansujący nie zobowiązuje się do przeniesienia prawa własności przedmiotu umowy na korzystającego po jego nabyciu, co stanowi podstawowy obowiązek komisanta wobec komitenta. Dodatkowo umowa tzw. leasingu operacyjnego, w odróżnieniu od umowy zlecenia i komisu, ma charakter odpłatny. Nie można pominąć również diametralnych różnic, jakie zachodzą między ww. umowami w zakresie prawa do ich wypowiedzenia. Przypomnieć należy, że prawo wypowiedzenia umowy tzw. leasingu operacyjnego przysługuje głównie finansującemu w przypadku wystąpienia szczególnych okoliczności, jako sankcja za naruszenie przez korzystającego ciężących na nim zobowiązań. Natomiast wypowiedzenie umowy zlecenia i komisu może być wykonane przez którąkolwiek ze stron tych umów w każdym czasie i nie jest uzależnione w żaden sposób od naruszenia przez którąś ze stron ciężących na niej zobowiązań. Kolejną cechą odróżniającą umowę tzw. leasingu operacyjnego od wyżej wymienionych umów jest to, że zawierana jest ona wyłącznie na czas oznaczony.

Szczegółowe porównanie charakteru prawnego umowy tzw. leasingu operacyjnego i umowy najmu oraz dzierżawy uwydatnia wiele istotnych różnic istniejących między tymi umowami, z których na szczególną uwagę zasługuje przede wszystkim odmienna funkcja i cel społeczno-gospodarczy. Celem umowy tzw. leasingu operacyjnego jest nie tylko zapewnienie korzystającemu używania i ewentualnie pobierania pożytków wskazanego przez niego dobra, ale również umożliwienie zużycia go w przeważającej części lub w całości przez korzystającego, czyli tzw. wyzyskanie wartości użytkowej dobra. W odróżnieniu od umowy tzw. leasingu operacyjnego celem najmu i dzierżawy nie jest całkowite zużycie przedmiotu tej umowy, a jedynie zapewnienie używania tego przedmiotu. Ponadto funkcja społeczno-gospodarcza umowy tzw. leasingu operacyjnego polega na świadczeniu usługi nabycia dobra od podmiotu trzeciego, kredytowaniu wartości tego dobra poprzez wyłożenie środków pieniężnych na jego nabycie w zamian za wynagrodzenie płatne w terminie późniejszym od odebrania dobra przez korzystającego, pokrywające koszty związane z nabyciem dobra i zysk finansującego. Ani najem, ani też dzierżawa nie zawierają ww. elementu kredytowego. Obowiązek nabycia dobra będącego przedmiotem konkretnej umowy najmu lub dzierżawy nie stanowi jej elementu przedmiotowo istotnego, a strona wydająca przedmiot jednej z ww. umów nie uzyskuje pełnego zwrotu nakładów poniesionych w związku z nabyciem tego przedmiotu. Zauważyć należy, że element kredytowy występujący w umowie tzw. leasingu operacyjnego wpływa na zróżnicowany charakter opłat świadczonych przez stronę, której wydano przedmiot umowy, gdyż świadczenie korzystającego ma charakter jednorazowy¹⁴, spełniany częściami, a świadczenie najemcy i dzierżawcy przyjmuje charakter okresowy,

¹⁴ Zob. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2010, s. 158; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, s. 948.

nie stanowiąc ekwiwalentu wartości przedmiotu danej umowy. Ponadto, w odróżnieniu od umowy tzw. leasingu operacyjnego, zawieranej na czas oznaczony odpowiadający znacznemu lub całemu okresowi gospodarczej używalności przedmiotu umowy, najem i dzierżawa mogą być zawierane na czas oznaczony lub nieoznaczony, przy czym czas ten nie pokrywa się z reguły z okresem gospodarczej używalności przedmiotu tychże umów, a tym samym nie dochodzi do całkowitego zużycia tego przedmiotu. W związku z powyższym jedna i ta sama rzecz jest zazwyczaj przedmiotem wielu umów najmu lub dzierżawy, przy czym stroną, której wydano przedmiot tychże umów, jest na ogół inny podmiot prawny. Podkreślenia wymaga fakt, że w najmie i dzierżawie niezmiernie rzadko zaobserwować można opcję własności, gdyż po okresie obowiązywania tychże umów nie dochodzi z reguły do przeniesienia własności ich przedmiotu na stronę, której przedmiot ten został wydany. Inaczej kształtują się również inne prawa i obowiązki stron umowy tzw. leasingu operacyjnego, najmu i dzierżawy, w tym w szczególności w zakresie odpowiedzialności za przydatność przedmiotu umowy do umówionego użytku¹⁵ oraz ryzyka związanego z utrzymaniem tego przedmiotu w należytym stanie, które w przypadku umowy tzw. leasingu operacyjnego ciąży na korzystającym. Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku najmu i dzierżawy nie dochodzi do automatycznego przejścia na najemcę lub dzierżawcę uprawnień z tytułu wad przedmiotu umowy względem zbywcy, co jest regułą w umowie tzw. leasingu operacyjnego. Inaczej też ukształtowane jest prawo najemcy i korzystającego do oddania w używanie osobie trzeciej przedmiotu umowy najmu¹⁶ i umowy tzw. leasingu operacyjnego¹⁷. Warto również zwrócić uwagę na łatwość w rozwiązaniu za wypowiedzeniem najmu i dzierżawy, w odróżnieniu od umowy tzw. leasingu operacyjnego, gdzie rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem stanowi wyjątkową okoliczność, stanowiącą sankcję związaną z niewykonywaniem obowiązków przez korzystającego. W takim przypadku finansującemu przysługuje wyjątkowe uprawnienie żądania zapłaty wszystkich pozostałych do zapłaty rat leasingowych, pomniejszonych o korzyści związane z wcześniejszym zakończeniem umowy. Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że mimo podobieństw ww. umów nie sposób zakwalifikować umowy tzw. leasingu operacyjnego jako najmu lub dzierżawy, w szczególności ze względu na zasadnicze różnice związane ze społeczno-gospodarczym celem i funkcją ww. umów, których konsekwencją jest odmienna treść praw i obowiązków stron tychże umów.

Porównanie natury prawnej umowy leasingu z umową tzw. leasingu operacyjnego prowadzi do wniosku, że umowy te wykazują uderzające podobieństwo. Przejawia się ono w szczególności w zbieżnym celu społeczno-gospodarczym, tj. czasowym oddaniu przez finansującego oznaczonego przedmiotu tychże umów do używania lub używania i pobierania pożytków przez korzystającego, umożliwiającym korzystającemu zużycie tego przedmiotu w przeważającej części lub w całości, w zamian za wynagrodzenie pokrywające koszty związane z nabyciem tego przedmiotu i zysk finansującego. Identyczna jest również funkcja społeczno-gospodarcza ww. umów, która polega na

¹⁵ Finansujący nie ponosi wobec korzystającego odpowiedzialności za przydatność przedmiotu umowy do umówionego użytku.

¹⁶ Najemca może rzecz najętą oddać w całości lub części osobie trzeciej do bezpłatnego używania albo w podnajem, jeżeli umowa mu tego nie zabrania – zob. 668 § 1 Kodeksu cywilnego.

¹⁷ Oddanie przedmiotu umowy leasingu osobie trzeciej wymaga zgody finansującego.

świadczeniu usługi nabycia rzeczy od podmiotu trzeciego, kredytowaniu wartości tego dobra poprzez wyłożenie środków pieniężnych na jego nabycie w zamian za ratalne wynagrodzenie płatne w terminie późniejszym od odebrania przedmiotu umowy przez korzystającego. Elementem przedmiotowo istotnym obydwu ww. umów jest obowiązek nabycia¹⁸ przedmiotu umowy. Ponadto strona wydająca ten przedmiot uzyskuje pełny zwrot nakładów poniesionych w związku z jego nabyciem. Element kredytowy występujący w ww. umowach wpływa na jednakową charakterystykę opłat świadczonych przez stronę, której wydano przedmiot umowy, gdyż świadczenie tejże strony ma charakter jednorazowy spełniany częściami, stanowiąc jednocześnie ekwiwalent wartości przedmiotu danej umowy. Zarówno umowa leasingu, jak i umowa tzw. leasingu operacyjnego zawierana jest na czas oznaczony, odpowiadający znacznemu lub całemu okresowi gospodarczej używalności przedmiotu tejże umowy, a tym samym dochodzi do znacznego lub całkowitego jego zużycia. W związku z powyższym w trakcie jednej umowy finansujący uzyskuje pełny zwrot nakładów poniesionych w związku z nabyciem jej przedmiotu. Podobnie kształtują się również inne prawa i obowiązki stron ww. umów, w tym w szczególności w zakresie odpowiedzialności za przydatność przedmiotu umowy do umówionego użytku oraz ryzyka związanego z utrzymaniem tego przedmiotu w należytym stanie, który to obowiązek ciąży na korzystającym. Jedną z cech charakterystycznych obydwu umów jest to, że finansujący nie odpowiada za wady przedmiotu umowy, chyba że powstały one na skutek okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Podkreślenia wymaga fakt, że w obydwu umowach dochodzi do automatycznego przejścia na korzystającego uprawnień z tytułu wad przedmiotu umowy względem zbywcy. Zauważyć należy, że podobnie jest też ukształtowane prawo korzystającego oddania przedmiotu umowy do używania osobie trzeciej, a także dokonywania w nim zmian, gdyż nie mogą być one wykonywane bez zgody finansującego. Wskazane powyżej umowy zbliża do siebie również fakt, że ich rozwiązanie za wypowiedzeniem stanowi wyjątkową okoliczność, stanowiącą sankcję związaną z niewykonywaniem obowiązków przez korzystającego. Sankcja ta związana jest z dodatkowym uprawnieniem finansującego, polegającym na żądaniu zapłaty wszystkich pozostałych do zapłaty rat leasingowych, pomniejszonych o korzyści związane z wcześniejszym zakończeniem umowy. Kolejnym podobieństwem jest to, że w czasie obowiązywania ww. umów nie dochodzi do przeniesienia własności ich przedmiotu na korzystającego. Zawierają one jednak zwykle opcję własności, która umożliwia – po okresie obowiązywania danej umowy – przeniesienie własności przedmiotu tejże umowy na korzystającego. Kolejnym punktem zbieżnym ww. umów jest możliwość zaliczenia ich do kategorii umów dwustronnie zobowiązujących, konsensualnych, odpłatnych, kauzalnych i wzajemnych, w których obowiązują podobne zasady związane z odbiorem przedmiotu tychże umów po zakończeniu ich obowiązywania. Nieliczne różnice, które zaobserwować można między umową tzw. leasingu operacyjnego a umową leasingu, mają z reguły drugorzędny charakter. Do najistotniejszych z nich zaliczyć należy przede wszystkim szerszy zakres przedmiotowy umowy tzw. leasingu operacyjnego, której

¹⁸ Warto zwrócić uwagę na opinię obejmującą pojęciem „nabycie” tylko przypadki odpłatnego uzyskania prawa własności, wyłączając tym samym nabycie na podstawie darowizny – zob. K. Kopaczyńska-Pieczniak, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom III, Warszawa 2010, s. 510.

przedmiotem może być nie tylko rzecz, ale również wartości niematerialne i prawne. Ponadto wynagrodzenie finansującego w umowie tzw. leasingu operacyjnego obejmuje nie tylko zwrot kosztów finansującego związanych z nabyciem przedmiotu umowy, lecz również zysk finansującego. Zauważyć należy również minimalny czas trwania umowy tzw. leasingu operacyjnego, który stanowi nie mniej niż 40% normatywnego okresu amortyzacji, jeżeli przedmiotem umowy są podlegające odpisom amortyzacyjnym rzeczy ruchome lub wartości niematerialne i prawne¹⁹. Natomiast w przypadku, gdy przedmiotem umowy tzw. leasingu operacyjnego jest podlegająca amortyzacji nieruchomość, okres ten wynosi co najmniej pięć lat²⁰. Podkreślenia wymaga, że Kodeks cywilny nie przesądza o długości okresu umowy leasingu, pozostawiając jego ustalenie zgodnej woli stron, co umożliwia zawarcie umowy leasingu na cały okres gospodarczej używalności rzeczy. Warto zwrócić uwagę na odpłatną – w odróżnieniu od umowy leasingu – opcję własności stosowaną w umowach tzw. leasingu operacyjnego²¹. Wszystkie ww. różnice między umową tzw. leasingu operacyjnego a umową leasingu mają bezpośredni związek z regulacjami podatkowo-rachunkowymi, decydującymi o praktycznym wykorzystaniu leasingu w obrocie gospodarczym.

IV. KONKLUZJA

Analiza charakteru prawnego umowy tzw. leasingu operacyjnego oraz porównanie tejże umowy z najbardziej do niej zbliżonymi umowami nazwanymi, przewidzianymi polskimi regulacjami prawnymi, prowadzi do wniosku, zgodnie z którym nieuzasadnione jest kwalifikowanie umowy tzw. leasingu operacyjnego jako umowy sprzedaży, najmu, dzierżawy, pożyczki, kredytu, czy też zlecenia lub komisju. Przemawia za tym w szczególności odmienny charakter, cel i funkcja społeczno-gospodarcza ww. umów, a w konsekwencji odmienna treść praw i obowiązków stron tychże umów. Wynik rozważań treści umów tzw. leasingu operacyjnego stosowanych w praktyce obrotu gospodarczego w Polsce wskazuje, że najbardziej zasadne jest zakwalifikowanie tejże umowy jako umowy podobnej do leasingu. Przemawia za tym fakt, że wyodrębnione elementy przedmiotowo i podmiotowo istotne umowy tzw. leasingu operacyjnego pokrywają się z większością tychże elementów umowy leasingu. Podkreślić należy zbieżny cel społeczno-gospodarczy, polegający na czasowym oddaniu korzystającemu oznaczonego przedmiotu umowy do używania lub używania i pobierania pożytków, umożliwiający korzystającemu zużycie tego przedmiotu w przeważającej części lub w całości w zamian

¹⁹ Zob. art. 17b ust. 1 pkt 1 UPDOP oraz art. 23b ust. 1 pkt 1 UPDOF. Zgodnie z art. 17b ust. 1 pkt 2 UPDOP oraz art. 23b ust. 1 pkt 2 UPDOF w przypadku, gdy korzystającym jest osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej, umowa leasingu powinna być zawarta na czas oznaczony. Uwagę zwraca opinia, zgodnie z którą czas trwania leasingu powinien być zbliżony do okresu amortyzacji rzeczy, co nie stanowi jednak przeszkody w ustaleniu przez strony krótszego okresu, na jaki zawierają umowę – zob. K. Kopaczyńska-Pieczniak, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 511.

²⁰ Zob. art. 17b ust. 1 pkt 1 *in fine* UPDOP oraz art. 23b ust. 1 pkt 1 *in fine* UPDOF.

²¹ Zob. art. 17c UPDOP oraz art. 23c UPDOF. Warto zwrócić uwagę na opinię, zgodnie z którą przepis art. 709¹⁶ Kodeksu cywilnego nie ma zastosowania do odpłatnej opcji własności – zob. K. Kopaczyńska-Pieczniak, (w:) *Kodeks cywilny*, s. 551.

za wynagrodzenie pokrywające koszty związane z nabyciem owego przedmiotu. Istotne znaczenie ma również identyczna funkcja społeczno-gospodarcza, charakteryzująca się wykonaniem przez finansującego usługi nabycia przedmiotu umowy leasingu od podmiotu trzeciego i kredytowaniem wartości tego przedmiotu poprzez wyłożenie środków pieniężnych na jego nabycie w zamian za ratalne wynagrodzenie, płatne w terminie późniejszym od odebrania przedmiotu umowy przez korzystającego. Podobnie kształtują się również inne prawa i obowiązki stron ww. umów, w tym w szczególności w zakresie odpowiedzialności za przydatność przedmiotu umowy do umówionego użytku oraz ryzyka związanego z utrzymaniem tego przedmiotu w należytym stanie, który to obowiązek ciąży na korzystającym, oraz zwolnienia finansującego z odpowiedzialności za wady przedmiotu umowy, z automatycznym przejściem na korzystającego uprawnień z tytułu wad przedmiotu umowy względem zbywcy. Dodać należy również, że podobne jest ukształtowanie prawa korzystającego do oddania przedmiotu umowy do używania osobie trzeciej, a także dokonywania w nim zmian oraz fakt, iż w czasie obowiązywania ww. umów nie dochodzi do przeniesienia własności ich przedmiotu na korzystającego. Ponadto obie ww. umowy zaliczyć należy do kategorii umów dwustronnie zobowiązujących, konsensualnych, odpłatnych, kauzalnych i wzajemnych, zawierających opcję własności, która nie stanowi ich elementu przedmiotowo istotnego. Najistotniejsza różnica między umową tzw. leasingu operacyjnego a umową leasingu polega na szerszym zakresie przedmiotowym pierwszej z ww. umów, której przedmiotem mogą być nie tylko rzeczy, ale również wartości niematerialne i prawne.

Uznanie umowy tzw. leasingu operacyjnego za podobną do umowy leasingu umożliwia stwierdzenie, że do umowy tej odpowiednie zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego regulujące umowę leasingu.

W świetle powyższego za zbędne uznać należy uregulowanie umowy tzw. leasingu operacyjnego w Kodeksie cywilnym.

Summary

Leszek Piechnik

SO-CALLED OPERATING LEASING AGREEMENT CREATED
IN DOMESTIC BUSINESS PRACTICE

The passing of what is now the thirteenth anniversary of the incorporation of the lease contract into the Civil Code inspires reflection on the effects of the introduction of regulations governing this „new” type of contract; it also encourages one to undertake an analysis of domestic business practice in respect of the phenomenon commonly referred to as operating leasing, which presently constitutes a widespread form of trading. The practical significance of this phenomenon is not reflected in the current state of legal scholarship, which is typically limited to considering the model of operating leasing developed in American trading practice. Alongside the attention of scholars, there remains the issue of how the aforementioned phenomenon is perceived in domestic business trading. This has resulted in a wide range of legal problems, both theoretical and practical. In order to eliminate at least a portion of the doubts arising in the law, it is

vital to conduct an analysis of domestic trading behaviour as relates to the phenomenon customarily referred to as operating leasing in order to undertake a civil law qualification of the legal relation under analysis, and to determine its consequences. This analysis will make it possible to answer the question of whether a contract shaping the legal relation under consideration differs from other nominate contracts – and if it does, then to what extent? – or whether it can be considered to be situated within an established type of nominate contract.

KEY WORDS: leasing, operating leasing, finance leasing, financing party, beneficiary, lease, bank credit, loan, Civil Code

POJĘCIA KLUCZOWE: leasing, leasing operacyjny, leasing finansowy, finansujący, korzystający, najem, kredyt bankowy, pożyczka, Kodeks cywilny

OCHRONA PRACOWNIKA PRZED DYSKRYMINACJĄ W POLSKIM PRAWIE PRACY

Cechami charakteryzującymi stosunek pracy, zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 z późn. zm.)¹, są: zobowiązanie pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, jak i obowiązek pracodawcy zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Wymienione *signa specifica* stosunku pracy, w tym przede wszystkim osobiste podporządkowanie pracownika², atrybut kierownictwa po stronie pracodawcy³, jak również ryzyko gospodarcze obciążające pracodawcę⁴, czynią pracownika „słabszą” stroną stosunku pracy, podatną na naruszenia jej praw i wolności wynikających z obowiązujących aktów normatywnych, w tym Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵ i Kodeksu pracy.

Kwalifikowaną postacią naruszenia praw pracownika jest dyskryminacja w zatrudnieniu, która sprowadza się do nierównego traktowania jednostki lub grupy jednostek w porównaniu z innymi podmiotami, niemającego uzasadnienia z punktu widzenia sprawiedliwości opartej na równym traktowaniu wszystkich, którzy znajdują się w tej samej sytuacji⁶.

W obliczu zagrożeń naruszenia praw pracownika, w tym nierównego traktowania bądź dyskryminacji, jak i poddania mobbingowi, ustawodawca przewidział środki ochrony prawnej, które na płaszczyźnie stosunku pracy zostały uregulowane w Kodeksie pracy⁷.

Wobec przybierającego na sile kryzysu ekonomiczno-gospodarczego, który nie tylko będzie skutkował redukcją etatów, niejednokrotnie z naruszeniem przepisów Kodeksu pracy o rozwiązaniu umowy o pracę za wypowiedzeniem i bez wypowiedzenia, ale również będzie wiązał się z modyfikacją i zmianami w samych warunkach pracy, jako realny, a nawet wysoce prawdopodobny, jawi się problem dyskryminacji pracowników i naruszania ich praw.

Wymaga odnotowania, że trudna sytuacja gospodarcza i finansowa pracodawcy oraz wywołana nią niepożądana atmosfera w zakładzie pracy przesycona obawą pracowników o pozostanie w zatrudnieniu lub utrzymanie wynagrodzenia w dotychczasowej wysokości może dodatkowo stanowić czynnik stymulujący naruszenie praw i wolności pracownika mających za wspólny mianownik równe traktowanie w stosunku pracy.

¹ Dalej: k.p.

² Wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2011 r., sygn. akt II PK 9/11.

³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 lipca 2010 r., sygn. akt I GSK 1005/09.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2006 r., sygn. akt II PK 113/05.

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

⁶ L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 96.

⁷ Zob. m.in. art. 18^{3a} k.p. i n. i art. 94³ k.p.

Warto zatem syntetycznie omówić środki ochrony prawnej pracownika pozostającego w stosunku pracy, przysługujące mu w razie naruszenia praw i wolności do równego traktowania, w tym wolności od dyskryminacji.

Niniejsze opracowanie skoncentruje się przede wszystkim na problematyce dyskryminacji pracownika w stosunku pracy oraz przysługujących mu z tego tytułu środków ochrony prawnej. Autor dostrzega, że istotnym problemem z punktu widzenia ochrony praw pracownika jest również przeciwdziałanie mobbingowi i ochrona przed tym negatywnym zjawiskiem, niemniej jednak, z uwagi na liczne opracowania tych zagadnień⁸, autor postanowił podjąć próbę scharakteryzowania dyskryminacji w zatrudnieniu z praktycznego punktu widzenia.

Zagadnienie mobbingu zostanie przywołane w dalszej części opracowania, na potrzeby jego komparatystycznego zestawienia z zagadnieniem dyskryminacji, w celu oznaczenia najistotniejszych różnic między nimi, mających znaczenie dla obrotu codziennej praktyki.

ZASADY RÓWNOŚCI PRAW PRACOWNIKÓW ORAZ NIEDYSKRYMINACJI W KODEKSIE PRACY

Przed przystąpieniem do omówienia uregulowania Kodeksu pracy dotyczącego ochrony pracowników przed nierównościami w zatrudnieniu należy przypomnieć, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej *explicite* stanowi, iż „wszyscy są równi wobec prawa”, a nadto że „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny”⁹. Znamienne pozostaje, że w świetle powyższych konstatacji Konstytucji dyskryminacji tego rodzaju nie mogą usprawiedliwiać żadne przepisy i żadne przyczyny. Od zasady równości Konstytucja nie zna żadnych odstępstw i wyjątków¹⁰.

Powyższy standard konstytucyjny doznaje doprecyzowania i uszczegółowienia w art. 11² k.p., który stanowi, że: „pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków; dotyczy to w szczególności równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu”. Przyjmuje się, że zasada ta stanowi konkretyzację wspomnianej konstytucyjnej zasady równości wszystkich wobec prawa¹¹.

Cytowany przepis wyraża *sensu stricto* zasadę równości praw wszystkich pracowników z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków, a więc prawo do równej płacy za równą pracę i prawo do takich samych świadczeń z tego tytułu¹².

Współ z powyższą zasadą obowiązuje zasada prawa do niedyskryminacji rekonstruowana z art. 11³ k.p., który stanowi, że: „jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie

⁸ Przykładowo zob. G. Jędrejek, *Mobbing. Środki ochrony prawnej*, Warszawa 2007.

⁹ Art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, dalej: KRP.

¹⁰ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, s. 78.

¹¹ Tak J. Skoczyński, *Zasada równego traktowania pracowników*, „Prawo i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 7–8, s. 2.

¹² L. Florek (red.), *Kodeks pracy*, s. 92.

na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy – jest niedopuszczalna”.

Jeśli się porówna kontekst zasady z art. 11² k.p. (równości praw w zatrudnieniu) i z art. 11³ k.p. (niedyskryminacji), nie ulega wątpliwości, że nie są one pojęciowo i znaczeniowo identyczne. Dla „uchwycenia” odmienności między wskazanymi zasadami warto zasygnalizować, że dyskryminacją w rozumieniu art. 11³ k.p. jest nierówne traktowanie pracowników wobec prawa ze względu na odrębności wymienione w tym przepisie.

Innymi słowy, zasada niedyskryminacji oznacza zakaz odmiennego, najczęściej gorszego, traktowania określonych jednostek lub ich grup z powodów uważanych za dyskryminujące. Jeżeli natomiast nierówność nie jest podyktowana tymi względami, np. z uwagi na płeć, wiek, niepełnosprawność *etc.*, aktualnie staje się naruszenie zasady równości praw pracowników pełniących jednakowo takie same obowiązki¹³.

Należy dodać, że w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy orzekł, iż zasada niedyskryminacji jest kwalifikowaną postacią nierównego traktowania pracowników i oznacza niedopuszczalne różnicowanie sytuacji prawnej w sferze zatrudnienia według negatywnych i zakazanych przez ustawę kryteriów. W konsekwencji oznacza to, *a contrario*, że nie stanowi dyskryminacji różnicowanie praw pracowników ze względu na kryteria nieuznawane za dyskryminujące¹⁴.

Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego podtrzymuje linię orzecniczą tego Sądu, której istotnym elementem był wyrok z 18 sierpnia 2009 r., w którym Sąd Najwyższy przyjął, że przepisy Kodeksu pracy odnoszące się do dyskryminacji nie mają zastosowania w przypadkach nierównego traktowania niespowodowanego przyczyną uznaną za podstawę dyskryminacji¹⁵.

Zamykając kwestię wzajemnej relacji między omawianymi zasadami, warto zasygnalizować, że równość traktowania nie zawsze oznacza brak dyskryminacji¹⁶, a nie stanowi dyskryminacji nierówność niepodyktowana przyczynami uznanymi za dyskryminujące, nawet jeżeli pracodawcy można przypisać naruszenie zasady równego traktowania¹⁷.

Nie można pominąć, że art. 11² k.p. i art. 11³ k.p. są normami prawnymi mającymi rangę zasad prawnych, *mutatis mutandis*, spełniają zasadniczą rolę w konstrukcji całego systemu prawa pracy¹⁸ i są normami o istotnym znaczeniu. Nie budzi zastrzeżeń stwierdzenie, że zasady wyartykułowane w cytowanych przepisach Kodeksu pracy stanowią dyrektywy interpretacyjne przepisów Kodeksu dotyczących praw pracownika, w tym prawa do niedyskryminacji¹⁹.

Zasada równości praw pracowników oraz zasada niedyskryminacji znajdują rozwinięcie i instytucjonalizowanie w art. 18^{3a} i następnych Kodeksu pracy. Syntetyczne omówienie tej regulacji będzie przedmiotem dalszych rozważań niniejszego opracowania.

¹³ Tamże, s. 99.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2009 r., sygn. akt II PK 148/09.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 18 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 28/09.

¹⁶ Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98, OTK 1999, nr 2, poz. 22.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2011 r., sygn. akt II PK 77/11.

¹⁸ Tak odpowiednio L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 166.

¹⁹ Tamże, s. 165 i odpowiednio wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 12/09, OTK 2000, nr 5, poz. 143.

RÓWNE TRAKTOWANIE W ZATRUDNIENIU NA GRUNCIE KODEKSU PRACY

Zgodnie z art. 18^{3a} § 1 Kodeksu pracy: „pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy”.

Analizując powyższy przepis, należy zwrócić uwagę, że określa on granice obowiązku równego traktowania pracowników, tj. w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia i awansowania oraz dostępu do szkoleń w ramach doskonalenia zawodowego.

Znamienne pozostaje, że cytowana regulacja zawiera otwarty katalog cech prawnie chronionych, co wprost wynika ze zwrotu „w szczególności”. To sformułowanie może być uzasadnione tym, że inne kryteria dyskryminacji niż wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p. są zawarte w aktach prawnych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną²⁰. Tytułem przykładu warto wymienić Konwencję nr 111 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącą dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu z 1958 r.²¹ Zgodnie z jej postanowieniami dyskryminacja oznacza wszelkie rozróżnienie mające postać dyskryminacji lub uprzywilejowania oparte na rasie, kolorze skóry, płci, religii, poglądach politycznych, pochodzeniu narodowym lub społecznym²². Z kolei Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 25 czerwca 1950 r.²³ dodatkowo, w wytycznych art. 14, przewiduje, że powodem dyskryminacji nie może być język, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź jakkolwiek inna przyczyna.

Z punktu widzenia praktyki nie można wykluczyć, że zwrot „w szczególności” z omawianego art. 18^{3a} § 1 k.p. pozwala na przyjęcie, iż jedynie od swobodnego (nie dowolnego) uznania sądu zależy, czy sąd uzna niewymienioną w tym przepisie cechę za godną ochrony na jego płaszczyźnie, co otwiera drogę dla szukającego ochrony pracownika, który za pomocą stosownej argumentacji może przekonać sąd do swoich racji.

W art. 18^{3a} § 2 k.p. przewidziano kwalifikowane postaci nierównego traktowania w drodze normatywnego wyodrębnienia dyskryminacji z uwagi na nagminność i doniosłość tego negatywnego zjawiska, stanowiącego niezwykle naganny i szkodliwy społecznie przejaw nierównego traktowania²⁴.

Ustawodawca wprowadził dychotomiczny podział na dyskryminację bezpośrednią oraz dyskryminację pośrednią w – odpowiednio – § 3 i 4 cytowanego wyżej przepisu.

Dyskryminacja bezpośrednia materializuje się w sytuacji, gdy pracownik z jednej lub kilku przyczyn dyskryminujących był, jest lub mógłby być traktowany w porównywalnej

²⁰ L. Florek, *Kodeks pracy*, s. 129.

²¹ Konwencja nr 111 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu z 1958 r., Dz.U z 1961 r. nr 42, poz. 218.

²² Tamże, art. 1 ust. 1 pkt a.

²³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 25 czerwca 1950 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 60.

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 18 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 28/09.

sytuacji mniej korzystnie niż inni pracownicy. Podstawowa uwaga, która krystalizuje się po lekturze § 3 komentowanego artykułu, jest taka, że nierówne traktowanie może mieć związek ze stanem przeszłym, teraźniejszym, a także hipotetycznym. Z przepisu tego wynika, że dyskryminowanie w przeszłości i fakt jego zaprzestania nie zwalnia pracodawcy z odpowiedzialności, ponieważ stan ten nie musi utrzymywać się aż do chwili wystąpienia pracownika z odpowiednim roszczeniem. Pewne zastrzeżenia budzi natomiast uznanie za dyskryminację stanu hipotetycznego, w którym pracownik „mógłby być traktowany” gorzej, lecz *de facto* do gorszego potraktowania może wcale nie dojść. Wydaje się, że można ten zakaz odczytać w ten sposób, iż chodzi w nim o sytuację, w której dochodzi do nierównego traktowania, porównania dokonuje się zaś w stosunku do innej osoby, która mogła być przyjęta bądź zatrudniona na określone stanowisko²⁵.

Przez pryzmat praktyki warto wskazać, że dyskryminacja bezpośrednia przyjmuje postać nierównego traktowania ze względu na postrzeganą dyskryminującą (inaczej ochronną) cechę osoby, np. wyznanie muzułmańskie, jak również ze względu na związek osoby z osobą odznaczającą się tą cechą, np. związek małżeński pracownika z wyznawcą islamu. „Papierkiem lakmusowym” zaistnienia dyskryminacji jest przeprowadzenie testu, czy określony pracownik spotkałby się z tożsamym traktowaniem ze strony pracodawcy lub innych osób, gdyby nie nosił cechy ochronnej, tj. gdyby np. nie był wyznawcą islamu.

Co istotne, istnienie dyskryminacji nie zależy od motywacji lub zamiaru osoby dyskryminującej, a badaniu przez Sąd rozpoznający sprawę podlega sam fakt mniej korzystnego traktowania pracownika²⁶.

Odmiennie kształtuje się sytuacja pracownika w przypadku dyskryminacji pośredniej, która materializuje się, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkoleń zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn ochronnych z art. 18^{3a} § 1 k.p.²⁷

W tym miejscu należy podkreślić, że cytowany przepis nie przewiduje udzielania ochrony stanowi przeszłemu, ograniczając się jedynie do występowania (stanu teraźniejszego) lub możliwości wystąpienia „niekorzystnych dysproporcji” lub „niekorzystnej sytuacji” (stanu hipotetycznego), z pominięciem ich wystąpienia w przeszłości. W rezultacie literalne brzmienie definicji dyskryminacji pośredniej każe odczytać, że pośrednie dyskryminowanie w przeszłości i fakt jego zaprzestania zwalnia pracodawcę z odpowiedzialności wobec pracownika, które to okoliczności w żadnym wypadku nie uwalniają pracodawcy od odpowiedzialności w stosunku do pracownika w przypadku dyskryminacji bezpośredniej. Sygnalizowane zróżnicowanie ochrony pracownika poddanego dyskryminacji bezpośredniej albo pośredniej opierające się na kryterium czasowym nie znajduje usprawiedliwienia i może być odczytane wyłącznie jako przeoczenie pracodawcy, które przy okazji najbliższej nowelizacji lub reformy Kodeksu pracy winno

²⁵ K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Lex 2012.

²⁶ Por. art. 94³ § 2 k.p. *a contrario*.

²⁷ Art. 18^{3a} § 4 k.p. zdanie pierwsze.

być niezwłocznie uzupełnione poprzez rozciągnięcie ochrony przed dyskryminacją pośrednią również na stan przeszły tej postaci nierównego traktowania w zatrudnieniu.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreślono, że dyskryminacja pośrednia wynika z zastosowania tej samej zasady do różnych sytuacji, odmiennie niż w przypadku dyskryminacji bezpośredniej, która ogniskuje się na zastosowaniu różnych zasad do porównywalnych sytuacji. Dlatego dla ustalenia istnienia dyskryminacji pośredniej stosowane są dwa kryteria, tj. kryterium zbiorowości oraz skutku regulacji. Pierwsze z wymienionych rozstrzyga, jakiej grupy wyróżnionej z uwagi na zakazane kryterium dotyczy potencjalnie dyskryminująca regulacja, drugie zaś pozwala na określenie, jaki wpływ wywiera dana regulacja na tę grupę²⁸.

W dalszej kolejności przepis art. 18^{3a} § 4 k.p. stanowi, że nie zachodzi nierówne traktowanie w zatrudnieniu, jeżeli pośrednio dyskryminujące postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

Innymi słowy, możliwe jest uzasadnienie dyskryminacji pośredniej przy spełnieniu ściśle określonych warunków, które wymagają rozważenia następujących kwestii, a mianowicie: czy dana regulacja, podjęte działania lub zastosowane kryterium są ukierunkowane na zgodny z prawem cel, jak również: czy środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne, a jednocześnie: czy cel mógłby zostać osiągnięty w inny sposób, a następnie: czy została zachowana zasada proporcjonalności między ciężarem dyskryminacji a interesem dyskryminowanego.

Dopiero kumulatywne udzielenie pozytywnych odpowiedzi na zadane kwestie pozwala na przyjęcie, że nie doszło do dyskryminacji pośredniej.

Przejawem dyskryminacji jest również działanie polegające na zachęcaniu innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu jej naruszenia tej zasady, jak i niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (molestowanie)²⁹.

Więcej uwagi należy poświęcić problematyce molestowania seksualnego pracownika, które objawia się w poddaniu pracownika dyskryminacji ze względu na jego płeć, a przybiera postać każdego zachowania o charakterze seksualnym lub odnoszącym się do płci pracownika, mającego za cel naruszenie godności pracownika lub skutkującego takim naruszeniem, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery³⁰.

W literaturze przedmiotu³¹ podkreśla się, że molestowanie seksualne w miejscu pracy³² może przybierać dwie podstawowe formy: pierwsza z nich to tzw. seksualny szantaż³³ lub inaczej *quid pro quo* (coś za coś), druga to stwarzanie nieprzyjaznych (wrogich) warunków pracy³⁴.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2011 r., sygn. akt II PK 276/10.

²⁹ Art. 18^{3a} § 5 k.p.

³⁰ Art. 18^{3a} § 6 k.p.

³¹ Zob. J. Warylewski, *Molestowanie seksualne w miejscu pracy*, Lex 1999.

³² *Sexual harassment*.

³³ *Sexual blackmail*.

³⁴ *Creation of a hostile working environment*.

W próbie uogólnienia można wskazać, że molestowanie seksualne w miejscu pracy to niechciane zachowanie o podłożu seksualnym, które jest odbierane przez adresata jako determinujące warunki zatrudnienia lub kreujące nieprzyjemne środowisko pracy.

Znamienne jest, że w definicji molestowania seksualnego unika się umieszczenia przesłanki zawinienia po stronie sprawcy. Definicje zawierają jedynie te elementy, które opisują pewien hipotetyczny wycinek rzeczywistości, nie zajmując się kwestią odpowiedzialności za doprowadzenie do takiego stanu. Takie rozwiązanie zasługuje na pozytywną ocenę. Umożliwia ono m.in. zobiektywizowaną i uniwersalną ocenę i klasyfikację tego zjawiska³⁵.

Kiedy weźmie się pod uwagę subiektywność przesłanek uznania określonego zachowania za molestowanie seksualne³⁶, kluczowe pozostaje, aby osoba poddana temu molestowaniu wyraziła swój sprzeciw w sposób niebudzący wątpliwości, że nie chce być adresatem takiego zachowania. Dopiero bowiem od momentu zasygnalizowania sprzeciwu przez ww. adresata można mówić o molestowaniu seksualnym i traktować je jako zachowanie bezprawne. Cytowany wymóg wyrażenia sprzeciwu nie obowiązuje, jeżeli zachowanie sprawcy jest jednocześnie czynem bezprawnym w rozumieniu prawa karnego, do którego znamion nie należy brak zgody³⁷.

W rezultacie należy zgodzić się, że sprzeciw odbiorcy zachowań noszących znamiona określone w art. 18^{3a} § 6 k.p. stanowi element konieczny zaistnienia molestowania seksualnego.

Wymaga odnotowania, że ustawodawca ustanowił przesłanki dopuszczalnego różnicowania sytuacji pracowniczey³⁸, które można określić jako wyjątki od zakazu nierównego traktowania. Należy pamiętać, że wyjątki te, zgodnie z generalną zasadą wykładni *exceptiones non sunt extendendae*, należy rozumieć i stosować w sposób ścisły. W konsekwencji wyjątek (jako odstępstwo od reguły) ma moc obowiązującą tylko w takim zakresie, jaki wynika z jego treści, i nie może być w drodze zabiegów interpretacyjnych przenoszony na sytuacje podobne lub zbliżone³⁹.

Wskazane wyjątki pozwalające na odstępstwo od zasady równego traktowania w zatrudnieniu zostaną omówione w dalszej części niniejszego opracowania.

WYJĄTKI OD ZAKAZU NIERÓWNEGO TRAKTOWANIA W ZATRUDNIENIU

Zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie naruszają działania proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji pracownika, polegające na niezatrudnieniu pracownika z jednej lub kilku przyczyn wymienionych w art. 18^{3a} § 1 k.p., z zastrzeżeniem, że rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania powodują, iż przyczyna lub przyczyny wymienione w tym przepisie są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi⁴⁰.

Nie stanowią również naruszenia tej zasady działania podejmowane przez określony

³⁵ J. Warylewski, *Molestowanie seksualne*.

³⁶ L. Florek, *Kodeks pracy*, s. 130.

³⁷ Por. art. 197 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553).

³⁸ Por. art. 18^{3b} § 2 k.p.

³⁹ L. Morawski, *Wykładnia*, s. 253.

⁴⁰ Art. 18^{3b} § 2 ust. 1 k.p.

czas, zmierzające do wyrównywania szans wszystkich lub znacznej liczby pracowników wyróżnionych z jednej lub kilku przyczyn dyskryminujących, przez zmniejszenie na korzyść takich pracowników faktycznych nierówności, w zakresie określonym w tym przepisie (dyskryminacja pozytywna)⁴¹.

Nie stanowi też naruszenia zasady równego traktowania ograniczanie przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie, dostępu do zatrudnienia ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd, jeżeli rodzaj lub charakter wykonywania działalności przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje, powoduje, iż religia, wyznanie lub światopogląd są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu zróżnicowania sytuacji tej osoby⁴². Znamienne pozostaje, że powyższy kontratyp dyskryminacji dotyczy również wymagania od zatrudnionych działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki kościoła, innego związku wyznaniowego oraz organizacji, których etyka opiera się na powyższych wartościach, tj. religii, wyznaniu, światopoglądzie.

Powyższa egzemplifikacja okoliczności usprawiedliwiających różnicowanie sytuacji pracowników, poszerzona jeszcze o kontratypy z art. 18^{3b} § 2 pkt 2 k.p., który pozwala na wypowiedzenie warunków zatrudnienia w zakresie wymiaru czasu pracy pracownikowi z przyczyn niedotyczących pracowników, z art. 18^{3b} § 2 pkt 3 k.p., który dopuszcza różnicowanie sytuacji prawnej pracownika ze względu na ochronę rodzicielstwa lub niepełnosprawność, oraz z art. 18^{3b} § 2 pkt 4 k.p., dającego podstawę do stosowania kryterium stażu pracy przy ustalaniu warunków zatrudnienia i zwalniania pracowników, co uzasadnia odmiennie traktowanie pracowników ze względu na wiek, ma ścisły i zamknięty charakter⁴³.

Wymaga zaakcentowania, że obowiązek ścisłej interpretacji przywołanych okoliczności uzasadniających dyferencjację sytuacji pracowników został podkreślony w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w jednym z orzeczeń kategorycznie stwierdził, iż: „zaakceptowanie stanowiska, że nieobecność w pracy kobiety-pracownika spowodowana zagrożeniem ciąży, a następnie poronieniem i komplikacjami zdrowotnymi z tym związanymi, może stanowić usprawiedliwioną przyczynę wypowiedzenia jej umowy o pracę oraz uzasadniać odmowę przywrócenia do pracy ze względu na jego niecelowość, stanowi naruszenie zasad dotyczących ochrony macierzyństwa, a nawet może być uznane za dyskryminację ze względu na płeć”⁴⁴.

Należy stwierdzić, że wymienione kontratypy dają asumpt do ogólniejszej uwagi, iż zasady równego traktowania pracowników i niedyskryminacji nie wykluczają dyferencjacji praw i obowiązków pracowniczych. Różnicowanie sytuacji pracowników ze względu na odmienności wynikające z ich cech osobistych i różnic w wykonywaniu pracy pozostaje w zgodzie z *rationem legis* przepisów Kodeksu pracy dotyczących równości w zatrudnieniu⁴⁵.

Warto przypomnieć, nawiązując do dyspozycji art. 11² k.p. i art. 11³ k.p., że do naruszenia wyżej wymienionych zasad może dojść tylko wtedy, gdy różnicowanie sytuacji pra-

⁴¹ Art. 18^{3b} § 3 k.p.

⁴² Art. 18^{3b} § 4 k.p.

⁴³ K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy*.

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 2008 r., sygn. akt I PK 294/07.

⁴⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2007 r., sygn. akt II PK 14/07.

owników wynika wyłącznie z zastosowania przez pracodawcę niedozwolonego przez ustawę kryterium, co opiera się wprost na założeniu, iż dyferencjacja praw pracowniczych nie ma w tym przypadku oparcia w odrębnościach związanych z obowiązkami ciężącymi na danych osobach, sposobem ich wypełnienia, czy też ich kwalifikacjami.

W powyższe konstatacje wpisuje się m.in. twierdzenie Sądu Najwyższego, który przyjął, że nie stanowi naruszenia rzeczonych zasad wyłączenie osób zatrudnionych na stanowiskach kierowniczych, z uwagi na *signa specifica* ich pracy i płacy, w pakiecie zabezpieczenia praw socjalno-bytowych, pracowniczych i związkowych, z uprawnienia do dodatkowego odszkodowania z tytułu rozwiązania stosunku pracy⁴⁶.

Reasumując rozważania dotyczące możliwości pracodawcy dyferencjacji sytuacji pracowników w zatrudnieniu, należy wskazać, że znajdują one genezę i uzasadnienie w stworzeniu pracodawcy warunków sprostania jego obowiązkom płynącym z art. 94 k.p., które przykładowo skupiają się na organizowaniu pracy w sposób zapewniający pełne wykorzystanie czasu pracy, jak również osiąganie przez pracowników, przy wykorzystaniu ich uzdolnień i kwalifikacji, wysokiej wydajności i należytej jakości pracy⁴⁷, zapewnieniu pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy⁴⁸ czy ułatwieniu pracownikom podnoszenia kwalifikacji zawodowych⁴⁹.

Można zaryzykować stwierdzenie, że zróżnicowanie sytuacji pracowników jest nieuniknione z uwagi na charakterystykę stanowisk pracy i dynamikę procesu jej wykonywania. Niemniej jednak należy pamiętać, że cytowane zróżnicowanie nie może opierać się na kryterium dyskryminującym, a jeżeli wkracza w hipotezę tego kryterium, musi pozostawać w zgodzie z wytycznymi kontratypów dyskryminacji, interpretowanych i stosowanych, jak to zostało podkreślone, w sposób ścisły – w myśl dyrektyw wykładni zwężającej (*interpretatio restrictiva*).

PROCESOWE ASPEKTY OCHRONY PRACOWNIKA PRZED Dyskryminacją

Nie ulega wątpliwości, że pracownikowi w przypadku naruszenia zasady równości traktowania lub niedyskryminacji przysługuje droga sądowa do dochodzenia odszkodowania w przepisanej wysokości⁵⁰. Warto zapoznać się z charakterystycznymi cechami opisanego roszczenia, które wyróżniają powództwo o odszkodowanie z tytułu naruszenia wspomnianych zasad na tle innych powództw związanych ze stosunkiem pracy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w sprawach z zakresu prawa pracy z powództwa pracownika biernie legitymowany jest wyłącznie pracodawca, a nie osoba (organ) wykonująca za pracodawcę czynności z zakresu prawa pracy. Innymi słowy, osoba wykonująca czynności z zakresu prawa pracy za pracodawcę będącego jednostką organizacyjną (np. spółką prawa handlowego), która dopuściła się działania dyskrymi-

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2001 r., sygn. akt I PKN 182/01.

⁴⁷ Art. 94 ust. 2 k.p.

⁴⁸ Tamże, ust. 4.

⁴⁹ Tamże, ust. 6.

⁵⁰ Art. 18^{3d} k.p.

nującego, nie musi być objęta strukturą organizacyjną tej jednostki, by generować odpowiedzialność pracodawcy za naruszenie prawa pracownika do niedyskryminacji⁵¹.

Nie budzi zatem zastrzeżeń, że odszkodowanie dochodzone z tej przyczyny przysługuje od pracodawcy także wówczas, gdy naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu dokonała osoba działająca w imieniu pracodawcy.

Powyższa prawidłowość znajdzie odzwierciedlenie m.in. w razie naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu w toku rekrutacji na stanowisko u pracodawcy przeprowadzonej przez organ znajdujący się poza strukturami pracodawcy, w tym chociażby profesjonalne podmioty zajmujące się dziedziną zasobów ludzkich (*human resources*)⁵².

Znamienne pozostaje, że pracownik poszukujący ochrony sądowej na kanwie art. 18^{3a} k.p. i następnych, tj. pracownik, który zarzuca pracodawcy naruszenie przepisów dotyczących zakazu dyskryminacji w zatrudnieniu, powinien wskazać przyczynę, ze względu na którą dopuszczono się wobec niego aktu dyskryminacji, i wykazać, inaczej udowodnić, jej istnienie⁵³.

Powód-pracownik, po zidentyfikowaniu i wykazaniu przyczyny dyskryminującej, powinien wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania w zatrudnieniu, a wówczas na pracodawcę przechodzi ciężar dowodu, że różnicując sytuację pracownika, w zakresie chociażby odmowy nawiązania lub rozwiązania stosunku pracy, niekorzystnego ukształtowania warunków zatrudnienia lub pominięcia przy skierowaniu na szkolenia zawodowe, kierował się obiektywnymi powodami⁵⁴. Przeniesiony ciężar dowodu jest kategorią normatywną i znajduje podstawę prawną w art. 18^{3b} § 1 k.p. i art. 10 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy⁵⁵.

Dla potrzeb niniejszego opracowania warto pokrótce wskazać, że uprawdopodobnienie jest instytucją postępowania cywilnego i stanowi środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym, niedającym pewności, lecz tylko wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o jakimś fakcie. Odznacza się zwolnieniem od ścisłych formalności dowodowych, pozwalającym na przyspieszenie postępowania⁵⁶.

Tym samym pracodawca może obalić zarzut dyskryminowania pracowników, wykazując, że przy podejmowaniu decyzji w sprawach wymienionych w art. 18^{3b} § 1 k.p. kierował się obiektywnymi i uzasadnionymi względami, a więc że zastosowane przez niego postanowienie, kryterium lub działanie nie jest prawnie zakazane, cel różnicowania pracowników i osób ubiegających się o pracę oparty jest zaś na akceptowanych przez prawo kryteriach⁵⁷.

Jak to zostało opisane, komentowany przepis obciąża opisanym wyżej obowiązkiem pracodawcę, co oddaje zawarte w nim sformułowanie „chyba że pracodawca udowod-

⁵¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 maja 2011 r., sygn. akt II PK 181/10.

⁵² Tamże.

⁵³ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2011 r., sygn. akt II PK 169/10.

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 3 września 2010 r., sygn. akt I PK 72/10.

⁵⁵ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz.U. UE L 303 z 2 grudnia 2000 r., s. 16–22.

⁵⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 7 lutego 2012 r., sygn. akt I GSK 799/10.

⁵⁷ K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U.98.21.94)*, Lex 2012.

ni". Zastosowana konstrukcja w praktyce zmienia rozkład ciężaru dowodu przewidzianego w art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.)⁵⁸. Zgodnie z regułą określoną w art. 6 k.c., którą należy stosować w zw. z art. 300 k.p., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Uważniejsza lektura tego przepisu skłania do wniosku, że pracodawca przeprowadza dowód na okoliczność niewystąpienia dyskryminacji. Działania te są więc reakcją na twierdzenia (zarzut) popierane przez pracownika o dyskryminującym traktowaniu (bezpośrednim lub pośrednim)⁵⁹.

Mając na uwadze przedmiot ochrony i niewątpliwie słabszą pozycję procesową pracownika, w tym trudność w uzyskaniu dowodów, ukształtowanie *onus probandi* w sprawach o odszkodowanie z tytułu dyskryminacji *in favorem* pozycji pracownika należy ocenić wyłącznie pozytywnie.

Odszkodowanie, o którym mowa w art. 18^{3d} k.p., obejmuje wyrównanie uszczerbku w dobrach majątkowych i niemajątkowych pracownika⁶⁰.

Powyższa teza znajduje ugruntowanie w następujących okolicznościach. Po pierwsze, przepis ten przyznaje prawo do odszkodowania w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia niezależnie od powstania jakiegokolwiek szkody. Po drugie, z tego przepisu nie wynika, aby w razie szkody majątkowej przysługiwało pracownikowi odrębne świadczenie odszkodowawcze (zadośćuczynienie) za doznaną krzywdę⁶¹.

Należy, nie bez pozostawienia marginesu wątpliwości, zgodzić się z E. Maniewską, która uważa, że zasadniczą funkcją tego odszkodowania jest naprawienie szkody majątkowej⁶². Twierdzenia tej autorki wpisują się w linię orzeczenia Sądu Najwyższego, który w wyroku z 22 lutego 2007 r. przyjął, że pracownik może dochodzić odszkodowania w wysokości różnicy między wynagrodzeniem, jakie powinien otrzymywać bez naruszenia zasady równego wynagrodzenia, a wynagrodzeniem rzeczywiście otrzymywanym⁶³. Także o wyrównaniu szkody majątkowej mowa jest w tezie wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie o sygn. akt III PK 43/08, stwierdzającej, że jeżeli odszkodowanie za dyskryminację ustalone na podstawie art. 361 § 2 k.c. jest – zgodnie z europejskim prawem pracy – odpowiednio „skuteczne, proporcjonalne i odstrasające”, to z art. 18^{3d} k.p. nie wynika prawo pracownika do odrębnego zadośćuczynienia. Nadto w cytowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy orzekł, że „dyskryminacja pracownika wynikająca z zachowania pracodawcy o charakterze ciągłym może być podstawą przyznania tylko jednego zadośćuczynienia”.

Sygnalizowany w pierwszym zdaniu powyższego akapitu margines wątpliwości nabiera realnych kształtów w świetle judykatu Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2008 r., w którym przyjęto, że art. 18^{3d} k.p. przede wszystkim ma kompensować szkodę na osobie i w tym zakresie nosi charakter swoistego zadośćuczynienia za doznaną z tytułu dyskryminacji krzywdę⁶⁴.

⁵⁸ Dalej: k.c.

⁵⁹ K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy*.

⁶⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III PK 43/08.

⁶¹ K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany*.

⁶² Tamże.

⁶³ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., sygn. akt I PK 242/06.

⁶⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 3 kwietnia 2008 r., sygn. akt II PK 286/07.

Wydaje się, że wspólnym mianownikiem wskazanych, rozbieżnych stanowisk jest konstatacja, iż wysokość odszkodowania, niezależnie od jego pierwszoplanowej funkcji i charakteru, zależy od okoliczności konkretnego przypadku⁶⁵.

Po zestawieniu prawidłowości stymulowania wysokości odszkodowania okolicznościami faktycznymi konkretnego *casusu* z cechami tego odszkodowania, które powinno być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające, uprawnione jest twierdzenie, że rzeczona kompensacja powinna wyrównywać uszczerbek poniesiony przez pracownika wskutek dyskryminacji. Przy czym powinna być zachowana odpowiednia proporcja między odszkodowaniem a naruszeniem przez pracodawcę obowiązku równego traktowania pracowników, co więcej, odszkodowanie powinno działać prewencyjnie. Ustalając jego wysokość, należy więc brać pod uwagę okoliczności dotyczące obu stron stosunku pracy, zwłaszcza do odszkodowania mającego wyrównać szkodę niemajątkową pracownika, będącego – według przyjętej w polskim porządku prawnym nomenklatury – zadośćuczynieniem za krzywdę⁶⁶.

Wydaje się, że zwłaszcza w funkcji odstraszającej (prewencyjnej) odszkodowania można upatrywać przesłanek do jego eskalacji, w szczególności gdy zjawisko dyskryminacji jest u danego pracodawcy często spotykane, a pracodawca odznacza się stabilną pozycją rynkową.

Nie można pominąć, że przy ustalaniu wysokości odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. nie obowiązuje zasada przeniesionego ciężaru dowodu. W konsekwencji to na pracowniku-powodzie spoczywa ciężar wykazania wysokości należnej kompensacji, zgodnie z ogólnymi zasadami wynikającymi z regulacji art. 6 k.c. i art. 471 k.c. znajdujących zastosowanie do stosunku pracy na podstawie art. 300 k.p. Przypomnieć należy, że cytowany szczególny rozkład ciężaru dowodu aktualizuje się tylko w zakresie bezprawności zachowania pracodawcy (dyskryminacja).

Niemniej jednak nie można zapomnieć, że zgodnie z art. 322 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 z późn. zm.), w sytuacji gdy w sprawie m.in. o naprawienie szkody „sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy”⁶⁷.

W ocenie autora brak jest podstaw do wykluczenia zastosowania cytowanej instytucji tzw. *ius moderandi* do odszkodowania z art. 18^{3d} k.p., oczywiście gdy w toku postępowania zostaną ustalone przesłanki odpowiedzialności legitymowanego biernie pracodawcy.

Opisane zagadnienie, obok instytucji przeniesionego ciężaru dowodu, wzmacnia pozycję procesową pracownika w dochodzeniu należnego mu odszkodowania. Zdaniem autora, z uwagi na przedmiot ochrony, taki trend winien spotkać się z pozytywną reakcją praktyki orzeczniczej.

⁶⁵ Tamże.

⁶⁶ Wyrok Sąd Najwyższego z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt III PK 43/08.

⁶⁷ Por. art. 322 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 z późn. zm., dalej: k.p.c.

OBOWIĄZEK JEDNAKOWEGO WYNAGRADZANIA

Istotnym elementem ochrony pracownika przed nierównym traktowaniem w zatrudnieniu jest prawo pracownika do jednakowego wynagrodzenia za pracę jednakową lub za pracę o jednakowej wartości. Problematyka ta znajduje uregulowanie w art. 18^{3c} k.p. Przywołany przepis zapewnia pracownikom równe traktowanie w kluczowym elemencie stosunku pracy, jakim jest wynagrodzenie za pracę⁶⁸.

Na uwagę zasługuje szeroki zakres ochrony „jednakowości” wynagradzania, gwarantowany przez cytowany wyżej przepis, który wiąże się z szerokim rozumieniem wynagrodzenia obejmującego wszystkie składniki wynagrodzenia, bez względu na ich nazwę i charakter, a także inne świadczenia związane z pracą, przyznawane pracownikom w formie pieniężnej lub w innej formie niż pieniężna⁶⁹.

Szeroka wykładnia pojęcia wynagrodzenia na gruncie Kodeksu pracy pozostaje w zgodzie z rozumieniem tego pojęcia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które zostało zaprezentowane przez Trybunał w wyroku w sprawie *Garland*⁷⁰. W przedmiotowej sprawie Trybunał orzekł, że wynagrodzeniem są wszelkiego rodzaju świadczenia, wypłacane w gotówce lub w naturze, aktualne lub przyszłe, świadczone bezpośrednio lub pośrednio na rzecz pracownika przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem. W kolejnych wyrokach Trybunał konsekwentnie utrzymywał, dla potrzeb stosowania zasady równości (niedyskryminacji), rozszerzając wykładnię związku danego świadczenia z zatrudnieniem pracownika⁷¹.

Nie ulega wątpliwości, że zawarte w art. 18^{3c} § 1 k.p. pojęcia jednakowej pracy oraz pracy o jednakowej wartości mają różne znaczenia.

Warto zapoznać się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego w wyroku z 18 września 2008 r., w którym Sąd uznał, że „gdy w strukturze organizacyjnej pracodawcy występują stanowiska, na których świadczona jest jednakowa praca (rozumiana jako praca taka sama pod względem rodzaju i kwalifikacji wymaganych do jej wykonywania oraz ilości i jakości), nie zachodzi konieczność porównywania – przy pomocy kryteriów określonych w art. 18^{3c} § 3 k.p. – prac różniących się rodzajowo”⁷².

Natomiast dla ustalenia prac o jednakowej wartości *conditio sine qua non* jest przeprowadzenie testu komparatystycznego, polegającego na zestawieniu prac wymagających porównywalnych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zawodowego, a także przyjęcia przez pracownika porównywalnej odpowiedzialności za wykonanie pracy, jak i poniesienia przez pracownika porównywalnej dozy wysiłku⁷³.

Istotny dla potrzeb praktyki jest standard procesowy, że ciężar dowodu wykonywania przez pracownika jednakowej pracy lub pracy o jednakowej wartości co pracownik wynagradzany korzystniej spoczywa na pracowniku poszukującym ochrony prawnej⁷⁴.

⁶⁸ L. Florek, *Kodeks pracy*, s. 137.

⁶⁹ Art. 18^{3c} § 2 k.p.

⁷⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 9 lutego 1982 r. w sprawie 12/81 *Eileen Garland przeciwko British Rail Engineering Limited*, Zb. Orz. 1982, s. 359.

⁷¹ K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy*.

⁷² Wyrok Sądu Najwyższego z 18 września 2008 r., sygn. akt II PK 27/08.

⁷³ Por. art. 18^{3c} § 3 k.p.

⁷⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 15 września 2006 r., sygn. akt I PK 97/06.

W rezultacie to po stronie pracownika leży inicjatywa dowodowa w zakresie wykazania wykonania pracy określonej dyspozycją przepisu art. 18^{3c} § 1 k.p.

Jednakże zgoła odmiennie będzie kształtował się ciężar dowodu w zakresie ustalenia i wykazania, że zróżnicowanie wynagrodzenia pracowników wykonujących pracę jednakową lub o jednakowej wartości było podyktowane obiektywnymi powodami. *Onus probandi* w tej materii spoczywa na pracodawcy, co *expressis verbis* zostało sformułowane w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r.⁷⁵

Niezwykle cenne jest stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w ww. wyroku, że „z punktu widzenia naruszenia zasady równego traktowania nie ma znaczenia, czy chodzi o jednakową pracę, czy o pracę jednakowej wartości. Podkreślenia wymaga, że chodzi o konieczność wykazania porównywalnych, a nie identycznych, kwalifikacji, odpowiedzialności i wysiłku. Mogą więc w tym zakresie występować pewne różnice, niemające jednak zasadniczego znaczenia”⁷⁶.

Sąd Najwyższy przy rozpoznawaniu i rozstrzyganiu spraw znajdujących podstawę prawną w art. 18^{3c} k.p. koncentruje się na ustaleniu okoliczności, czy wynagrodzenie pracownika dostrzegalnie odbiega od wynagrodzenia innych pracowników wykonujących pracę jednakową lub o jednakowej wartości⁷⁷. Sama zaś kwestia zakwalifikowania pracy jako jednakowej lub o jednakowej wartości ma znaczenie drugorzędne.

ZAKAZ DZIAŁAŃ ODWETOWYCH

Pracodawca w art. 18^{3c} k.p. przewidział tzw. zakaz działań odwetowych pracodawcy wobec pracowników, którzy skorzystali z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Przepis ten stanowi, że skorzystanie przez pracownika z tych uprawnień nie może być podstawą niekorzystnego traktowania pracownika, a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec pracownika, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia⁷⁸.

Działaniami chronionymi w rozumieniu rzeczonoego przepisu są m.in. składanie skarg na dyskryminacyjne zachowania pracodawcy do odpowiednich instytucji, prowadzenie postępowań sądowych związanych z dyskryminacją, jak i udzielanie wsparcia oraz asystowanie innym osobom we wnoszeniu skarg bądź wszczynaniu postępowań⁷⁹.

Modelowym przykładem udzielenia wsparcia jest występowanie w charakterze świadka w postępowaniu zainicjowanym przez pracownika dyskryminowanego zeznającego na korzyść pracownika lub czynne wystąpienie z interwencją u pracodawcy w celu przeciwdziałania dyskryminowaniu innego pracownika⁸⁰.

W kontekście zakazu działań odwetowych warto zapoznać się ze stanowiskiem Sądu

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., sygn. akt I PK 242/06.

⁷⁶ Tamże.

⁷⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2011 r., sygn. akt I PK 232/10.

⁷⁸ Art. 18^{3c} § 1 k.p.

⁷⁹ L. Florek, *Kodeks pracy*, s. 144.

⁸⁰ Tamże, s. 145.

Najwyższego z judykatu z 26 maja 2011 r., w którym przyjęto, że z tytułu podjęcia przez pracownika legalnych działań przeciwstawiających się naruszaniu zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub dyskryminacji płacowej pracodawca nie może stosować jakichkolwiek sankcji prawa pracy, które prowadziłyby do niedopuszczalnego pozbawienia treści i skuteczności normatywnej bezwzględnie obowiązujących przepisów o równym traktowaniu w zatrudnieniu (art. 183a–183e k.p.)⁸¹.

Zdaniem Sądu Najwyższego powyższa konstatacja oznacza zakaz nadużywania przez pracodawców tzw. klauzul poufności czy „tajności” wynagrodzeń pracowniczych do innych celów niż ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, której ujawnienie może zagrazić istotnym interesem firmy, np. jej konkurencyjności⁸². W konsekwencji zupełnie naturalne i pożądane jest przyjęcie w praktyce orzeczniczej, że przekazanie przez pracownika innym pracownikom danych objętych tzw. klauzulą poufności wynagrodzeń w celu przeciwdziałania nierównemu traktowaniu i przejawom dyskryminacji płacowej nie może stanowić podstawy rozwiązania z nim umowy o pracę w trybie art. 52 k.p.⁸³

MIĘDZY DYSKRYMINACJĄ A MOBBINGIEM

Zgodnie z art. 94³ § 2 k.p. mobbing oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękananiu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników.

Autor dla potrzeb niniejszego opracowania zasygnalizuje jedynie zasadnicze różnice między zjawiskiem mobbingu a dyskryminacją lub, szerzej, naruszeniem zasady równego traktowania w zatrudnieniu oraz poszukiwaniem ochrony prawnej przez pracowników nimi dotkniętych. Kompleksowe porównanie obu zjawisk i instytucji ochrony prawnej z nimi związanych stanowi złożony problem badawczy i mogłoby być przedmiotem odrębnego opracowania.

Podstawowe różnice między mobbingiem a dyskryminacją ogniskują się na m.in. problematyce motywacji podmiotu odpowiedzialnego za naruszenie praw pracownika. O ile przy dyskryminacji motywacja i celowość działania podmiotu dyskryminującego nie stanowią przesłanki odpowiedzialności, przy mobbingu motywacja mobbysty ma decydujące znaczenie i jest istotnym elementem definicji legalnej mobbingu, o czym świadczy odwołanie się do ukierunkowania zachowań mobbysty na poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników⁸⁴.

Kolejna różnica między omawianymi problemami to czas trwania naruszenia, innymi słowy czas ekspozycji pracownika na niekorzystne kształtowanie jego pozycji w stosunku pracy. W przypadku dyskryminacji wystarczy jednorazowe działanie pracodawcy, w postaci chociażby odmowy nawiązania stosunku pracy lub jego rozwiązania,

⁸¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 26 maja 2011 r., sygn. akt II PK 304/10.

⁸² Tamże.

⁸³ Wyrok Sądu Najwyższego z 15 lipca 2011 r., sygn. akt II PK 12/11.

⁸⁴ Por. art. 94³ § 2 k.p. zdanie ostatnie.

natomiast przy mobbingu wymagane jest długotrwałe zachowanie mobbisty o pejoratywnych konotacjach dla poszkodowanego pracownika⁸⁵. Co istotne, ani ustawodawca, ani judykatura nie ustalili „sztywnych” granic długotrwałości zachowań noszących znamiona mobbingu. Słusznie wskazano, że długotrwałość nękania lub zastraszania pracownika w rozumieniu art. 94³ § 2 k.p. musi być rozpatrywana w sposób zindywidualizowany i uwzględniać okoliczności konkretnego przypadku⁸⁶. Nie jest zatem możliwe sztywne wskazanie minimalnego okresu niezbędego do zaistnienia mobbingu.

Wymaga dodania, że, w odróżnieniu od przepisów dotyczących ochrony przed dyskryminacją, art. 94³ k.p. nie przewiduje ochrony na etapie nawiązania stosunku pracy, tj. na etapie rekrutacji, co znajduje uzasadnienie w charakterystyce zjawiska mobbingu i prawnych środków przeciwdziałaniu mu.

Przepisy Kodeksu pracy dotyczące mobbingu nie przewidują zasady przeniesionego ciężaru dowodu, znanej przepisom dotyczącym ochrony przed dyskryminacją (art. 18^{3b} § 1 k.p.). Tym samym *onus probandi* zgodnie z ogólnymi regułami procesu cywilnego będzie ciążył na stronie, która z danego faktu będzie wywodziła skutki prawne⁸⁷, w tym na pracowniku występującym z roszczeniem z tytułu stosowania mobbingu w stosunku do jego osoby.

Odmienne kształtują się zasady rekompensowania szkody zaistniałej po stronie pracownika w wyniku poddania go negatywnym zjawiskom dyskryminacji i mobbingu.

Pamiętając o regulacji art. 18^{3d} k.p., która stanowi, że odszkodowanie z racji naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może być niższe niż ustawowe minimalne wynagrodzenie za pracę, w odniesieniu do podstawy prawnej mobbingu podkreślić należy, że pracownikowi poddanemu mobbingowi przysługuje od pracodawcy zadośćuczynienie pieniężne za rozstrój zdrowia lub odszkodowanie, w razie rozwiązania przez tego pracownika stosunku pracy, którego wysokość nie może być niższa niż próg minimalnego wynagrodzenia⁸⁸.

PODSUMOWANIE

Wydaje się, że polskie prawo pracy, w tym *in primis* Kodeks pracy, gwarantują pracownikowi należyta i skuteczną ochronę przed dyskryminacją w ramach stosunku pracy. Podstawa normatywna tej ochrony, znajdująca kompleksowe uregulowanie w art. 18^{3a} k.p. i następnych, jest rozwijana i uzupełniana przez stosowne orzecznictwo Sądu Najwyższego, które ukierunkowane jest w dominującej części *in favorem* sytuacji prawnej pracownika. Sygnalizowana działalność Sądu Najwyższego składa się na stworzenie spójnego systemu ochrony pracownika przed opisywanym negatywnym zjawiskiem – dyskryminacją.

Zastrzeżenia autora generuje nieuzasadnione zróżnicowanie zakresu czasowego ochrony przed dyskryminacją bezpośrednią i pośrednią. Zgodnie z definicją ustawową dyskryminacja bezpośrednia odnosi się również do stanu przeszłego naruszenia

⁸⁵ Por. art. 94³ § 2 k.p.

⁸⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2007 r., sygn. akt I PK 176/06.

⁸⁷ Por. art. 6 k.c.

⁸⁸ Art. 94³ § 3 i 4 k.p.

praw pracownika, podczas gdy dyskryminacja pośrednia już takiego odniesienia nie zapewnia⁸⁹.

Opisany brak spójności nie znajduje usprawiedliwienia i powinien zostać poprawiony przy najbliższej okazji przez ustawodawcę.

Zdaniem autora warto również, z uwagi na doniosłość ochrony przed dyskryminacją oraz skalę problemu, *de lege ferenda* zastanowić się nad ewentualnym rozszerzeniem uprawnień inspektora pracy o możliwość wytoczenia powództwa na rzecz obywateli oraz wstąpienia za ich zgodą do postępowania właśnie w sprawach litigowanych na kanwie naruszenia zasady niedyskryminacji i naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Przypomnieć należy, że w aktualnym porządku prawnym inspektorom pracy przysługuje to uprawnienie wyłącznie w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy⁹⁰.

Postulowane rozszerzenie uprawnień procesowych inspektora pracy pozostawałoby w duchu zinstytucjonalizowania ochrony jednostek przed dyskryminacją, którego istotnym etapem było ulokowanie problematyki dyskryminacji i naruszeń zasady równego traktowania w zakresie działań Rzecznika Praw Obywatelskich w drodze ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁹¹.

⁸⁹ Zob. art. 18^{3a} §3 i 4 k.p.

⁹⁰ Por. art. 63¹ k.p.c.

⁹¹ Dz.U. z 2010 r. nr 254, poz. 1700.

Summary

Mariusz Lewandowski

THE LEGAL EMPLOYEE'S DEFENSE AGAINST DISCRIMINATION IN THE POLISH LABOR LAW

The aim to write this article was to show the basics of employees legal defense against discrimination in the Polish labor law. The article is divided into several parts.

In the first part the author recounted the general principle of equality before the law and principle of non-discrimination in The Labor Code.

In the next parts the author reviewed the principle of equal treatment in the home labor law and presented some legal means needed to introduce it. The author reported about exceptions from prohibition of discriminatory treatment and procedural aspects of legal defense against discrimination.

In the windup of the text the author gave opinions about future changes in the home labor law.

KEY WORDS: the principle of equality before the law and non-discrimination, employment relationship, equal treatment, converse burden of proof, positive discrimination, reprisal actions, factory inspector, equal wages

POJĘCIA KLUCZOWE: zasada równości praw i niedyskryminacji, stosunek pracy, równe traktowanie, (odwrócony) ciężar dowodu, pozytywna dyskryminacja, działania odwetowe, inspektor pracy, jednakowe wynagrodzenie

SEIDLEROWSKIE ANTYNOMIE – W STULECIE URODZIN PROFESORA¹

1. Ponad 90-letni żywot Profesora Grzegorza Leopolda Seidlera (1913–2004), syna adwokata Teodora Seidlera², wieloletniego członka NRA, senatora II RP, znaczoney był dramatycznymi wydarzeniami historycznymi XX wieku: wojnami, holokaustem, brunatnym i czerwonym totalitaryzmem, gwałceniem godności ludzkiej na masową skalę. Jednocześnie dokonywane były radykalne przewartościowania i zmiany systemów aksjologicznych. Umasowiono ideologicznie zdeterminowany przekaz medialno-propagandowy, wykorzystując go do kształtowania świadomości mas w imię politycznych interesów. W niespotykanym dotąd zakresie zaczęto wreszcie traktować prawo jako instrument, oderwany od podbudowy aksjologicznej, narzędzie realizacji partykularnych (klasowych, grupowych) interesów, nie starając się nawet o jakikolwiek kamuflaż³. Na tym tle jawi się żywot wybitnego prawnika, uwikłanego w historię, determinowanego przez swoje pochodzenie i uwarunkowania epoki, a jednocześnie całe życie dążącego do zaznaczenia swego miejsca w otaczającej rzeczywistości, bez względu na pojawiające się w tym sprzeczności. Zatrzymajmy się nad owymi antynomiami Seidlerowskimi, próbując spojrzeć na nie przez pryzmat swoistej sekcji anatomicznej.

2. W Rembrandtowskiej *Lekcji anatomii doktora Tulpa* nie ma ani śladu narzędzi służących do cięcia, brak preparatora, a sekcja nie zaczyna się – jak to być powinno *lege artis* – od brzucha, lecz ogranicza się do jednego spreparowanego członka nieboszczyka – jego ręki: ręka dla intelektualisty, jakim *par excellance* był prof. Grzegorz Leopold Seidler, jest symbolem twórczości, narzędziem wieńczącym i wyrażającym aktywność umysłową. W ekfrazie poświęconej dziełu Rembrandta, utworze opisującym poetycko *Lekcję anatomii doktora Tulpa* – niesłusznie dziś zapomniany poeta Stanisław Grochowiak napisał:

„Panowie człowiek ten
Ozdobny barwą rzeczy
Dostojny niby owoc zdjęty delikatnie
Uprzejmie
Poda wam
Świecenie swego wnętrza”

¹ Tekst niniejszy jest zmienioną i skróconą wersją wystąpienia pt. „Poglądy prawne i polityczne Profesora Grzegorza Leopolda Seidlera – w setną rocznicę urodzin”, wygłoszonego 14 listopada 2013 r. podczas konferencji na Wydziale Prawa i Administracji UMCS w Lublinie, zorganizowanej przez profesorów A. Pieniążka, L. Dubela, L. Leszczyńskiego, pod patronatem Polskiego Towarzystwa Myśli Politycznej. Pełną wersję wystąpienia wyda Annales UMCS jako publikację materiałów pokonferencyjnych.

² Zob.: P. Sendeki, *Adw. dr Teodor Seidler i prof. dr Grzegorz Leopold Seidler – szkic do portretu ojca i syna w 90. urodziny syna*, „Palestra” 2003, nr 11–12.

³ L. Kotalowski, *Główne nurty marksizmu*, Paryż 1976, t. III, s. 57–58, gdzie czytamy na temat sowieckiej teorii prawa z lat 20./30., sprowadzającej prawo do instrumentu dławienia oporu klas wrogich.

Trawestując tę poetycką wypowiedź, zauważyć należy, że Profesor **świeci swoim wnętrzem właśnie po śmierci**, gdy zdają się opadać uprzedzenia i emocje. Dążenie do docierania do głębi, do zrywania powłoki ma swoją tradycję w kulturze. Szkieletowanie obrazu osoby, z próbą użycia sekcyjnego instrumentarium, jest w istocie wyrażaniem swoich wyobrażeń, zmierzających często do tworzenia zintegrowanego (ale i redukcjonistycznego) obrazu człowieka poprzez – z góry skazaną na niepowodzenie – próbę wnikięcia w jego głębię. Takie dążenie jest znamienne dla myśli XX-wiecznej, która w swych różnych odmianach, redukujących człowieka do jakiegoś jednego aspektu, tworzy ową wizję „człowieka scalonego”... Tendencja do tworzenia całościowych wizji człowieka towarzyszyła Profesorowi Seidlerowi przez jego długie życie, niezależnie od prezentowanego światopoglądu czy podejścia metodologicznego. Konstruując zarys szkicu do Jego portretu, spróbujemy uniknąć takiego podejścia, skupiając się na wewnętrznych sprzecznościach tkwiących w osobowości naszego protagonisty, nie pretendując do stworzenia całościowego obrazu.

3. Na potrzeby tej wypowiedzi przyjmuję, że profesor Seidler używał pojęcia **antynomia** (odnosząc je do prawa) jako desygnat dla sytuacji nierozstrzygalnych, jako opis konfliktu między sprzecznymi stanowiskami teoretycznymi, których pogodzenie lub rozwiązanie – z racji odmiennych podłoży aksjologicznych – nie jest możliwe. Czym jest zatem antynomia, pilny słuchacz wykładów dowiadywał się na I roku prawa: Profesor skupiał uwagę wywodem pełnym erudycyjnych fajerwerków, dowcipnych dygresji, czasami przypominających dzisiejsze *talk-show*, gdy zwracał się w przepelnionej po brzegi studentami sali bezpośrednio do wybranego studenta czy asystenta. W istocie wykład był prolegomeną do filozofii prawa, w której wykładowca – wyszukując antynomii w myśli polityczno-prawnej – serfował swobodnie po historii filozofii, kładł nacisk na doktryny prawne, nie unikając jednak rozważań natury historycznej, literackiej i artystycznej. Zaczynał od doktryn Wschodu, by przez antyk – grecki (ze szczególnym uwielbieniem dla Sokratesa, Platona i Arystotelesa⁴), rzymski i bizantyjski – dojść do średniowiecza z Tomaszem z Akwinu, a poprzez transgraniczne dzieło Dantego, Okhama i Marsyliusza z Padwy doprowadzić słuchacza do odrodzenia – z Machiavellim na czele. Tu analizował myśl polityczną Jagiellonów, tzw. angielską szkołę kapitalizmu z T. Hobbesem i jego Lewiatanowską wizją państwa, koncepcje umowy społecznej, myśl J. Locke’a⁵. Analizował rolę jednostki i mas, dumał nad istotą człowieka i jego kondycją. Docierał wreszcie do szczególnie ulubionego Oświecenia, mówiąc o Kartezjuszowskich podstawach „nowożytnej wiedzy, która metodę indukcyjno-eksperymentalną połączyła z racjonalistyczną metodą dedukcyjno-matematyczną”⁶. Rozważał myśl zawartą w formule *Cogito ergo sum*, która wyznaczyła paradygmat epistemologiczno-ontologiczny⁷, będący „punktem wyjścia dla każdego, kto podejmie poszukiwanie prawdy”⁸, z optymistyczną wiarą w rozum. Dalszymi bohaterami swoich

⁴ G. L. Seidler, np. w: *Notatki o racjonalizmie*, Lublin 1998, s. 46.

⁵ G. L. Seidler, *Notatki*, w których zawarto rys koncepcji umowy społecznej oraz wizje natury ludzkiej w związku z koncepcjami prawa natury, s. 53 i n.

⁶ G. L. Seidler, *Przedmarksowska myśl polityczna*, Kraków 1974, s. 462.

⁷ Kartezjańskie *de omnibus dubitandum*, o którym w *Przedmarksowskiej*, s. 531, doprowadziło do Seidlerowskiego *Dubito ergo sum* (wątpię...), zob. podtytuł pracy G. L. Seidlera, *Wątpliwości*, Lublin 2002.

⁸ G. L. Seidler, *Przedmarksowska*, s. 531.

rozważań nad antynomiami czynił Kanta – w kontekście klasycznych analiz relacji prawa i moralności, cytując chętnie słynne „niebo gwiaździste [...]”, oraz imperatyw kategoryczny, przechodząc następnie do Woltera, Monteskiusza, Rousseau, Spinozy. Kresem tych rozważań było wreszcie – jak to określił Miłosz – „Heglowskie ukąszenie”⁹, które wprost prowadziło do myśli marksowskiej. Wyostrajając, przypisywane Miłoszowi, określenie – powiedzielibyśmy w odniesieniu do ostatnio wymienionej myśli – już nie o ukąszeniu, ale o **zakażeniu Marksowskim...** Po Marksie, podawanym na wykładzie z dużą oszczędnością, wspominał jeszcze o Maxie Weberze (kwestie legitymizacji władzy i wpływ etyki protestanckiej na rozwój gospodarczy) i o tych współczesnych mu doktrynach, ocenianych ortodoksyjnie – z pozycji „my marksistów”, które opisał we wspomnianych *Doktrynach prawnych imperializmu*.

4. Poprzestając na konwencji „ukąszenia heglowskiego”, dostrzec można typowe dla części świata intelektualnego pierwszej połowy XX wieku zauroczenie myślą marksistowską. Załóżmy w tym miejscu, że Profesor ze względów wyłącznie intelektualnych przyjął metodologię materializmu dialektycznego i historycznego. Za jego udziałem pokolenia studentów uczyły się patrzeć na świat przez pryzmat tzw. „naukowego światopoglądu”, w którym historia układała się w deterministycznie rozumiane formacje społeczno-ekonomiczne, o losach świata decydowała baza, stosunki produkcji oraz walka klas, z odpowiednio dla formacji ukształtowaną nadbudową. Prosty darwinowski determinizm, *przyrodnicza konieczność* (*Naturnotwendigkeit*), wiara w powszechne prawa, które wyznaczają bieg historii, zredukowanie jej do przemiany materialnych stosunków produkcji, kolektywizmu i walki klas, z jednoczesnym jeśli nie całkowitym wyeliminowaniem jednostki, to poważnym zminimalizowaniem jej roli – kreowały uproszczoną wizję świata. Takie podejście wsparte dialektyką materialistyczną z jej „wiekuistymi” prawami, a w istocie ogólnikowymi banałami – o wszechzwiązku rzeczy i zjawisk, permanentnym ruchu, postępowym rozwoju i zmienności świata, walce i jedności przeciwieństw oraz przechodzeniu ilości w jakość – stanowiły instrumentarium, dominujące w nauce od okresu stalinizmu.

Jak bardzo te proste formuły metodologiczne odbiegały od standardów panujących w nauce Zachodu, wiedział doskonale profesor Seidler. Był wszak solidnie wykształcony na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz na kilku uniwersytetach europejskich. Władał biegle językami zachodnimi, poruszając się swobodnie w literaturze filozoficznej, prawo-histerycznej i teoretyczno-prawnej, logicznej oraz w myśli polityczno-prawnej. Miał także szerokie i pogłębione zainteresowania literaturą i sztuką, potrafił wykorzystywać je erudycyjnie w tekstach naukowych. Prowadzone jeszcze w Krakowie wykłady na temat *Kierunków współczesnej nauki prawa* już w 1951 roku stanowiły podstawę do pierwszego wydania pracy pod tytułem *Doktryny prawne imperializmu*, później wielokrotnie wznawianej i poszerzanej.

Znamienne, że ta książka, mimo ideologicznego tytułu, była niezastąpionym źród-

⁹ Miłosz napisał o swym esejie *Zniewolony umysł*, w którym rozprawił się z powojennymi postawami pisarzy Andrzejewskiego, Borowskiego, Galczyńskiego i Putramenta – w: *Ogród nauk. Biesy*, Norbertinum, Lublin 1991, s. 120: „Książka miała za temat «ukąszenie heglowskie», na które w naszym stuleciu są narażone ludzkie umysły, ledwie podniosą się nad poziom błogosławionej naiwności”. Termin „ukąszenie heglowskie” przypisywany jest też T. Krońskiemu.

łem wiedzy na temat zachodniej jursprudencji, i jej pozycji w owych czasach nie można przecenić. Otwierał nią horyzonty na panujące w nauce zachodniej poglądy o współczesnych doktrynach prawnych – amerykańskim funkcjonalizmie i realizmie prawniczym, Kelsenowskim normatywizmie, podejściach socjologicznych, psychologicznych (z odświeżeniem nieobecnej w tych latach myśli Leona Petrażyckiego) oraz na stosowane tam metody badawcze, jakże inne od powszechnie wówczas wyznawanego podejścia marksistowskiego. Poza cennymi informacjami na temat dzieł z zakresu zachodniej filozofii prawa, niedostępnych wówczas w oryginałach – książka zawierała krytyczne oceny owej burżuazyjnej nauki prawa z punktu widzenia podejścia „**my marksściści**”. Z autopsji wiadomo jednak, że żywe wykłady na temat doktryn wolne były – w zasadzie – od ideologicznych ocen.

5. O ile można zrozumieć ideologiczne haracze płacone w latach pięćdziesiątych czy może jeszcze sześćdziesiątych, o tyle trudno przyjąć to w latach późniejszych. Od drugiej połowy lat siedemdziesiątych, a już z pewnością po lekturze *Głównych nurtów marksizmu* Leszka Kołakowskiego, nic już nie było w tzw. filozofii marksistowskiej czy w nauce opartej na metodologii materializmu dialektycznego i historycznego takie, jak wcześniej: obnażono mizериę intelektualną marksizmu, jego skostnienie myśli – zwłaszcza w ortodoksyjnej wersji leninizmu-stalinizmu, skupiającej się na uproszczonej heglowskiej triadzie dialektyki, która utraciła w swej symplicystycznej wersji jakąkolwiek siłę przyciągającą, o potencjale inspirującym do twórczej nauki nie wspominając.

Próby podejmowane przez niektórych nieortodoksyjnych filozofów skutkowały w oficjalnej nauce odrzuceniem, złowrogo brzmiącym oskarżeniem o rewizjonizm, z reguły wykluczającym z oficjalnego obiegu: tak uczyniono z Schaffowskimi próbami ożywienia myśli nurtem młodomarksowskim¹⁰ (*Marksizm a jednostka* i in.), z perspektywą spojrzenia przez pryzmat jednostki, z koncepcją alienacji, w pewnym sensie personalistyczną próbą odnowienia myśli. Podobnie rzecz się miała z pracami Zygmunta Baumanna, Bronisława Baczk¹¹ czy żywej w pewnych kręgach w czasach pierwszej „Solidarności” myśli Leszka Nowaka, autora rekonstrukcji teorii materializmu historycznego za pomocą aparatury pojęciowej pozytywizmu logicznego, twórcy *nie-Marksowskiego materializmu historycznego*, wyklętego w oficjalnym obiegu. W teorii, czy raczej filozofii prawa – wtedy jeszcze *ex officio* niedopuszczalnej – panował ferment, pamiętny z wystąpień prof. Zygmunta Ziemińskiego i atmosfery zjazdów teoretycznoprawnych, na których niektórzy, jak np. prof. Wojciech Lamentowicz, przedstawiali wyrafinowane polemiki z poglądami głoszonymi *ex cathedra* w teorii prawa¹².

Profesor nie podejmował tego typu rozważań, nie włączał się ani w nurty, które kon-

¹⁰ Zob. Adam Schaff, *Marksizm a jednostka*, Warszawa 1965, a także *Alienacja jednostki w stosunku do własnego „ja” i do własnego życia*, „Roczniki Filozoficzne KUL” 1979, t. XXVII.

¹¹ Np. B. Baczk, *Wokół problemów alienacji*, „Studia Filozoficzne” 1959.

¹² Alternatywne spotkanie – w stosunku do oficjalnej konferencji teoretyków prawa w 1983 r. pod auspicjami ówczesnego Ministra Sprawiedliwości prof. S. Zawadzkiego, znanego z ortodoksyjnych poglądów, miało miejsce „pod gruszą” w ośrodku ministerialnym w Popowie; wówczas dr W. Lamentowicz wygłosił pamiętne rozważania o legitymizacji władzy, z odniesieniami do historii PRL, będące wyrazem fermentu, który panował wśród „młodych” teoretyków, wspieranych duchowo przez profesorów Z. Ziemińskiego, M. Borucką-Arcętową, A. Turską.

testowały panującą rzeczywistość w oficjalnej nauce, nierzadko wkraczając do drugiego obiegu, ani nie podejmował polemiki z tymi, którzy próbowali odświeżyć dominujące w oficjalnej nauce podejście metodologiczne. Wywoływało to poczucie pewnego rozczarowania: wobec szczytów erudycji, świetnego wykształcenia i obycia w świecie, głębi intelektualnych rozważań – raził w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych Jego marksizm, częste powoływanie się na tzw. klasyków, choćby uznać, że Profesor nie był wyznawcą najbardziej ortodoksyjnej wersji marksizmu. Pojawiała się myśl, że ten syn senatora i zwolennika sanacji, niekrytyczny wobec ustroju ujętego w ramy Konstytucji kwietniowej, powtarzając – przy okazji referowania poglądów *burżuazyjnych* myślicieli – formułę **my marksści**, czynił to tak, jakby chciał to sobie wmówić, siebie lub – co jeszcze pewniejsze – kogoś innego przekonać o swojej ortodoksji z zakresu metodologii materializmu dialektycznego i historycznego.

6. Włodzimierz Bolecki w posłowie do Miłoszowego *Zniewolonego umysłu* napisał, że warto czytać tę „powieść parabolę (...), rzecz o ludzkiej duszy, o namiętnościach i ambi-cjach, o zakłamaniu i prawdzie, o okrucieństwie człowieka i historii (...), a także – o manipulacji cynicznie dokonywanej na języku, pojęciach, uczuciach, wartościach, a wreszcie na ludziach (...), wyjaśniając mentalność wschodnioeuropejskich intelektualistów doby stalinowskiej, co jednocześnie samemu autorowi pozwala wyrzucić z siebie resztki trujących jadów oszalałej doktryny”. Podobnie u Gombrowicza, w *Dziennikach z 1954 roku*, czytamy, że Miłoszowe dzieła (*Zniewolony umysł* i *Zdobycie władzy*) pokazują postawę „człowieka przewróconego: „(...) wygląda to tak, jakby on uwierzył komunizmowi, że jest zdruzgotanym inteligentem, i stanął do ostatniego, heroicznego boju jako zdruzgotany inteligent (...)”. Odnosząc się do uwikłań intelektualistów, Gombrowicz pisze, że „człowiek, który nie pozwolił sobie zubożyć, odpowie na twórczość marksizmu inną twórczością, zaskakującą nowym, nieprzewidzianym bogactwem życia” i wreszcie pyta: „Czy Miłosz zdobył się na dostateczny wysiłek, aby wygrzebać się z dialektyki, która go spętała?”¹³.

Czy Profesor, też niewątpliwie „zdruzgotany inteligent”, człowiek po przejściach okresu wojny i stalinizmu, gdy musiał udowodniać wbrew złemu (*burżuazyjno-sanacyj-nemu*) pochodzeniu swą ortodoksyjność, zdołał wygrzebać się z dialektyki, czy nie pozwolił sobie zubożyć? A jeśli tak, to dlaczego uczynił to tak późno – bo dopiero w latach dziewięćdziesiątych, wyzwalając się z *nowej wiary*, a nade wszystko uświadamiając sobie konieczność uwolnienia z historycznych, politycznych, psychologicznych i wreszcie osobistych uwarunkowań: one doprowadziły go, jak i wielu polskich intelektualistów, do „ukorzenia się przed wyrokami Historii i przyjęcia nowej rzeczywistości”, jak pisał Herling-Grudziński¹⁴. To „ukorzenie się” i wyznanie *nowej wiary*, a jednocześnie „zubożenie siebie”, wyrażane było zwrotem „my marksści”: brzmiało ono jak inwokacja, jak rozbudowana apostrofa twórcy zwracającego się do muzy czy bóstwa, z kornym błaganem o pomoc i natchnienie. Jednocześnie zdawało się stanowić formę przekonywania samego siebie, a może także czuwającego stale wielkiego cenzora...

Zdaje się, że Miłoszowe tłumaczenie lgnięcia intelektualistów do systemu totalitarne-go *Hegłowskim ukąszeniem* czy – dalej trawestując – *Marksowskim zakażeniem*, jest zarazem

¹³ W. Gombrowicz, *Dziennik 1953–1958*, s. 150–151.

¹⁴ Cytuję za: A. Franaszek, *Miłosz. Biografia*, Kraków 2011, s. 491.

uproszczeniem i usprawiedliwieniem oportunistycznych postaw. Historia – nie tylko XX wieku – ukazuje, że intelektualiści czują swoisty pociąg do władzy, do dominującej ideologii, że skłonni są sprzyjać rządzącym, poszukiwać legitymizacji dla każdej władzy, jakkolwiek później płacą za to ogromną cenę ze swego autorytetu¹⁵.

7. Gdy po ponad dwudziestu pięciu latach sięgnąłem ponownie do *Przedmarksowskiej myśli politycznej*, znalazłem w lekturze ogromną przyjemność: wynikała ona nie tylko z powodu erudycji autora, rozległości odwołań intelektualnych z zakresu filozofii klasycznej – tej starożytnej, nowożytnej i współczesnej. Radość z lektury powiększa mistrzostwo słowa, lapidarność stylu, ale także głębokie zakorzenie w literaturze i sztuce. Profesor swobodnie poruszał się po dziełach tragedii starogreckiej, cytując Aj-schylosa, Eurypidesa i Sofoklesa. U Eurypidesa dostrzega nie tylko uleganie wpływom sofistów, ale także „Apoteozę kupieckiego indywidualizmu (...) w dramacie *Ifigenia w Aulidzie*, głosząc hymn na chwałę energicznych jednostek, które współzawodniczą między sobą w niebezpiecznych wyprawach po bogactwa”. Czyniąc ukłon w kierunku ideologicznym, dodawał, że „z ducha sofistów wywodzi się postępowe przekonanie Eurypidesa, że niewolnika hańbi tylko nazwa, poza tym szlachetny niewolnik jest we wszystkim równy wolnemu”¹⁶.

Grzegorz Leopold Seidler sięgał chętnie do trylogii sofoklejskiej, w tym do jej trzeciej części – *Antygony*, tak świetnie egzemplifikującej konflikt między dwoma typami norm, między prawem pozytywnym i prawem natury. Wykładał o dramacie *Antygony*, która posłuszna prawu boskiemu wbrew prawu państwowemu chowa zwłoki brata. Przywołanie *Antygony* następuje w kontekście rozważań o Heglu – jego procesie wy-obcowywania się ducha: „Grecka polis” – czytamy – „w której zwyczajowa moralność doprowadza do zupełnego wtopienia jednostki w społeczeństwo – ustępuje społeczności, którą Hegel nazywa bezduszną lub dosłownie – «pozbawioną ducha». Jednostka przestaje być «obywatelem», aby stać się «poddanym» państwa. Odsunięta od spraw publicznych, pozbawiona udziału w podejmowaniu politycznych decyzji, koncentruje swe zainteresowania na rodzinie i sprawach majątkowych. Jest wprawdzie podmiotem prawa prywatnego, ale wyłączona od spraw publicznych, nie bierze udziału w życiu państwa. Na gruncie tej bezdusznej społeczności rozwija się stoicyzm i sceptycyzm. **Ta faza odpowiada czasom imperium rzymskiego, w którym władza i przemoc wojskowa uczyniły z poddanych pasywnych obywateli**”¹⁷.

Tekst ten, czytany w czasach stanu wojennego, skłaniał do zastąpienia słów „czasom imperium rzymskiego” – słowami: **czasom imperium sowieckiego**, kończonych słowami: **„w którym władza i przemoc wojskowa uczyniły z poddanych pasywnych obywateli”**. Takie skojarzenia wywoływała lektura *Przedmarksowskiej myśli* w mrocznych czasach stanu wojennego, wyłączającego społeczeństwo – pobudzone do aktywności okresem „Solidarności” – od spraw publicznych i rodzącego rozczarowanie, bierność i apatię społeczną.

¹⁵ Pociągające jest jednak, że istnieje zawsze grupa niezłomnych, których rodowody – owych *niepokornych* – stanowiąc mogą wzorce i busole na sytuacje trudnych wyborów.

¹⁶ G. L. Seidler, *Przedmarksowska*, s. 107, 109–110.

¹⁷ Tamże, s. 621. Wyróżnienia – P. Sendecki.

Wtedy to, podobnie jak wielu innych przysypany nieprawomyślną, bezdebitową literaturą, pisałem artykuł o alienacji, mając na myśli nade wszystko alienację władzy. Profesor dyskutował na temat alienacji, rzucał swoim zwyczajem myśli i skojarzenia, a na koniec dodał, że w „kierownictwie nie lubią tego Schaffa”, którego prac, pisząc o zagadnieniach alienacji, nie mogłem pominąć. Po napisaniu artykułu Profesor, jako szef uniwersyteckiego wydawnictwa *Annales*, skierował artykuł do recenzji zewnętrznej, wybierając na recenzenta pierwocin naukowych młodszego asystenta – profesora Jerzego Wróblewskiego, twórca całkowicie osobnego – systemowego – podejścia w teorii prawa. Dla tych, którzy wiedzieli o stosunku Profesora do prac Wróblewskiego, określanych Seidlerowskim skrótowym myślowym *ja się tym nie zachwycom*, było jasne, że autora recenzowanego artykułu rzucono na pożarcie. Recenzja była krytyczna, ale nie-deprecjonująca i Profesor zarządził... publikację artykułu pt. *Alienacja u Hegla, Feuerbacha i Marksa w Annales UMCS*¹⁸, na podarowanej wówczas książce umieścić zaś dedykację: „Na pamiątkę postawienia pierwszego kroku w Teorii państwa i prawa”.

8. W przyjętej konwencji tej wypowiedzi myślenie o anatomii antynomii, o poszukiwaniu sprzeczności, tkwiących w dziele i osobie Profesora, wraz z próbą dotarcia do ich źródeł – skłania do sięgnięcia w biografii Bohatera tych rozważań.

Rok 1913, rok narodzin Profesora, jawi się dla wielu jako przynależny do XIX wieku, którego cezurę ustanowić mają dopiero wydarzenia 1914 r., naznaczonego zamachem w Sarajewie i wybuchem I wojny. W sferze twórczości intelektualnej 1913 to rok wielu nowych dzieł, zmieniających dotychczasowe paradygmaty, wzorce i kulturowe punkty odniesienia. Kongenialnie pisze na ten temat P. Szarota w książce *Wiedeń 1913*¹⁹, na której łamach śledzimy symptomy zbliżającej się śmierci XIX-wiecznej Europy i zwiastuny czegoś innego, nowego, a także widzimy postacie, które zmieniły świat XX w.²⁰

Atmosfera stolicy Habsburgskiego imperium, w którym urodził się Grzegorz Leopold Seidler, żyli jego rodzice, a wcześniej ich przodkowie z obu stron, będzie kształtowała mentalność jeszcze długo po upadku *kaiserliche und königliche Monarchie*. Profesor – mimo swego wyczulenia na nowe prądy w nauce prawa, w filozofii, literaturze i sztuce – pozostał dzieckiem XIX wieku. Widać to w przywoływanych w jego dziełach nazwiskach uczonych, na których dziełach się kształcił, w powoływanej literaturze, bibliografii, w której królują autorzy jeśli nie wyłącznie XIX-wieczni, to dodatkowo – ci z przełomu wieków, z lat późniejszych zaś – wyraźnie rzadziej.

9. Odnosząc się do genealogii naukowej, Profesor chętnie wskazywał profesora Jerzego Landego jako swego mistrza. Tak pisał o J. Landem: „Moje zainteresowania historią doktryn obudził przed laty Jerzy Lande, pod którego wpływem rozpocząłem nad nimi studia. Mimo odmienności założeń filozoficznych i metodologicznych czuję się uczniem tego mądrego i szlachetnego człowieka. Jego wiedza, charakter i dbałość o język sprawi-

¹⁸ *Annales UMCS Sectio G*, Vol. XXX, 1983.

¹⁹ P. Szarota, *Wiedeń 1913*, Gdańsk 2013.

²⁰ Einsteina, Freuda, Kafkę, Hayeka, Hitlera, Trockiego i Stalina, Poppera i Wittgensteina, Alnę Mahler uwiklaną w romanse z Kokoschką i Gropiusem, Musila, Schnitzlera, Zweiga i Rittnera, Schoenberga, Berga, Weberna, Szymanowskiego, Fitelberga, Prousta, który wtedy opublikował *W stronę Swanna* oraz Joyce'a, który zaczął pisać *Ullisesa*.

ły, że pozostanie on dla mnie na zawsze wzorem najlepszych tradycji akademickich”²¹. Szedł jednak jeszcze dalej, wywodząc swe korzenie naukowe – poprzez Landego – od Leona Petrażyckiego. Jego szerokie spojrzenie na prawo, przeciwne redukowaniu norm do postaci językowej, pojmowanie prawa jako faktu psychologicznego, przeżycia prawnego, swoistej emocji imperatywno-atrybutywnej, rozróżnienie prawa intuicyjnego, pozytywnego i oficjalnego – rozwijane było przez Landego, który propagował myśl Petrażyckiego. Lande upowszechnił ideę o wielopłaszczyznowości prawa, której refleksem zdaje się być Seidlerowski model wszechstronnej analizy prawa²².

Przekonanie o zasadniczej roli J. Landego w początkowym okresie kariery naukowej Profesora zostało zachwiane po lekturze szkicu autobiograficznego, w którym pisząc o swym doktoracie, podał: „(...) napisałem i obroniłem pracę doktorską na Uniwersytecie Jagiellońskim u profesorów Macieja Starzewskiego i Jerzego Landego”²³. Ta kolejność i w ogóle pojawienie się nazwiska Starzewskiego, legionisty, od 1931 profesora UJ, kierownika Katedry Prawa państwowego i międzynarodowego – wywołały pewne zaskoczenie, gdyż dotąd Profesor wspominał wyłącznie prof. Landego jako swego promotora. Doktorat Profesora, zresztą faktycznie niedostępny, owiany był pewną aurą tajemniczości, którą niektórzy wiązali z całkowicie odmiennymi zapatrywaniami Profesora w latach sanacji, niedającymi się pogodzić z dominującym po wojnie podejściem metodologicznym.

Profesor A. Pieniążek w swym szkicu biograficznym ujawnił, że profesor Seidler „w roku 1937 skończył rozprawę doktorską, która dotyczyła idei filozoficzno-społecznych leżących u podstaw polskich konstytucji okresu międzywojennego”²⁴. Gdy zważy się, że rozprawa doktorska pisana była niedługo po uchwaleniu Konstytucji kwietniowej z 1935 roku, która realizowała zapoczątkowane nowelą majową zmiany odchodzące od modelu demokracji parlamentarnej, kierując nawę państwową na częste w ówczesnej Europie tory autorytarne paradygmatu władzy – wytłumaczenie niedostępności doktoratu nasuwa się z dużą sugestywnością. Pamiętać też należy o udziale ojca Profesora, adw. Teodora Seidlera²⁵, pełniącego mandat senatora, w pracach komisji konstytucyjnej oraz o pracy samego Grzegorza Leopolda Seidlera w Biurze Prac Parlamentarnych Sejmu, a następnie Senatu od około 1936 roku. Trudno wyobrazić sobie, by Profesor reprezentował wówczas poglądy skrajnie odmienne od panujących w instytucjach władzy ustawodawczej.

Wydaje się, że w tamtych czasach Profesor w zainteresowaniach naukowych bliższy był Katedrze Prawa Państwowego, kierowanej przez profesora Starzewskiego, którego postać wzbudza ciekawość: poza aktywnością naukową był posłem z ramienia OZON-u, platformy politycznej neutralizującej zarówno część dawnych współpracow-

²¹ G. L. Seidler, *Przedmarksowska*, s. 6.

²² G. L. Seidler, *W poszukiwaniu systemu wszechstronnej analizy prawa*, *Annales UMCS*, Sec. G, vol. XVI, 1967.

²³ G. L. Seidler, *Co mogę powiedzieć o sobie. W 85 rocznicę urodzin*, (w:) *Dziesięć lat pierwszego Klubu Rotary w Lublinie*, Lublin 2000, s. 83.

²⁴ A. Pieniążek, *Profesor Grzegorz Leopold Seidler*, (w:) *Państwo, prawo, myśl prawnicza. Prace dedykowane Profesorowi Grzegorzowi Leopoldowi Seidlerowi w dziewięćdziesiątą rocznicę urodzin*, Wydawnictwo UMCS Lublin 2003, napisał: „W pracy tej dowodzi, że każdy system prawa kształtuje świadomość społeczeństwa zależnie od podstawowych idei, zawartych głównie w konstytucji. Idee te uzasadniają system prawny, nadają mu sens, determinując jednocześnie kierunki tworzenia i stosowania prawa”.

²⁵ P. Sendeki, *Adw. dr Teodor Seidler i prof. dr Grzegorz Leopold Seidler*.

ników Marszałka, jak i zwolenników prezydenta Mościckiego. Co ciekawe, i czym zajmą się zapewne wypowiadający się na temat zainteresowań Grzegorza Leopolda Seidlera zagadnieniem biurokracji²⁶, profesor Starzewski jest autorem pracy *Państwo, praworzędność i biurokracja*²⁷, a pisał także o teorii społeczno-politycznej Staszica i Janie Jakubie Rousseau, o konstytucjach II RP, faszyzmie, komunizmie, demokracji i totalizmie... Zasięg zainteresowań prof. Starzewskiego bliski jest późniejszym polom badawczym jego ucznia.

10. Gdy mowa o osobach, które wpłynęły na rozwój osobowości Profesora Seidlera oraz kierunku jego zainteresowań naukowo-badawczych, nie sposób nie wspomnieć o kolejnej ważnej postaci w życiu Profesora, jaką był Henryk Kołodziejski²⁸. A. Garlicki wspomina kilkakrotnie o szczególnej roli Kołodziejskiego jako „szarej eminencji” w Dwudziestoleciu i przywołuje wypowiedź Bernarda Singera²⁹ w felietonie z lat trzydziestych, zatytułowanym *Tajny radca mężów stanu*, w którym czytamy: „Cichy, skromny człowiek, był i jest jednak centralną figurą w życiu politycznym Polski. Nie przemija mimo zmiany kursu w Polsce. Pokój jego na parterze odegrał rolę historyczną i zna mężów stanu różnych odcieni”³⁰.

Profesor w trakcie rozmów przywoływał postać Henryka Kołodziejskiego, ale w spisanych wspomnieniach pojawia się bodajże raz na marginesie uwag o kierowaniu przez Profesora Instytutem Kultury Polskiej: „W Londynie zrozumiałem idee dyrektora Biblioteki Sejmowej, Henryka Kołodziejskiego, z okresu mojej pracy w Sejmie, że mądrością

²⁶ G. L. Seidler pisał o biurokracji m.in. w artykule *The Concept of Bureaucracy in the Enlightenment*, (w:) *Transactions of the Sixth International Congress on the Enlightenment*, Brussels 1983, Oxford 1983; sekundował też napisanemu przeze mnie artykułowi pt. *Biurokracja a racjonalność*, opublikowanemu w: *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986, stanowiącemu fragment przygotowywanej wówczas rozprawy doktorskiej, poświęconej biurokracji.

²⁷ M. Starzewski, *Państwo, praworzędność i biurokracja*, pierwodruk: „Czas” z 5 listopada 1938 r., nr 304; czytamy tam m.in., że biurokracja „świadoma trwałych konieczności życia państwowego, rozumiejąca niezmiennie interesy Państwa – jest wartością nie do zastąpienia. Staje się elementem, zdolnym przeciwważyć nawet wady ustroju politycznego (widzimy to we Francji) – zdolnym wytworzyć tę pewną stałość i solidność organizacji, jakich nie są w stanie dostarczyć ramy systemu.

²⁸ O Henryku Kołodziejskim pisze A. Garlicki, *Piłsudski 1867–1935*, Kraków 2012, gdzie czytamy o ważnej roli Kołodziejskiego w establishmencie lat dwudziestych (s. 438) oraz tegoż autora *Piękne lata trzydzieste*, Warszawa 2008, w którym na temat przesilenia rządowego w 1930 roku napisano: „Ważną rolę w porozumieniu odegrał dyrektor Biblioteki Sejmowej, Henryk Kołodziejski”, s. 97. H. Kołodziejski, absolutnie UJ, gdzie uzyskał doktorat z filozofii, od wczesnej młodości w ruchu niepodległościowym; po 1918 współzałożyciel Instytutu Gospodarstwa Społecznego i Biblioteki Sejmowej, której był dyrektorem w latach 1920–1939; przypisywano mu też czołową rolę w masonerii, a jednocześnie postawę wybitnie propaństwową; po II wojnie został posłem do KRN (!), a następnie na Sejm Ustawodawczy, był działaczem spółdzielczym, w latach 1947–1949 – kierownikiem Biura Kontroli przy Radzie Państwa, pierwszym szefem NIK, od lutego 1947 członkiem Rady Państwa i równocześnie od 1949 prezesem Naczelnej Rady Spółdzielczej, bezpartyjnym członkiem Prezydium FJN.

²⁹ Bernard Singer – dziennikarz prasy żydowskiej w międzywojniu, potem więzień Workuty, pracownik Ambasady RP w Kujbyszewie, skąd wyjechał do Londynu z amb. A. Kotem, kontynuując pracę w Ministerstwie Informacji i Dokumentacji, dziennikarz wydawanego przez ambasadę PRL „Tygodnika Polskiego” oraz w prasie krajowej (w „Słowie Polskim”, „Dzienniku Zachodnim”, „Życiu Warszawy”, „Kurierze Codziennym”). W drugiej połowie lat czterdziestych tajny współpracownik Departamentu VII MBP (pseudonim „Rex”). Współpracował z „The Economist” i „The Observer”. Autor zbioru esejów *Od Witosa do Sławka*, Paryż 1962.

³⁰ A. Garlicki, *Piękne lata trzydzieste*, Warszawa 2008, s. 97.

polityczną jest doprowadzenie i zawieranie kompromisów. On też w istocie był kaptalnym mediatorem³¹.

Zakamuflowanego wpływu H. Kołodziejskiego, jak się zdaje, nie da się dziś rozjaśnić bez uwikłania się w spiskowe teorie dziejów, czemu sprzyja powiązanie dyrektora biblioteki Sejmu z masonerią. Jednak z samych wypowiedzi Profesora ten wpływ daje się odkodować, także wtedy, gdy Profesor ujawnia swój światopogląd z lat trzydziestych, który sprowadził do głoszenia idei syndykalistycznych³². Niewątpliwie postać Kołodziejskiego, twórcy spółdzielczości, jego rola w Dwudziestoleciu, ale także w pierwszym dziesięcioleciu władzy komunistycznej i PRL, stanowi przyczynek do rozważań nad losami Profesora, który zdawał się podążać tropem swego mentora z okresu pracy w Sejmie, a może także z lat powojennych. Każę także dostrzec antynomiczne rysy postaci. Pochylając się nad rysem biograficznym, wydaje się, że Profesor, wzorem Kołodziejskiego, chciał być „centralną figurą w życiu politycznym Polski” i – parafrazując wypowiedź Singera – nie przemijać „mimo zmiany kursu w Polsce”.

11. Rozważania o Seidlerowskich antynomiach zamknijmy spojrzeniem na aktywność Profesora podczas ponad dwudziestoletniej emerytury profesorskiej, która objęła schyłek PRL i piętnaście lat okresu III RP. Ten indywidualista, w istocie samotnik, chodzący swoimi drogami – potrzebował zawsze ducha *agape*, rozumianego jako altruistyczne spotkanie wspólnotowe, łączone nierzadko z biesiadowaniem. W trakcie takich *agape* skupiał uwagę, jego słowa migotały i skrzyły się dowcipem, pieniąc się i musując jak dobry szampan, który nierzadko z hukiem strzelał korkiem. Taką formę agapowych spotkań odnalazł w reaktywowanym ruchu Rotary w Polsce, którego był wskrzesicielem, rozszerzając przy tym znacznie swe otoczenie towarzyskie. Dotąd ograniczone było do bliższych i dalszych współpracowników, których – jeśli nie przechodzili do kręgu tych, „którymi się nie zachwycał” – traktował, mimo nierzadkich turbulencji, z przyjaźnią. Wyrażając potrzebę duchowego związku z innymi umieszczał chętnie jako motto słowa: „Tylko wtedy, gdy człowiek potrzebny jest innym, odnajduje cel swego istnienia”. Można powiedzieć – wbrew pobieżnemu odebraniu tych słów jako pochwały altruizmu – że u ich głębi leżał głęboki egotyzm, ale czyż można sobie wyobrazić człowieka nieprzeciętnego wolnego od koncentrowania się na swojej osobie.

Lata dziewięćdziesiąte i początek XXI wieku to okres wydawania rozprawek, głównie dotyczących zagadnień myśli polityczno-prawnej. Czytamy zatem napisane pięknym językiem *Notatki o racjonalizmie*, traktujące o tak mu bliskich problemach, jak wpływ nauk ścisłych na humanistykę, racjonalizm, który „w miarę jak się umacniał w XVI i XVII wieku, stawał się faktycznie wiarą, która była i jest obecnie namiastką religii dla niektórych intelektualistów”³³. W innym eseju pisze o „paradoksie racjonalizmu, który doprowadza do uzasadnienia i legitymizacji absolutnej władzy”³⁴, wieńcząc rozważania przypomnieniem słynnego wykładu I. Berlina z 1958 roku pt. *Two concepts of liberty*³⁵,

³¹ G. L. Seidler, *Co mogę powiedzieć o sobie*, s. 85.

³² Tamże napisał: „W roku 1932 zostałem wprowadzony do ZET-u jako aktywny głosiciel idei syndykalistycznych”, s. 84.

³³ Tamże, s. 10.

³⁴ Tamże, s. 65.

³⁵ Zob. też zbiór esejów G. L. Seidlera pod tytułem *On Pluralism*, Lublin 2001, z symboliczną okładką – por-

stanowiącego ostrą krytykę systemów totalitarnych i pochwałę liberalistycznej koncepcji wolności³⁶. Zaznaczyć należy, że Berlin, którego G. L. Seidler szczególnie cenił, napisał wstęp do książki Profesora opublikowanej w Oxfordzie w 1968 roku³⁷. Już te ostatnie przywołania dowodzą zasadniczej zmiany w pojmowaniu dorobku oświeceniowego, i jego filozoficznych i metodologicznych ciągów dalszych, tak bliskich niegdyś Profesorowi. W istocie mamy do czynienia z całkowitym odejściem od oświeceniowej wiary w postęp ludzkości, na której była ufundowana myśl marksistowska.

12. Wspomniany zbiór esejów Profesora, w którym zawarł krytyczne uwagi pod adresem dziedzictwa oświeceniowego, obejmuje też pełne urody rozważania nad wybranymi rycinami Goi, przywołanymi, „aby ujrzyć wielkie idee Oświecenia w artystycznej twórczości”³⁸. Nie ograniczył się do słynnych *Los Caprichos*, w których nadal zauważał krytykę panującego porządku feudalnego, ale także odniósł się do kolejnego sławnego cyklu Goi – *Okropności wojny*, łącząc erudycyjnie refleksje nad sztukiem z analizą wybranych wątków myśli oświeceniowej. Znamienne, że w okresie panującego postmodernizmu, kwestionującego wszelkie systemy wartości, dokonującego dekonstrukcji pojęć i idei zawartych w interpretowanych tekstach, obnażającego i podważającego dorobek racjonalizmu, ale także walczącego z arbitralnymi systemami i mitami determinującymi wizję człowieka, Profesor Seidler – tu znowu dostrzegamy antynomiczność – zajął się ponownie racjonalizmem, obciążanym przez postmodernistów odpowiedzialnością za genezę totalitaryzmów: taką ich ocenę zaczął podzielać.

W zbiorze *Wątpliwości. Dubito ergo sum* z 2002 roku znajdziemy powrót do klasycznych rozważań nad realizmem i idealizmem, w których powróci dyskurs z Kantem. W kolejnym eseju, pt. *Formowanie się mentalności zachodniego człowieka*, przypomniał swą pracę z 1984 r. pt. *W poszukiwaniu naczelnąj idei*: pisał w niej o przemianach mentalności na przestrzeni wieków, widząc człowieka starożytności jako *homo harmonicus*, średniowiecza jako *homo hierarchicus*, czasów nowożytnych – *homo liber*, człowieka przyszłości zaś – *homo socialis*. W omawianym eseju z 2002 roku, wskazując na swoistego *homo globalicus*³⁹, przygotowanego do „obywatelstwa światowego, mającego świadomość przynależności do ojczyzny, jaką jest ziemia”, „do” – a jednak – „światowej międzynarodówki”!!! – konkluduje:

„Wiem doskonale, że pomysły myślicieli oświecenia, którzy pragnęli zbudować państwo niebiańskie na ziemi, gdzie racjonalnie myślące społeczeństwo będzie wyzwolone od uprzedzeń, iluzji i zabobonów – podobnie jak platoński elitaryzm mędrców – okazały się kuszącą utopią. Ale wracam myślą do amerykańskiego filozofa i poety Henry’ego Davida Thoreau (1817–1862), który powiada, że kiedy widzi siekierę karczującą las, Bogu dziękuje, że nie wycina ona obłoków. Są bowiem odwieczne, niezmiennie, uniwersalne wartości, takie jak miłość matczyzna, spokój natury, godność człowieka, gotowość służenia

tretem sir Isaiaha Berlina, któremu poświęcił esej oraz wspominał o spotkaniu w Oxfordzie w 1957 roku, stając się jego wielkim admiratorem – s. 11 wraz z przypisem.

³⁶ Tamże Profesor napisał: „He was a biographer of Marx, a scholar of the Romantic movement, and a defender of the liberal idea of freedom against Soviet tyranny”.

³⁷ *The Emergence of the Eastern World. Seven Essays on Political Ideas with a Foreword by sir I. Berlin*, Pergamon Press, Oxford 1968.

³⁸ G. L. Seidler, *O kilku rycinach Goi*, (w:) *Notatki o racjonalizmie*.

³⁹ Nie używając jednak takiego określenia. Zob. G. L. Seidler, *Wątpliwości*, s. 42–44.

innym, czy wreszcie odwaga i poświęcenie, gdy zgaśnie nadzieja. Wartości te są – zdaniem Thoreau – światłem człowieka w najgłębszych nawet ciemnościach. Od siebie dodam, że jestem świadom: *per crucem ad lucem* – przez krzyż do nieba⁴⁰. Ten podniosły ton eseju i swoistą konfesję wieńczy inwokacja do świadomości, która się „rodzi i która przyczyni się do powstania międzynarodówki obywatelskiej, która powinna nas doprowadzić do ucywilizowania Ziemi – do stworzenia społeczeństwa świata – *contra spem spero*”⁴¹.

13. Rodzi się refleksja, że zaprawdę był Profesor dzieckiem XIX wieku, wychowanym na literaturze tego czasu, z jej neoromantycznymi, nierzadko mesjanistycznymi wątkami, wśród których nie zabrakło owego *contra spem spero* – wierzę wbrew nadziei, zaczerpniętego z wiersza M. Konopnickiej – *Przeciw nadziei*. Czytamy w nim jakże bliskie Profesorowi treści:

„(...)

Przeciw nadziei i przeciw pewności

Wystygłych duchów i śmierci wróżbitów

Wierzę w wskrzeszenie popiołów i kości,

W jutrznię błękitów...

I w gwiazdę ludów wierzę wśród zawiei,

Przeciw nadziei!”

Gdy dzisiaj przytaczamy te strofy, przychodzą na myśl powtarzane przez Profesora słowa, że jest *tragicznym optymistą*. Jednocześnie parafrazował Kartezjuszowską formułę, tworząc swoją, często w latach 90. przywoływaną jako dewiza: *Dubito ergo sum* (Wątpię – więc jestem). Nie bez przyczyny więc wśród bohaterów literackich i pisarzy, określających Jego osobowość i sympatie intelektualne, byli: walczący z wiatrakami Don Kichot Cervantesa i Guliwer Swifta⁴², Szekspir i Swinbourne, a z polskich autorów Staff i Szymborska⁴³. Kilkakrotnie cytował Fausta Goethego⁴⁴, z ulubionym fragmentem Fausta, za którym oznajmiał:

„Ach, oto wszystkie fakultety

Przebyłem: filozofię, prawo

I medycynę.

Lecz za to wszelką radość mi wydarto;

(...)

Ani mnie nawet nadzieja nie łudzi

Bym mógł poprawić i nawrócić ludzi.”

⁴⁰ Tamże, s. 43–44.

⁴¹ Tamże.

⁴² G. L. Seidler w *Przedmarksowskiej* pisał: „Swift w sposób doskonały ironizuje na temat wizji technokratycznego ustroju, gdy opisuje dzieje Guliwera, który znalazł się w państwie Laputa rządzonej przez uczonych matematyków i astronomów. Szybując na latającej wyspie, uczeni władcy Laputy sterroryzowali poddanych, którzy żyli w ciągłym strachu przed gniewem swych panów grożącym im zagładą z przestworzy”, s. 462.

⁴³ G. L. Seidler w *Co mogę powiedzieć o sobie* pisał: „Lubię również poezję, która w prostych kilku jasnych słowach dotyka spraw najistotniejszych ludzkiej egzystencji. Tak jak to czyni Staff czy Szymborska. Ale najczęściej powtarzam w myśli wiersz Swinburne’a...”, s. 88.

⁴⁴ Tamże, s. 87.

I znowu napotykaemy kolejną antynomię: *contra spem spero* – wierzę wbrew nadziei i jednocześnie: „ani mnie nawet nadzieja nie ludzi bym mógł poprawić i nawrócić ludzi”. Tak to już jednak będzie zawsze z Profesorem, gdzie bogata osobowość spiera się i walczy sama ze sobą: to zdaje się być Jego szczególną cechą.

Przez lata nie mogłem się zgodzić z Seidlerowską formułą na temat relacji między prawem i moralnością: profesor mawiał, że „prawo stwarza ramy, w których rozwija się moralność”, dodając jeszcze uwagi o uwarunkowaniu klasowym norm moralnych i ich relatywizmie. Nie sposób było przyjąć takiego spojrzenia w latach komunizmu: moralność i prawo aż nadto wyraźnie rozchodziły się ze sobą. W wartościach moralnych widziano zarazem jedyny stabilny punkt odniesienia dla społeczeństwa, jak i środek walki z prawem, instrumentalnie nastawionym na ochronę interesów aparatu partyjnego, etatystycznej, bezproduktywnej gospodarki i zideologizowanego państwa. Dawne przekonanie zachwiało się, gdy przeczytałem o wykładzie Profesor Ireny Lipowicz⁴⁵, w którym Rzecznik Praw Obywatelskich wypowiedziała się na temat zanikania wspólnych fundamentów wartości, relatywizacji i atrofii aksjologii, bez których brak jest bazy dla budowania porządku państwowego i zaufania społecznego. Diagnozując taki stan rozchwiania społecznego i atrofii wartości, stwierdziła, że prawo staje się *rodzajem zewnętrznego szkieletu*, jedynego wspólnego elementu kształtującego wspólnotę. W tej myśli, wypowiedzianej z diametralnie odmiennych pozycji ideowych, paradoksalnie zabrzmiała Seidlerowska formuła o relacji między prawem i moralnością.

- Fascynująca, ale jakże skomplikowana była daleka droga, jaką przebył Profesor Seidler:
- Grzegorz Leopold – hojnie przy okazji chrztu, na przyszłość obdarowany kompleksem nieruchomości na poznańskim św. Marcynie,
 - przez babkę – krewny lwowskiego arcybiskupa obrządku ormiańskiego Romaszkana,
 - syn wziętego adwokata – członka Naczelnej Rady Adwokackiej, senatora RP i współtwórcy Konstytucji kwietniowej,
 - zdobywca szlifów naukowych pod skrzydłami sanacyjnych profesorów Uniwersytetu Jagiellońskiego – Macieja Starzewskiego i Jerzego Landego – ucznia Leona Petrażyckiego,
 - pupil szarej eminencji sanacji i ważnej postaci pierwszego dziesięciolecia PRL – Henryka Kołodziejskiego,
 - uczestnik kampanii wrzeźniowej,
 - erudyta, myśliciel, znawca ustrojów państwowych i systemów prawnych, filozofii, historii myśli, literatury i sztuki,
 - marksista i towarzysz, kosmopolita i poliglota, światowiec, noszący się nienaganie jak angielski *gentleman* – w szytych na miarę garniturach, dyplomatce, edenie, i z elegancką laską,
 - obywatel świata, ocierający się przez całe życie o wielkich tego świata,
 - wreszcie profesor, rektor i budowniczy UMCS, *visiting-professor* na prestiżowych uniwersytetach zachodnich,

⁴⁵ Zob. artykuł E. Kiedio, *Konfrontacja wiary*, „Tygodnik Powszechny” nr 43 z 23 października 2013 r.

- niewolny od ideologicznych koncesji i płacenia haraczu z konformizmu, czerpiący z „uroków dworu”⁴⁶,
- „chirurg”, który nawoływał do amputacji tworu społecznego, zbudowanego ze społecznego i narodowego buntu przeciw totalitaryzmowi i upodleniu człowieka,
- nade wszystko uczony i z ducha państwowiec, ze szkodą dla siebie skłonny wdawać się w bieżącą politykę i ideologię,
- powracający wreszcie – w skromności ducha – do swych korzeni, bogatych w imponderabilia, tak po mieczu, jak i kądzieli.

Jedna wielka antynomia.

⁴⁶ Celne określenie W. P. Szymańskiego w pracy pod tytułem *Uroki dworu*, Kraków 1993, zbiorze esejów krytycznoliterackich na temat kolaboracji wybitnych pisarzy z władzami PRL.

Summary

Piotr Sendeki

SEIDLER'S ANTINOMIES

– ON 100TH BIRTH ANNIVERSARY OF THE PROFESSOR

The author analyses the personage of professor Grzegorz Leopold Seidler from the angle of contradictions existing in himself, assuming the convention of spinning out the digressions and references to arts and literature which was familiar to the professor. Professor Seidler was using the term of antinomy in his lectures of philosophy of law willingly: he was talking of antinomies in law, presenting them against a background of history of philosophy and political-legal doctrines, also embracing 20th century. In fact he was full of internal contradictions himself, both in his life as well as in his academic achievements. Erudition, intellectual depth of ideas of the professor is stressed, as well as the conditions of time and place, which created the liaison with Marxism, application of methodology of dialectical and historical materialism, when his intellectual friability was exposed, involvement in ideology and affiliation with communist party. Family and intellectual roots of the Professor were presented, development in interwar period, being in the circle of right wing elites of pre-war Poland. The author discusses the studies at Jagiellonian University, first academic achievements, raised under the wings of professor Maciej Starzewski and professor Jerzy Lande – student of Leon Petrażycki, including the political system and history of political-legal ideology. The attention is drawn to work in the Library of the Sejm and the Senate, stressing the connection of the professor with the establishment of those times. The essay ends with considerations on spiritual transformation which took place within the last 15 days of life of G. L. Seidler, on his role in rebirth of Freemasonry in Poland and on his last dissertations and attitude to the reality.

KEY WORDS: Grzegorz Leopold Seidler, antinomies, legal theory, Maria Curie-Skłodowska University

POJĘCIA KLUCZOWE: Grzegorz Leopold Seidler, antynomia, teoria prawa, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

A Adwokatura dziś i jutro

Radostaw Baszuk

TAJEMNICA ZAWODOWA W WYJAŚNIENIACH OBWINIONEGO SKŁADANYCH W POSTĘPOWANIU DISCYPLINARNYM

W grudniu 2013 r. na łamach portalu „adwokatura.pl” opublikowałem tekst dotyczący zagadnienia tajemnicy adwokackiej w postępowaniu dyscyplinarnym. Specyfika mediów elektronicznych ceni zwiążłość wypowiedzi, co ma swoje dobre strony. Nie zawsze pozwala jednak na przedstawienie wszystkich niuansów analizowanego problemu. Opublikowany tekst spotkał się z pewną reakcją środowiskową, co z oczywistych powodów może jedynie cieszyć autora. Za namową kolegów adwokatów, których zdanie cenię, a także dzięki uprzejmości redakcji „Palestry”, która wyraziła zainteresowanie cyklem publikacji dotyczących tajemnicy adwokackiej, przedstawiam uzupełnioną i rozszerzoną wersję artykułu. W celu zachowania spójności w opisie zagadnienia dotyczyć on będzie wyłącznie zagadnienia tajemnicy adwokackiej w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym.

Konieczne jest jeszcze jedno zastrzeżenie. Poniższy tekst jest próbą analizy sytuacji procesowej adwokata będącego obwinionym w postępowaniu dyscyplinarnym. Rozważania w nim zawarte dotyczą zagadnień *stricte* proceduralnych, zachowań organów procesowych i stron postępowania dyscyplinarnego podejmowanych w określonej sytuacji procesowej oraz ich prawnych konsekwencji. Tekst ten nie dotyczy materialnej treści instytucji tajemnicy adwokackiej, jej etyczno-zawodowych uwarunkowań i zakresu obowiązywania. W uproszczeniu – nie szuka odpowiedzi na pytanie, czy adwokat zobowiązany jest do przestrzegania tajemnicy zawodowej (odpowiedź w wymiarze aksjologicznym jest oczywista i może być tylko twierdząca), ale na pytanie, czy jej naruszenie w określonej sytuacji procesowej może stanowić podstawę do odpowiedzialności dyscyplinarnej lub karnej.

Adwokacka procedura dyscyplinarna regulowana jest przez przepisy Działu VIII ustawy Prawo o adwokaturze, w sprawach zaś w nim nieuregulowanych, z mocy art. 94n, przez odpowiednio stosowane przepisy Kodeksu postępowania karnego. Jedynym

przepisem dotyczącym odpowiedzialności dyscyplinarnej, który dotyka zagadnienia tajemnicy adwokackiej, jest art. 95a, upoważniający sąd dyscyplinarny do wyłączenia jawności rozprawy, jeżeli jawność zagraża ujawnieniu tajemnicy adwokackiej. Tym samym uznać należy, że brak jest przeszkód, by w postępowaniu dyscyplinarnym stosować odpowiednio te przepisy k.p.k., które dotyczą tajemnicy obrończej i adwokackiej, to jest art. 178 i 180 § 2 k.p.k. Przepisy te, co wprost wynika z ich treści i umiejscowienia w systematyce kodeksu, dotyczą jednak świadków, nie oskarżonych (obwinionych w postępowaniu dyscyplinarnym). Dla analizy problemu przedstawionego w tytule artykułu są zatem w oczywisty sposób nieprzydatne.

Obowiązujący system prawny nie zapewnia ochrony totalnej obowiązkowi zachowania tajemnicy adwokackiej. Tajemnica zawodowa jest jedną z wielu wartości obecnych w obrocie prawnym i może wchodzić w konflikt z innymi jego wartościami. Także w postępowaniu dyscyplinarnym, co zauważył ustawodawca we wspomnianym już art. 95a. Przepis ten reguluje tzw. jawność zewnętrzną rozprawy. Wskazuje, kto może być obserwatorem procesu, lecz nie odnosi się do uczestników postępowania dyscyplinarnego. Tak ustawa Prawo o adwokaturze, jak i odpowiednio stosowany k.p.k. nie zawierają żadnych przepisów dotyczących sytuacji, w której do ujawnienia tajemnicy adwokackiej dochodzi lub dojść może w wyniku złożenia wyjaśnień przez obwinionego w toku postępowania dyscyplinarnego. Znamienne jest przy tym, że ustawodawca, nakazując w zakresie nieuregulowanym odpowiednie stosowanie przepisów k.p.k., ów zakres nieuregulowany odnosi jedynie do przepisów Działu VIII ustawy, nie zaś do przepisów ustawy Prawo o adwokaturze w ogólności. Oznacza to, że przepis art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze (jako umieszczony poza Działem VIII ustawy) nie ma w systematyce przepisów dotyczących procedury dyscyplinarnej charakteru samoistnej normy procesowej, musi natomiast podlegać zasadom wykładni z uwzględnieniem treści art. 95a ustawy, odpowiednio stosowanych przepisów k.p.k. oraz wypowiedzi doktryny i orzecznictwa dotyczących wyjaśnień i zeznań osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej.

Obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym, tak jak oskarżony w postępowaniu karnym, ma prawo składać wyjaśnienia, może jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. O prawie tym należy go pouczyć (art. 175 § 1 k.p.k.). Żaden organ procesowy nie ma prawa żądania od obwinionego złożenia wyjaśnień, czego nie należy mylić z obowiązkiem przeprowadzenia czynności procesowej w celu umożliwienia obwinionemu złożenia wyjaśnień oraz pouczenia o przysługujących mu prawach. Przyznanie obwinionemu prawa do odmowy wyjaśnień ze względu na tajemnicę zawodową jest zbędne, gdy weźmie się pod uwagę wynikające z przywołanego przepisu prawo do odmowy składania wyjaśnień bez podania przyczyny.

Profesor Marian Cieslak już w roku 1964 napisał, że „wymaganie od oskarżonego, by pozwolił się skazać niewinnie dlatego tylko, że odpowiednie fakty świadczące na jego korzyść są z tych czy innych względów objęte tajemnicą, graniczyłoby wprost z niedorzecznością”¹. Głosowana przez niego uchwała SN stwierdziła natomiast, że obowiązek zachowania milczenia upada, jeżeli adwokat w związku z treścią danej rozmowy ze

¹ M. Cieslak, *Glosa do uchwały SN z dnia 29 listopada 1962 r.*, VI KO 61/62, „Państwo i Prawo” 1963, z. 7.

swaim klientem znalazł się w pozycji obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym lub oskarżonego w postępowaniu karnym.

W przypadku oskarżonego (obwinionego), który chce złożyć wyjaśnienia, dochodzi do kolizji między prawem do ich złożenia a obowiązkiem zachowania dyskrecji, gdyby wyjaśnienia te miały dotyczyć informacji poufnych. Zestawiając ze sobą wartości tajemnicy zawodowej oraz prawa do obrony w postępowaniu karnym lub dyscyplinarnym, nie sposób nie zauważyć, że prawo do obrony wydaje się być wartością wyższą, już choćby dlatego, że bez wątpienia jest prawem o charakterze konstytucyjnym. Jeśli obrona przed przedstawionym zarzutem wymaga ujawnienia przez obwinionego danej okoliczności, zawodowy obowiązek dyskrecji nie powinien takiej efektywnej obrony uniemożliwiać. To obwiniony musi podjąć decyzję, czy przemilczeć fakty objęte tajemnicą, czy ujawnić je, korzystając z prawa do obrony². To, że Prawo o adwokaturze nie przewiduje zwolnienia adwokata – depozytariusza tajemnicy – z jej zachowania w razie postawienia go w stan oskarżenia lub obwinienia, niczego w tej kwestii nie zmienia. Konsekwentnie przyjąć należy, że obwiniony w takiej sytuacji może ujawnić w zakresie niezbędnym dla własnej efektywnej obrony poufne dokumenty, także wtedy, gdy wiadomości w nich zawarte chronione są zakazami dowodowymi, art. 226 k.p.k. nie znajduje zaś w takim wypadku zastosowania.

Wykładnia systemowa i celowościowa przemawiają za tym, że ujawnienie przez oskarżonego w procesie karnym, w trakcie wyjaśnień, tajemnicy chronionej prawem nie podlega rygorom dotyczącym zwalniania z zachowania tej tajemnicy przewidzianym dla świadków. Przewidziane w art. 175 k.p.k. prawo do składania wyjaśnień rozciąga się na wszelkie okoliczności mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i obrony oskarżonego. Wśród tych okoliczności mogą znaleźć się także informacje stanowiące tajemnicę podlegającą ochronie prawnej. Oskarżonemu przysługuje prawo do całkowitej lub częściowej odmowy wyjaśnień i w związku z tym on i tylko on samodzielnie decyduje, czy ujawnić wspomniane okoliczności. Uznanie obowiązku zwalniania oskarżonego z zachowania tajemnicy byłoby jednoznaczne z przyznaniem organowi procesowemu prawa do decydowania o zakresie wyjaśnień i zakresie prawa do obrony. Ujawnienie przez oskarżonego w wyjaśnieniach tajemnicy podlegającej ochronie prawnej nie jest sprzeczne z normami prawnymi i nie może być uznane za czyn zabroniony, o ile okoliczności objęte tajemnicą mają związek z przedmiotem postępowania (odpowiedzialnością za zarzucony czyn)³.

Nie istnieją żadne racjonalne powody, dla których adwokat – obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym, w zakresie prawa do obrony miałby być traktowany co do zasady inaczej niż adwokat – oskarżony w procesie karnym. Postępowanie dyscyplinarne należy do grupy tzw. postępowań represyjnych, czyli takich, których celem jest rozstrzygnięcie o zasadności obwinienia, w wypadku zaś jej potwierdzenia, poddanie jakiejś formie ukarania lub sankcji. Dlatego też w postępowaniu dyscyplinarnym zastosowanie znajdują znane procedury karnej instytucje gwarancyjne zmierzające do optymalnego zabezpieczenia praw obwinionego⁴.

² M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Oficyna 2007, s. 228–229.

³ M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Zakamycze 2004, s. 221–222.

⁴ Wyroki TK: z 8 grudnia 1998 r., K 41/97; z 29 czerwca 2010 r., P 28/09; z 27 lutego 2001 r., K 22/00; z 11 września 2001 r., SK 17/00 i inne.

Przepisy o zwalnianiu świadków z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie mogą mieć zastosowania do obwinionych. Obwiniony ma prawo do składania wyjaśnień, w których może powiedzieć wszystko, co przyczyni się do polepszenia jego sytuacji w procesie, gdyż to właśnie on znajduje się w niekorzystnej dla siebie roli procesowej. To jemu zarzuca się popełnienie przewinienia dyscyplinarnego, a taka sytuacja powoduje, że priorytet zyskuje zasada prawa do obrony. Obwiniony, realizując prawo do obrony, musi mieć możliwość ujawnienia wiadomości, które są objęte tajemnicą zawodową, bez narażenia się na dodatkową odpowiedzialność dyscyplinarną lub nawet karną przewidzianą w art. 266 k.k. Co oczywiste, obwiniony adwokat winien zadbać o to, żeby informacje objęte tajemnicą zawodową nie mogły wyjść poza salę rozpraw, dlatego też ciąży na nim obowiązek uprzedzenia sądu dyscyplinarnego o zamiarze ujawnienia tajemnicy. Tak uprzedzony sąd powinien bezwzględnie wyłączyć jawność na czas wysłuchania obwinionego. Inną kwestią jest zakres składanych w takich okolicznościach wyjaśnień. Obwiniony winien uczynić to tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do wyjaśnienia istotnych dla jego obrony okoliczności danej sprawy. Okoliczności, o których mówi obwiniony, muszą mieć zawsze związek z toczącą się sprawą, a wiadomości objęte tajemnicą adwokacką powinny być przez niego szczególnie chronione, co oznacza możliwość ich ujawnienia tylko w zakresie dotyczącym kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej i tylko z uwzględnieniem niezbędności dla realizowania prawa do obrony przed zarzutem przewinienia dyscyplinarnego. Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę, a niemających merytorycznego związku z przedmiotem postępowania, może skutkować odpowiedzialnością dyscyplinarną lub karną z art. 266 k.k.⁵

Argument rzekomej dysfunkcjonalności przepisów regulujących postępowanie z uwagi na dostęp do informacji objętych tajemnicą zawodową podmiotów, które z mocy ustawy wyposażone zostały w niektóre lub wszystkie uprawnienia strony postępowania dyscyplinarnego (Minister Sprawiedliwości, pokrzywdzony), nie jest trafny. Prowadzi prostą drogą do zanegowania możliwości orzekania w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej we wszystkich tych wypadkach, w których doszłoby do ujawnienia informacji objętych tajemnicą, albo w najlepszym wypadku do naruszenia reguł rzetelnego procesu. Przypomnieć należy, że w postępowaniu karnym, a tym samym w każdym postępowaniu o charakterze represyjnym, niedopuszczalne jest wykorzystywanie jakichkolwiek dowodów nieznanymi stronom tego postępowania – nawet jeśli nie będą one stanowiły podstawy ustaleń faktycznych (postanowienie SN z 22 lutego 2007 r., V KK 181/06).

Wyłączenie jawności rozprawy w trybie art. 95a ustawy z uwagi na zagrożenie ujawnienia tajemnicy adwokackiej skutecznie wyłącza tzw. jawność zewnętrzną postępowania w zakresie dotyczącym informacji objętych tajemnicą. Jednocześnie, z mocy art. 262 k.p.k. w zw. z art. 95n ustawy, na przewodniczącym ciąży obowiązek pouczenia obecnych o obowiązku zachowania w tajemnicy okoliczności ujawnionych na rozprawie toczącej się z wyłączeniem jawności i uprzedzenia o skutkach niedopełnienia tego obowiązku. W konsekwencji powyższego opowiedzieć należy się za przyjęciem poglą-

⁵ M. Kucharczyk, *Kwestia ujawniania tajemnicy państwowej, służbowej, zawodowej i funkcyjnej w wyjaśnieniach oskarżonego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 2, s. 78–90.

du, że rozpowszechnianie publicznie wiadomości z rozprawy sądu dyscyplinarnego prowadzonej z wyłączeniem jawności podlega penalizacji na podstawie art. 241 § 2 k.k. Jeżeli ustawodawca wprowadził do procedury dyscyplinarnej instytucję wyłączenia jawności rozprawy, odpowiednio stosowane przepisy k.p.k. nakazują dokonanie stosownych w takiej sytuacji pouczeń i uprzedzeń, prawo karne sankcjonuje zaś określone zachowania związane z wyłączeniem jawności rozprawy jako instytucją proceduralną – pozostawienie poza zakresem penalizacji analogicznego zachowania w wypadku prowadzonej z wyłączeniem jawności rozprawy działającego na podstawie przepisów ustawy organu dyscyplinarnego byłoby nieracjonalne. Bez wątplenia penalizacji poddane jest nadto ujawnienie lub wykorzystanie, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, informacji z rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności, z którą to informacją sprawca zapoznał się w związku z pełnioną funkcją lub wykonywaną pracą (art. 266 § 1 k.k.). Wydaje się to stanowić wystarczającą gwarancję przed dostępem osób nieuprawnionych do protokołów i innych dokumentów wytworzonych w postępowaniu dyscyplinarnym, a zawierających informacje objęte tajemnicą. Nie zwalnia to oczywiście sędziów, w szczególności zaś prezesów sądów dyscyplinarnych, z obowiązku szczególnego postępowania z aktami spraw zawierającymi takie informacje. Jest to już jednak materia techniczna, wykraczająca poza ramy tego tekstu.

Reasumując, uważam, że nie ponosi odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej adwokat, który składając wyjaśnienia w postępowaniu dyscyplinarnym, w ramach realizacji prawa do obrony i w granicach wyznaczonych przez konieczność odparcia zarzutu dopuszczenia się przewinienia dyscyplinarnego, w warunkach wyłączenia jawności rozprawy, ujawnia w niezbędnym zakresie informacje objęte tajemnicą zawodową.

Rzeczywisty wymiar opisywanego problemu sprowadza się do tych postępowań dyscyplinarnych, które mają swoją przyczynę w relacjach adwokat–klient. Praktycznie nie sposób sobie wyobrazić sytuacji, w której podjęcie skutecznej i efektywnej obrony prowadzonej w niezbędnym zakresie wyznaczonym granicami zarzucanego zachowania wymagać będzie ujawnienia informacji objętych tajemnicą w sprawach dyscyplinarnych dotyczących stosunku adwokata do sądu i innych organów, do kolegów adwokatów, do władz adwokatury. Podobnie rzecz się ma w wypadku niezwiązanych bezpośrednio z osobą klienta spraw dotyczących wykonywania zawodu, naruszenia obowiązków zawodowych, wreszcie postępowania sprzecznego z prawem. Charakter tych spraw nie wymaga, dla zapewnienia prawidłowości orzekania, ingerencji w tajemnicę zawodową albo pozwala na ustalenie istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności innymi środkami dowodowymi.

W sprawach mających swoją przyczynę w relacjach adwokat–klient osobą inicjującą postępowanie dyscyplinarne jest klient, osoba, w interesie której adwokat zobowiązany jest do zachowania dyskrecji, rzeczywisty i realny beneficjent tajemnicy. Klient, nie będąc depozytariuszem tajemnicy, może w sposób nieskrępowany zeznawać i dowodzić na niekorzyść obwinionego adwokata, także w zakresie informacji dyskrecjonalnych, ten zaś, będąc związany tajemnicą zawodową, nie ma jakiegokolwiek możliwości zaprzeczenia pomówieniu. Tego rodzaju układ procesowy prowadzi do sytuacji, w której instytucja tajemnicy zawodowej nie spełnia żadnej z przypisywanych jej funkcji. Nie stanowi już gwarancji przestrzegania praw i interesów klienta, nie zapewnia prawidłowego procesu wymierzania sprawiedliwości, nie gwarantuje także prawidłowego

wykonywania powinności zawodowych przez adwokata. Uniemożliwia natomiast realizowanie materialnej obrony przed pomówieniem. Akceptowanie sytuacji, w której uznanie obwinionego adwokata za winnego popełnienia przewinienia dyscyplinarnego nastąpić może tylko dlatego, że określone fakty, świadczące być może na jego korzyść, a zaprzeczające twierdzeniom pomawiającego, objęte są tajemnicą chroniącą tego właśnie pomawiającego, nie daje się przekonująco uzasadnić, tak w sensie proceduralnym, jak i w wymiarze deontologicznym.

Rzekoma kontrowersyjność przedstawionego wyżej poglądu wynika, w mojej ocenie, głównie z braku opisanego problemu tej specyficznej sytuacji procesowej w piśmiennictwie adwokackim. Poza wspomnianą uchwałą SN z 29 listopada 1962 r. brak jest publikowanych orzeczeń sądowych, w tym orzeczeń organów dyscyplinarnych, odnoszących się do tego zagadnienia. Problemu tego nie analizowali dotychczas komentatorzy Prawa o adwokaturze oraz Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu. Także w publikacjach dotyczących postępowań dyscyplinarnych wobec adwokatów oraz szerzej – wobec osób wykonujących zawody prawnicze – kwestia ta nie była poruszona. Ten stan „milczenia” doktryny, braku pogłębionej refleksji, powoduje, jak się wydaje, pokusę szukania prostych, by nie powiedzieć najprostszych, odpowiedzi na pytania, które do prostych bynajmniej nie należą.

Jerzy Naumann

TAJEMNICA ZAWODOWA W WYJAŚNIENIACH OBWINIONEGO SKŁADANYCH W POSTĘPOWANIU DYSCYPLINARNYM – UWAGI POLEMICZNE

Kolega adw. Radosław Baszuk prezentuje pogląd, który sprowadza się do faktycznego unicestwienia tajemnicy adwokackiej (w postępowaniu dyscyplinarnym). Autor ma rację, uznając swój pogląd za kontrowersyjny, z tym jednak, że nie określałbym go mianem „rzekomej kontrowersyjności”. Okoliczność, że problematyka nie była przedmiotem specjalistycznych analiz, ani też sądownictwo (dyscyplinarne oraz SN) praktycznie nie wypowiedało się w poruszonej kwestii, nie oznacza bynajmniej, że z tej tylko przyczyny mówić można o „rzekomej kontrowersyjności”, a więc *de facto* o niekontrowersyjności. Nie mam tu jednak zamiaru prawić drobnych złośliwości, zwłaszcza że artykuł Kol. Baszuka jest merytoryczny i po prostu ciekawy, a ugruntowana pozycja Autora także w sądownictwie dyscyplinarnym nakazuje szacunek dla jego poglądów. O wiele bardziej zatem kuszące wydaje się przedstawienie powodów, dla których z poglądem Autora zaiste trudno się zgodzić.

Stosunek do dopuszczalności ujawnienia tajemnicy adwokackiej przez obwinionego adwokata broniącego się przed zarzutem dyscyplinarnym jest wypadkową subiektywnego wyobrażenia o roli instytucji tajemnicy adwokackiej, o jej wadze oraz o wartościach, ochronie których służy.

Tytułem wprowadzenia chciałbym posłużyć się przykładem, tylko pozornie odległym od rozważanej problematyki. Podobne do adwokackich dylematy pojawiają się bowiem także w innych profesjach, w których kwestia tajemnicy i zaufania należy do istoty zawodu. Szczególnie dobrze znane są przypadki odmowy ujawnienia przez dziennikarzy źródła informacji. Dziennikarze podnoszą mianowicie, że nienaruszalność tajemnicy chroniącej źródło dotyka istoty wolności prasy, a ta zajmuje w społeczeństwach demokratycznych wyjątkowo uprzywilejowaną pozycję. Z poglądami przedstawicieli prasy zgadza się także sądownictwo unijne¹. Jednym z ostatnich, najbardziej znanych przypadków, w których dziennikarz podjął ryzyko narażenia się na pozbawienie wolności w imię wyższych zawodowych wartości, jest historia Jany Winter, reporterki kanału *Fox News*,

¹ Por. np. wyrok ETPCz z 22 listopada 2012 r., Izba (Sekcja III) w sprawie *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. i inni przeciwko Holandii*, skarga nr 39315/06.

która odmówiła sędziemu ujawnienia źródła informacji, skąd wie, że James Holmes (który otworzył ogień w kinie w miejscowości Aurora, stan Kolorado, zabijając na miejscu 12 osób), nim dopuścił się zbrodni, wysłał swemu psychiatrze dokładny jej opis i szczegółowy plan. Rodzimy przykładem fundamentalistycznego podejścia do wartości zawodowych była postawa znanego dziennikarza „Gazety Wyborczej” Wacława Białego, który zaryzykował areszt w celu dochowania tajemnicy zawodowej. Rzecz w sumie skończyła się dla Białego pomyślnie, ponieważ Sąd Najwyższy, udzielając odpowiedzi na pytanie prawne, uznał rację dziennikarza, a właściwie uszanował powagę i doniosłość deontologii zawodu dziennikarskiego dla pełnej realizacji zasady wolności prasy².

Jaki związek mają przypadki niepokornych dziennikarzy z poruszoną w artykule Kol. adw. Radosława Baszuka problematyką tajemnicy adwokackiej? Otóż taki mianowicie, że ilustrują postawę, która gotowa jest poświęcić istotne dobro osobiste w imię ochrony podstawowych wartości zawodu. Punkt, w którym z Kol. Baszukiem (oraz cytowanym przez niego prof. M. Cieślakiem) różnimy się, to odpowiedź na pytanie, jakie miejsce w hierarchii rozmaitych wartości zajmuje tajemnica adwokacka oraz na ile wartość ta przynależy (bądź nie) do istoty służby adwokackiej i właściwego jej pełnienia.

Do niedawna jakikolwiek dylemat w odniesieniu do nienaruszalności tajemnicy adwokackiej w ogóle nie istniał. Z właściwą sobie lapidarnością podejście takie prezentował nieodżałowany adw. dr Zdzisław Krzemiński, który przypominał, że „stanowisko samorządu adwokackiego w sprawie tajemnicy adwokackiej było od dawna kategorię „kategoryczne”³, a podejście tego wyjątkowego naszego mentora nie było odbierane jako ortodoksyjne, lecz najzupełniej naturalne⁴.

Identyczne przekonanie żywi nadal spora część środowiska adwokackiego, która stoi nie tylko na gruncie litery, ale i ducha regulacji zawartej w art. 6 ust. 3 Prawa o adwokaturze⁵. Należy zważyć, że brzmienie ustępu 1 nie pozwala na inną wykładnię („wszystko”), a restrykcyjność nałożonej powinności wyrażona jest w najbardziej dobitny sposób: „adwokat obowiązany jest...” Wyjątków ustawa adwokacka nie przewiduje (co szczególnie polecam uwadze Kol. adw. Radosława Baszuka).

Trzeba też w tym momencie przypomnieć, że antyadwokackie posunięcia zmierzające do ograniczenia integralności i nienaruszalności tajemnicy adwokackiej nie wyszły od środowiska, lecz zostały mu arbitralnie narzucone: uchwałą SN z 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/94, która pod rządami k.p.k. z 1967 r. torowała drogę rozwiązaniom, które obecnie przewiduje art. 180 § 2 k.p.k. z 1997 r., oraz ustawą z 16 listopada 2000 r. o przeciwdzia-

² Opisana historia wydarzyła się w pierwszej połowie lat 90., a więc przed wprowadzeniem obecnych regulacji (art. 180 k.p.k.), które to regulacje potrzeby postępowania karnego awansowały do pozycji nadrzędnej względem ochrony innych ważnych wartości, w tym umocowanych Konstytucją.

³ Z. Krzemiński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1998, s. 28.

⁴ Por. treść uchwały NRA z 12 grudnia 1993 r., gdzie dobitnie potwierdzono pogląd, że „tajemnica adwokacka jest tajemnicą bezwzględnie obowiązującą”.

⁵ Art. 6. 1. Adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. 2. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie. 3. Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. 4. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1505 z późn. zm.) – w zakresie określonym tymi przepisami.

łaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1505 ze zm.).

Warto o tym pamiętać, ponieważ myślenie o wartości, jaką stanowi instytucja tajemnicy adwokackiej, musi być naznaczone podejściem odwołującym się do podstawowych paradygmatów kształtowanego przez wieki zawodu, a nie zaczynać się i kończyć na aktualnym stanie prawnym, a ponadto – z pominięciem pochodzących zdarzeń i tendencji ujawnionych w latach 1994–2010, kiedy to realizowano polityczny projekt stopniowego marginalizowania adwokatury oraz deprecjonowania zawodu adwokata drogą odejmowania palestrze poszczególnych atrybutów.

Jakkolwiek omawiamy tu zagadnienie, koncentrując się na kwestii dopuszczalności zwalniania adwokata z tajemnicy adwokackiej przez sąd, to jednak prezentowany punkt widzenia wydaje się niezbędny dla prawidłowego uchwycenia kontrowersji na tle „samozwolnienia się” przez adwokata z owej tajemnicy dla potrzeb obrony we własnym postępowaniu dyscyplinarnym, a która to sprawa różni zapatrywania Kol. adw. Radosława Baszuka od podejścia tu prezentowanego.

Potrzebna jest tu dygresja kierująca nasze rozważania ku interpretacji art. 95n PoA⁶, ponieważ kwestia *odpowiedniości* stosowania k.p.k. w adwokackim postępowaniu dyscyplinarnym jest tematem wymagającym poważnego zastanowienia.

Ustawiając sobie wygodnie tarczę, do której zamierzam mierzyć, skłonny jestem odczytywać poglądy zawarte w kontestowanym tu artykule Kol. adw. Baszuka jako predylekcję ku stosowaniu przez judykaturę dyscyplinarną k.p.k. tam wszędzie, gdzie tylko regulacje tego Kodeksu dadzą się przenieść *in toto*. Jest to zaiste ponętna propozycja, bo znacznie ułatwia procedowanie sądownictwa dyscyplinarnego oraz pionu rzecznikowego w adwokackim postępowaniu deliktowym. Skoro już kreślę te uwagi w lżejszym tonie, pozwolę sobie na osobistą reminiscencję. Otóż pamiętam wewnętrzny bunt, który przeżywałem, odbierając wskazania dziś nestora, a w tamtym czasie *cadillaca* dyscypliny w adwokaturze – adw. Zbigniewa Dyki⁷. Wydawało mi się bowiem, że skoro tak blisko, pod prawą ręką, jest k.p.k., to nic bardziej oczywistego, jak tę „książkę” otworzyć i czerpać z niej uporządkowane wytyczne, które winny być wprost aplikowane w postępowaniu dyscyplinarnym. Jednak mój pryncypał uparcie klarował, że *odpowiednie* stosowanie k.p.k. wymaga namysłu i głębokiej rozważki, które ubezpieczą adwokaturę przed stosowaniem k.p.k. *wprost*, a nie – jak nakazuje ustawa – *odpowiednio*. Musiało upłynąć wiele lat, zanim stało się jasne, że *odpowiednie* stosowanie w adwokackim postępowaniu dyscyplinarnym k.p.k. musi w pierwszej kolejności uwzględniać cały deontologiczny dorobek adwokatury oraz że najpierw musimy się skupić na jego ochronie, a dopiero potem spoglądać na k.p.k. Inne, a więc dosłowne rozumienie k.p.k. jako podręcznika sędziego dyscyplinarnego jest po prostu nazbyt wulgarnie.

Czas przejść do kwestii przyziemnych. Jeśli założyć, że adwokat broniący się przed zarzutem dyscyplinarnym ma prawo do zwolnienia się z wiążącej go tajemnicy adwokackiej⁸, to oznacza to, że owa tajemnica przestaje *de facto* mieć jakiegokolwiek znaczenie i najzwyczajniej

⁶ „W sprawach nieregulowanych w niniejszym dziale stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego” (przy czym chodzi tu o, niesłuchanie obecnie zabałaganiony nieprzemysłanymi nowelizacjami, Dział VIII adwokackiej ustawy ustrojowej, dotyczący odpowiedzialności dyscyplinarnej).

⁷ Adw. Zbigniew Dyka przez wiele lat sprawował funkcję Rzecznika Dyscyplinarnego NRA, w latach 1991–1993 sprawował zaś urząd Ministra Sprawiedliwości.

⁸ Z uporem godnym jeszcze lepszej sprawy unikamy tu sformułowania „tajemnica zawodowa”, a to skut-

ulega unicestwieniu. Dyscyplinarny wymiar sprawiedliwości nie jest hermetyczny. Wgląd w jego przebieg ma wiele osób i podmiotów zewnętrznych. Mamy tu na myśli przede wszystkim urzędników Ministerstwa Sprawiedliwości realizujących prerogatywę Ministra do wglądu w akta adwokackich postępowań dyscyplinarnych, a nawet wpływu na ich tok. W dalszej kolejności na wokandzie dopuszczonych do wglądu w akta postępowań znajduje się – z mocy ustaw – obligatoryjnie Sąd Najwyższy (na etapie kasacyjnym) oraz fakultatywnie przedstawiciele prasy, o ile uzyskają stosowną zgodę. O ile gdy chodzi o prasę, tylko można mieć nadzieję, że ujawnionej przez adwokata tajemnicy nie będą dalej kolportować, o tyle w stosunku do czwartej kategorii osób mających do niej dostęp (w razie ujawnienia) nie można mieć już ani żadnych wymagań, ani żadnej nadziei. Mamy tu oczywiście na myśli osoby (fizyczne i prawne, a nadto – podmioty instytucjonalne) mające w postępowaniu dyscyplinarnym status pokrzywdzonego. Ani rzecznik dyscyplinarny, ani sąd adwokacki nie posiadają żadnego instrumentu zapobiegającego transmisji przez takie osoby wydarzeń z postępowania dyscyplinarnego w bliżej nieokreślonej przestrzeni publicznej, Facebooka czy też Twittera nie wyłączając, a być może – stawiając te media na czele aktualnie dostępnych możliwych masowych upublicznień. Deklarowana przez Kol. adw. Baszuka wiara w moc powstrzymującą wszelkiego rodzaju pouczeń, apeli, zobowiązań itp. kierowanych do stron postępowania jest dotknięta naiwnością. Nie ma sposobu, aby ujawnione przez adwokata w toku postępowania dyscyplinarnego wiadomości objęte tajemnicą adwokacką nie wyciekły poza postępowanie wewnątrzadwokackie. Oznacza to podwójne sprzeniewierzenie się obowiązкови ustanowionemu przez art. 6 ust. 1 PoA oraz adwokackiemu ślubowaniu. Mamy zatem do czynienia z sytuacją poważną, jeśli nie wręcz rudymentarną.

W omawianym kontekście stajemy wobec zupełnie podstawowych wyzwań. Jako pierwsze jawi się dylemat, czy adwokat stojący pod zarzutem dyscyplinarnym ma skupić się na obronie własnego interesu, czy też interesu wyższego, a mianowicie związanego z ochroną imponderabiliów zawodowych. W obliczu tak skrajnego wyboru można wyłącznie formułować pewne wskazania, postulaty oraz oczekiwania, ale ostateczna decyzja zostanie złożona w ręce konkretnego adwokata, który albo udowodni, że ma silny kręgosłup moralny, albo zignoruje bezapelacyjność brzmienia art. 6 ust. 1 PoA, poszukując furtki w art. 180 § 2 k.p.k. (stosowanym *odpowiednio*, a więc dającym dyspensę do pozbycia się obowiązku).

Poszukując przez cały czas istoty różnicy między poglądami Kol. adw. Radosława Baszuka a własnymi, mozolnie dochodzę do konkluzji, że Autor kontestowanego artykułu jako wartość nadrzędną upatruje interes adwokata, który może ponieść – obiektywnie bezzasadną – odpowiedzialność dyscyplinarną, od której może się łatwo wybronić, ujawniając, nie bacząc na konsekwencje, istotne wiadomości powzięte, objęte i chronione tajemnicą adwokacką. W ten sposób spetryfikowana różnica poglądów sprowadza się do odmiennego spojrzenia, w którym prym wiedzie albo wzgląd na ochronę istoty zawodu, albo wzgląd na interes własny.

Nie chcę wchodzić tu w szczegóły, ale założenie, że adwokat ma prawo pozbyć się względem sądu dyscyplinarnego obowiązku dochowania tajemnicy wynikającego z art. 6 ust. 1 PoA, może w pewnych przypadkach prowadzić do powstania dowodu procesowego

kiem przeświadczenia, że tajemnica adwokacka jest deontologicznie, filozoficznie, a także konstytucyjnie (prawo do sprawiedliwego procesu, prawo do obrony) zupełnie inną kategorią.

wego, który może być z kolei wykorzystany dla skazania klienta adwokata, który tak łatwo uznał się za zwolnionego z ustawowej dyskrekcji.

Adwokatura ma już obecnie w swojej gestii tylko dwie z wielu dawnych (i niezbędnych jej) prerogatyw: wartość płynącą z zasady niezależności oraz niezawisłości adwokata oraz tajemnicę adwokacką. Starając się zachować dystans wobec patetycznych wołań, trzeba jednak powiedzieć, że współczesna adwokatura nie ma już właściwie nic więcej. A coś przecież trzeba uchować na przyszłość, kiedy przyjdzie odbudować w świadomości społecznej, politycznej i ustrojowej wartość, jaką dla zdrowia i kondycji zapewnia adwokatura.

Nic tak dobrze nie robi powstrzymaniu szybowania w chmurach, jak sprowadzenie abstrakcyjnych dylematów filozoficznych do poziomu konkretnych przykładów zdarzeń, które mogą zaistnieć w relacji między każdym adwokatem a jego klientem, a także między adwokatem a sądem dyscyplinarnym. Zaiste trudno oprzeć się pokusie odwołania się do imperatywów wynikających ze związania tajemnicą szczególnej natury takich zajęć, jak adwokat, sędzia (tajemnica narady), lekarz, spowiednik czy też dziennikarz. Można oczywiście dylemat ten rozwiązać, pozbywając się jego brzemienia i, jak to proponuje Kol. adw. Radosław Baszuk, po prostu „zeznawać, jak było”. Jeśli to moja skóra jest najważniejsza, to takie rozwiązanie jest nie tylko racjonalne, ale wręcz oczywiste. Jednak ciężar tego brzemienia można odczuwać w zupełnie inny sposób; można ten ciężar nabyć skutkiem przekazu pokoleniowego, ale też można w nim odnaleźć swego rodzaju satysfakcję zawodową i osobistą, które płyną z dochowania wierności zasadom. Zupełnie tak, jak w przypadku Jany Winter czy też Wacława Białego, którzy „dali sobie radę”.

Gdyby pokusić się o zebranie tych uwag w kilka zdań, to pewnie brzmiałyby one tak: Kodeks postępowania karnego nie stanowi ścisłych wytycznych dla adwokackiego postępowania dyscyplinarnego i nie powinno być ono kalką tego Kodeksu. *Odpowiednie* stosowanie k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym oznacza, że bezwzględny prymat mają zasady wypracowane przez adwokaturę (oraz deontologiczna siatka pojęciowa, w której są osadzone), przy czym szczególnie, naczelne znaczenie mają imponderabilia zawodu adwokata. A nie przewidują one postaw asekuranckich, które dopuszczają rezygnację z podstawowego przymiotu, to jest tajemnicy adwokackiej, i to nawet w obronie interesu własnego. Na tym polega właśnie ryzyko decyzji zostania adwokatem, czyż nie tak? Każdy adwokat musi stać na gruncie adwokackiej ustawy ustrojowej, a nie niweczących jej postanowienia innych ustaw, uchwał, komentarzy. Punktem wyjścia i dojścia dla adwokata jest ustawa Prawo o adwokaturze: cała (odmienna) kompulsywna reszta stanowi jawny zamach na porządek demokratyczny, w którym adwokaturze przypisana jest przecież immanentna rola. Palestra pilnuje demokracji, a może jej pilnować, tylko mając imponderabilia.

W konkluzji tych wzniosłych treści balon musi być jednak przekłuty. Żyjemy przecież w epoce *WikiLeaks*, rewelacji o nagrywaniu wszystkich przez wszystkich, a więc także nagrywaniu rozmów w gabinetach adwokackich przez odwiedzających je klientów (oraz wszystkie służby, których nazw pewnie nie znamy). Tym większą jest zatem przyjemnością spieranie się z Kol. adw. Radosławem Baszukiem, ponieważ jest ono tak absurdalnie abstrakcyjne. Jeśli jest w tym jakiś sens, to ten tylko, że nasze myśli nie zostały (póki co) przez kogoś nagrane, więc warto je nadal wymieniać na łamach „Palestry”.

Ważne dla praktyki

Piotr Kulik

POSTĘPOWANIE PODATKOWE – POCZĄTEK I KONIEC ZAWSZE W TERMINIE 5 LAT

W dniu 3 grudnia 2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny podjął w składzie siedmioosobowym uchwałę o sygn. akt I FPS 1/12, stwierdzającą, że niedopuszczalne jest, aby w sposób nieograniczony po upływie terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego organy mogły prowadzić postępowanie i orzekać o wysokości tego zobowiązania, jeśli wcześniej podatnik zapłacił już podatek.

Uchwała powyższa była reakcją na przedstawione do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego w trybie art. 269 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi pytanie prawne budzące poważne wątpliwości: „czy w świetle art. 70 § 1 i art. 208 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w brzmieniu obowiązującym od 1 września 2005 r. dopuszczalne jest w każdym czasie prowadzenie postępowania podatkowego i orzekanie o wysokości zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług, które wygasło przez zapłatę (art. 59 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej)?”

Aby zrozumieć ważkość tego wyroku, trzeba przypomnieć, jak kwestia powyższa była interpretowana przed datą 3 grudnia 2012 r. przez organy podatkowe i sądy administracyjne. Otóż praktyka organów podatkowych oraz orzecznictwo sądów administracyjnych były w tamtym czasie jednoznaczne i dopuszczały prowadzenie postępowania podatkowego przed organem drugiej instancji także po upływie terminu przedawnienia, jeżeli przed upływem tego terminu na rzecz podatnika została wydana decyzja podatkowa pierwszej instancji, a podatnik uiścił w całości podatek wynikający z tej decyzji.

Organ podatkowy pierwszej instancji, jeżeli nie uznawał za wiarygodne i tym samym za dowód w prowadzonym przez siebie postępowaniu dokumentów finansowych będących w posiadaniu płatników podatków VAT, sam określał w decyzji podstawę opodatkowania i wysokość podatku w drodze własnego oszacowania, na podstawie art. 23 § 1 pkt 2 oraz art. 23 § 4 Ordynacji podatkowej. Podmiot, który wpłacił w pełnej wysokości ten skorygowany, nowo naliczony podatek po wydaniu przedmiotowej decyzji organu

podatkowego, był traktowany jako podatnik, u którego zobowiązanie podatkowe wygasło wskutek zapłaty (art. 59 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej). Tym samym nie biegł już wobec niego np. okres przedawnienia w rozumieniu art. 70 Ordynacji podatkowej. Skutkowało to tym, że organy podatkowe uznawały, iż wystarczy wszcząć postępowanie w okresie 5 lat i wydać przynajmniej decyzję pierwszoinstancyjną, aby całe **postępowanie nie uległo w zasadzie nigdy przedawnieniu**. Moment wydania decyzji przez izbę skarbową na skutek odwołania podatnika nie miał już w praktyce prawnego znaczenia i mógł być nawet bardzo oddalony w czasie. Skutkowało to więc tym, że w sytuacji odwołania się tego podatnika do organu drugiej instancji, tj. izby skarbowej, mógł ten organ wydać jedną z decyzji wymienionych w art. 223 § 1 i § 2 Ordynacji podatkowej w każdym czasie, nie mógł jednak określić podatku w kwocie wyższej od zapłaconej. Nie musiał wydać więc takiej decyzji w nieprzekraczalnym okresie 5 lat, wskazanym w art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej. Organ uznawał, że skoro okres przedawnienia nie biegnie, nie jest w żaden sposób związany pięcioletnim terminem ustawowym. Skutek dla podatnika był więc taki, że mógł on otrzymać decyzję izby skarbowej np. po okresie dwóch, trzech lat od daty wydania decyzji przez urząd skarbowy. Podatnik oczekiwał więc cały ten czas na prawomocne rozstrzygnięcie i w przypadku korzystnej dla niego decyzji i uchylecia decyzji pierwszej instancji mógł liczyć na zwrot nadpłaty dopiero po tym momencie. Bardzo często skutki takiej sytuacji, a w szczególności rozciągnięcie w czasie, dla podmiotów gospodarczych były niezwykle negatywne, uniemożliwiające rozwój, a nawet doprowadzające do zaprzestania działalności.

Taki sposób prowadzenia postępowań znajdował poparcie w orzecznictwie sądów administracyjnych, w których dominował pogląd, że wygaśnięcie zobowiązania w wyniku zapłaty wyklucza możliwość jego wygaśnięcia (do wysokości kwoty zapłaconej) ponownie w wyniku przedawnienia – wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 kwietnia 2006 r., sygn. akt FSK 2365/04, oraz z 30 września 2008 r., sygn. akt II FSK 951/07.

Możliwe było zatem kontynuowanie postępowania podatkowego wszczętego przed upływem terminu przedawnienia, chociaż tylko w granicach zobowiązania, które wygasło wskutek zapłaty. Umożliwiała to organom podatkowym ewentualną weryfikację wysokości zobowiązania, oczywiście tylko i wyłącznie przez zmniejszenie jego wysokości w stosunku do kwoty już zapłaconej lub uznanie, że podatek był w całości nienależny. Podatnik, jak uznawano, nie znajdował się wówczas w gorszej sytuacji od podatnika, który nie zapłacił podatku na podstawie decyzji nieostatecznej. Unikał bowiem płacenia odsetek od zaległości podatkowej, kosztów ewentualnego postępowania egzekucyjnego, a w przypadku określenia podatku w niższej niż zapłacona wysokości powstawała po jego stronie nadpłata.

Sytuacja powyższa i jej skutki wzbudziły jednak zastrzeżenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu, który musiał ocenić prawidłowość powyższych zasad przy rozstrzygnięciu przedłożonej mu skargi, dotyczącej właśnie możliwości wydania decyzji przez miejscowe organy podatkowe po upływie terminu przedawnienia.

Wprawdzie Sąd zgodził się z poglądem, że zapłata podatku przed upływem terminu przedawnienia powoduje wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na podstawie art. 59 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej, jednak jego wątpliwości wzbudził fakt, że pomimo tego, iż termin przedawnienia już nie biegnie, organ odwoławczy może w każdym czasie

orzec o wysokości zobowiązania podatkowego, które wygasło przez zapłatę. Sąd powołał się tu na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 czerwca 2010 r., wydany w składzie siedmioosobowym, o sygn. akt IFPS 5/09, w którym stwierdzono, że w sytuacji gdy zobowiązanie podatkowe w podatku VAT wygasło wskutek zapłaty, nie można po upływie terminu przedawnienia określonego w art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej, wbrew interesowi podatnika, orzekać o wysokości tego zobowiązania podatkowego. Skoro nie może budzić wątpliwości to, że po upływie terminu przedawnienia określonego w art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej, gdy zobowiązanie wygasa nie na skutek jego zapłaty, niedopuszczalne jest wydawanie decyzji określającej zobowiązanie podatkowe, to nie można przyjąć, że wygaśnięcie zobowiązania na skutek jego zapłaty stwarza taki stan prawny, iż organ podatkowy nabywa prawo do wydawania decyzji bez żadnych ograniczeń czasowych. Przeciwnie rozumowanie prowadziłoby do dyskryminacji podatników, którzy realizują swe obowiązki podatkowe, a tym samym do naruszenia zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Mając na uwadze powyższe stanowisko i nie znajdując zrozumienia dla dotychczasowej praktyki, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu uchylił w wydanym przez siebie wyroku decyzje organów podatkowych pierwszej i drugiej instancji realizujących zasadę kontynuowania postępowania i orzekania o wysokości zobowiązania podatkowego już po upływie terminu przedawnienia.

W wyniku złożonej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Opolu kasacji sprawa trafiła do Naczelnego Sądu Administracyjnego, który dokonując już własnej jej oceny, uznał, że wyłonilo się zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości i wymagające skierowania do rozstrzygnięcia dla poszerzonego, siedmioosobowego składu NSA. Brzmiało ono następująco: „czy w świetle art. 70 § 1 i art. 208 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, dopuszczalne jest w każdym czasie prowadzenie postępowania podatkowego i orzekanie o wysokości zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług, które wygasło przez zapłatę”.

Naczelnny Sąd Administracyjny, rozpatrując przedstawione mu zagadnienie, wskazał konflikt dwóch wykluczających się stanowisk, które zaistniały w sprawie i dotyczyły kwestii interpretacji art. 70 § 1 i art. 208 § 1 Ordynacji podatkowej.

Pierwsze stanowisko rozstrzygające sporną kwestię opierało się na twierdzeniu, że zapłata podatku przed upływem przedawnienia powoduje wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na podstawie art. 59 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej i zobowiązanie, które wygasło na skutek zapłaty, nie może wygasnąć po raz drugi na skutek przedawnienia.

Drugie stanowisko było takie, że wbrew interesowi podatnika nie można orzekać o wysokości tego zobowiązania w sytuacji, gdy decyzja organu pierwszej instancji wydana została przed upływem terminu przedawnienia i doszło do zapłaty zobowiązania podatkowego, a decyzja organu drugiej instancji wydana została już po upływie przedawnienia.

Sąd zwrócił uwagę na funkcję gwarancyjną instytucji przedawnienia dla podatnika. Na skutek upływu terminu przedawnienia następuje stabilizacja sytuacji prawnej podatnika. Nabywa on pewność, że jego stosunek zobowiązaniowy w sferze publiczno-prawnej nie ulegnie już zmianie. Z drugiej strony organy administracji publicznej, które w okresie biegu terminu przedawnienia nie podjęły stosownych działań prawnych, po-

zbawione są możliwości ingerencji w prawa i obowiązki podatnika. Następuje więc po obu stronach nieistniejącego już zobowiązania podatkowego stan pewności w zakresie wzajemnych zobowiązań i uprawnień.

Sąd podkreślił, że stanowisko to wspiera dodatkowo treść art. 208 § 1 Ordynacji podatkowej, w brzmieniu obowiązującym od 1 września 2005 r., zgodnie z którym gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, w szczególności w razie przedawnienia zobowiązania podatkowego, organ podatkowy wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Przepis ten w sposób jednoznaczny określa procesowy skutek upływu terminu przedawnienia, który wymaga od organu pierwszej instancji lub organu odwoławczego umorzenia postępowania w przypadku, gdy organ ten nie zdążył orzec przed upływem przedawnienia określonego zobowiązania podatkowego – niezależnie od tego, czy nastąpiło to po zapłacie, czy przed zapłatą podatku. Oznacza to jednak, że nieuzasadnione jest stanowisko organów podatkowych, że po upływie okresu przedawnienia organ – wbrew interesowi prawnemu podatnika – może kształtować wielkość przedawnionego zobowiązania podatkowego „na jego korzyść”, określając je w niższej wysokości niż kwota przez niego zapłacona. Sytuacja taka, w świetle ujemnej przesłanki procesowej określonej w art. 208 § 1 Ordynacji podatkowej, jest niedopuszczalna, chyba że postępowanie podatkowe, mimo upływu terminu przedawnienia, nie staje się bezprzedmiotowe, co może wynikać tylko z jednoznacznego przepisu ustawowego, wymagającego kontynuacji postępowania wszczętego z inicjatywy podatnika przed upływem tego terminu.

Nie ma przy tym znaczenia, że termin przedawnienia upływie po wydaniu decyzji przez organ pierwszej instancji, a przed orzeczeniem organu odwoławczego, gdyż postępowanie organu odwoławczego, którego celem jest również wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego w sprawie, podobnie jak postępowanie organu pierwszej instancji, z uwagi na zaistniałą bezprzedmiotowość postępowania spowodowaną przedawnieniem zobowiązania podatkowego – powinno w takiej sytuacji zostać umorzone (art. 208 § 1 Ordynacji podatkowej).

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał także, że w pełni aprobuje wyrok składu siedmioosobowego Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt I FPS 5/09, która to stała się już wcześniej podstawą do wydania wyroku przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu.

Naczelny Sąd Administracyjny tym samym na przedstawione do rozstrzygnięcia pytanie prawne udzielił odpowiedzi, że w świetle art. 70 § 1 i art. 208 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, po upływie terminu przedawnienia nie jest dopuszczalne prowadzenie postępowania podatkowego i orzekanie o wysokości zobowiązania podatkowego, które wygasło przez zapłatę (art. 59 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej).

SKUTKI

W ocenie autora niniejszej publikacji wydana uchwała posiada zarówno elementy korzystne, jak i negatywne dla podatników. Z jednej strony gwarantuje pewność w zakresie terminu rozstrzygnięcia ich spraw w postępowaniu podatkowym. Podatnicy, na rzecz których organy podatkowe wszczęły postępowanie, ale nie zdążyły wydać decyzji przed

okresem 5 lat od dnia wymagalności podatku, mogą być pewni, że to postępowanie zostanie wobec nich umorzone. Skutkować to będzie brakiem konieczności np. zapłaty podatku VAT za dany okres, który to często jest niezaprzeczalnie kwotą bardzo znaczącą. Wydana uchwała zaaprobowała ten rodzaj rozwiązania, które, jak się wydaje, będzie pomocne dla podatników pozostających w sporze z fiskusem, objętych postępowaniem podatkowym i zagrożonych wydaniem na ich rzecz decyzji podatkowych wskazujących najczęściej na konieczność uiszczenia danin publicznoprawnych w wymiarze znacznie większym niż ten, który mogliby ze swego punktu widzenia uznać za uzasadniony.

Z kolei istotnym problemem uchwały z 3 grudnia 2012 r. stanie się natomiast orzekanie o nadpłacie po upływie terminu przedawnienia zobowiązania. W tej kwestii Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: Upływ terminu przedawnienia stanowi ujemną przesłankę procesową do orzekania przez organ podatkowy co do przedawnionego zobowiązania podatkowego, gdyż skutkuje bezprzedmiotowością postępowania. Wyjątek w tym zakresie musi być wskazany jednoznacznie w ustawie, jak to ma miejsce np. w przypadku instytucji zwrotu nadpłaty, określonej w art. 79 Ordynacji podatkowej, gdzie w § 2 stwierdzono, że prawo do złożenia wniosku o stwierdzenie nadpłaty wygasa po upływie terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego. *A contrario* wynika z tego, że w przypadku wniosku o nadpłatę złożonego przed upływem terminu przedawnienia należy orzec również po jego upływie, gdyż postępowanie w takim przypadku nie staje się bezprzedmiotowe w rozumieniu art. 208 § 1 Ordynacji podatkowej. Podkreśla to dodatkowo pogląd, że termin przedawnienia jest zastrzeżony dla podatników, których roszczenia, wynikające z ich interesu prawnego – o ile zostaną zgłoszone przed upływem terminu przedawnienia – powinny zostać rozpatrzone nawet po jego upływie. Należy jednak przypomnieć, że wraz z wnioskiem o stwierdzenie nadpłaty w podatku od nieruchomości należy złożyć korektę deklaracji podatkowej. Istotą korekty deklaracji jest poprawienie błędu popełnionego przy sporządzaniu pierwotnej deklaracji. Podatek wykazany w korekcie deklaracji podatkowej jest podatkiem należnym dopóty, dopóki organ podatkowy nie zakwestionuje tej czynności przez wydanie decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego. Skutku tego nie można osiągnąć w postępowaniu prowadzonym w przedmiocie stwierdzenia bądź odmowy stwierdzenia nadpłaty podatkowej.

Postępowanie w przedmiocie stwierdzenia nadpłaty wszczęte na wniosek podatnika, którego zobowiązanie podatkowe powstało w sposób określony w art. 21 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej, wiąże się z koniecznością przeprowadzenia odrębnego postępowania, w toku którego nastąpi weryfikacja korekty deklaracji złożonej przez podatnika. Te dwa tryby postępowań uzupełniają się wzajemnie, jednakże postępowaniu w sprawie określenia zobowiązania podatkowego należy nadać charakter procedury zasadniczej (pierwotnej), ponieważ od wyniku tego postępowania zależy rozstrzygnięcie w sprawie stwierdzenia nadpłaty. Ustalenie prawidłowej wysokości zobowiązania podatkowego stanowi część ustaleń faktycznych niezbędnych dla załatwienia sprawy w przedmiocie stwierdzenia nadpłaty podatku. Kwestia ta jednak nie może być w sposób władczy rozstrzygnięta przez organ podatkowy w postępowaniu wszczętym na wniosek o stwierdzenie nadpłaty, nie wynika ona bowiem ani z treści żądania strony, ani z podstawy prawnej tego żądania (wyrok NSA z 18 listopada 2008 r., sygn. akt II FSK 1205/07). Nie jest możliwe orzekanie przez organy podatkowe w sprawie stwierdzenia

nadpłaty w podatku bez uprzedniego określenia podatnikowi wysokości zobowiązania podatkowego. Decyzja wydana przez organ podatkowy pierwszej instancji w sprawie stwierdzenia nadpłaty musi uwzględniać sentencję rozstrzygnięcia w sprawie określenia wysokości zobowiązania podatkowego i z pewnością rozstrzygnięcie to będzie w konsekwencji miało wpływ na treść rozstrzygnięcia w sprawie nadpłaty i jego podstawę prawną (z tezy wyroku z 22 lutego 2007 r., sygn. akt II FSK 345/06).

Skoro strona może złożyć wniosek o stwierdzenie nadpłaty do chwili, zanim zobowiązanie się przedawni, może je zatem złożyć nawet jeden dzień przed jego przedawnieniem. W takiej sytuacji organ podatkowy – jeśli nie miałby prawnej możliwości weryfikacji złożonej korekty deklaracji – powinien przyjąć wysokość zobowiązania (względnie nadwyżki podatku do zwrotu) w kwocie wynikającej z korekty deklaracji. Sytuacja taka jest jednak niedopuszczalna.

Zauważyć należy, że możliwość orzekania przez organ podatkowy co do przedawnionego zobowiązania podatkowego *de facto* zabezpiecza także interesy podatników, którzy nie złożyli wniosku o stwierdzenie nadpłaty, poprzez możliwość weryfikacji zobowiązania podatkowego i określenie go w niższej wysokości niż kwota zapłacona.

Uchwała ta, co należy przypomnieć, dokonana w składzie poszerzonym, jest wiążąca dla innych sądów administracyjnych.

Punkty widzenia

Michał Makowski

WEJŚCIE W POROZUMIENIE NA SZKODĘ ZAMAWIAJĄCEGO – (DE)PENALIZACJA ZMÓW PRZETARGOWYCH W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

WPROWADZENIE

System zamówień publicznych gwarantujący racjonalne i efektywne wydatkowanie środków pozostających w dyspozycji Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych stanowi niezbędne ogniwo dla sprawnego funkcjonowania nowoczesnego, demokratycznego i praworządnego państwa. Fundamenty pod system zamówień publicznych w Polsce położono ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹. Ustawę tę zastąpiła ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej PZP². Pomimo licznych nowelizacji i harmonizacji ustawodawstwa w kierunku europejskiego prawa zamówień publicznych cechą szczególną prawa zamówień publicznych pozostaje to, że reguluje ono działania instytucji publicznych nie w sferze ich aktów władczych (sfera imperium), lecz w sferze obrotu gospodarczego (sfera dominium). Dokonując zakupów dóbr i świadczeń, instytucje publiczne działają jako uczestnicy rynku. Optymalizacja wydatków publicznych realizowana jest przede wszystkim na podstawie konkurencyjno-ofertowej konstrukcji przetargu nieograniczonego. Patrząc na system zamówień publicznych z perspektywy jego kilkunastoletniego istnienia, nie sposób nie zauważyć, że przedmiotowy cel jest permanentnie narażony na zamach ze strony jego nieuczciwych uczestników. Zjawiska przestępne występują zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców, czego świadectwem są liczne doniesienia prasowe, raporty organów administracji rządowej, organizacji społecznych donoszących o takich zjawiskach patologicznych, jak „ustawienie przetargu” czy też „zmowa przetargowa”. W ostatnim czasie nasila się problem

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. nr 72, poz. 664 ze zm.

² Tekst jedn. z 28 maja 2013 r., Dz.U. z 2013 r., poz. 907.

zmów przetargowych wykonawców, realizowanych na szkodę zamawiających, którzy udzielają zamówień publicznych w celu realizacji inwestycji infrastrukturalnych³. Zjawisku temu powinien towarzyszyć wzrost aktywności organów ścigania. Skłania to do jurydycznej oceny art. 305 k.k., który nominalnie stanowi podstawowy karnoprawny oręż w walce z zamachami na system zamówień publicznych, a który dotychczas stanowiął w praktyce procesowej przepis „martwy”⁴.

Poniższe rozważania poświęcone będą zatem jurydycznej analizie odmiany czynu zabronionego z art. 305 k.k., ujętej jako działanie sprawcy poprzez wejście w porozumienie z inną osobą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Analiza przeprowadzona zostanie w kontekście efektywności karnoprawnej ochrony prawidłowego przebiegu przetargu publicznego oraz prawidłowości realizacji funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Celem artykułu jest zatem odpowiedź na fundamentalne pytanie: czy na gruncie art. 305 k.k. podlegają penalizacji zmowy przetargowe naruszające prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego?

WEJŚCIE W POROZUMIENIE Z INNĄ OSOBĄ

Stosownie do art. 305 § 1 k.k.: „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Nie sposób nie zauważyć, że przedmiotowy zwrot stanowi również o typie czynu zabronionego określonego w art. 305 § 2 k.k., co spotkało się z krytyką przedstawicieli doktryny. W. Wróbel wprost wskazuje, że za usterkę legislacyjną należy uznać fakt powtórzenia tego znamienia zarówno w art. 305 § 1 k.k., jak i w § 2 art. 305 k.k. Przepis nie określa bliżej, na czym miałyby polegać działania objęte porozumieniem, nie wskazuje także celu tego porozumienia. W tym zakresie art. 305 k.k. stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności czynu karalnego (art. 42 Konstytucji RP)⁵.

J. Skorupka podejmuje próbę racjonalizacji dwukrotnego wymienienia znamienia „wchodzi w porozumienie”, podnosząc, że wymienione zachowanie w odmianie sprawczej, określonej w art. 305 § 2 k.k., pozostało funkcjonalnie powiązane z przetargiem publicznym, a w odniesieniu do odmiany sprawczej określonej w art. 305 § 1 k.k. brak jest już takiego powiązania. W konsekwencji karalną czynność będzie stanowiło dowol-

³ Zob. Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 9 września 2013 r., dostępny na stronie <http://uokik.gov.pl>

⁴ http://statystyka.policja.pl/portal/st/1119/63941/Udaremnienie_przetargu_art_305.html (dostęp: 19 września 2013 r., godz. 18:00). Znikome zastosowanie przedmiotowej regulacji w praktyce prokuratorsko-sądowej wskazywali już K. Buczkowski i M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 1998, s. 148. Znamienny jest fakt, że autorzy upatrują tego stanu rzeczy w błędnej konstrukcji przepisów.

⁵ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, (w:) A. Zoll (red.), A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Zakamycze 2006, teza 29.

ne zachowanie dwóch lub więcej osób, polegające na wejściu w porozumienie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, stanowiące działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby, na rzecz której przetarg jest dokonywany⁶. Autor jednak zauważa, że objęcie kryminalizacją dowolnego zachowania dwóch osób polegającego na wejściu w porozumienie czyni ją nieproporcjonalną, co skłania do odstąpienia od językowej interpretacji tego pojęcia na rzecz wykładni celowościowej, uwzględniającej związek owego zachowania z przetargiem publicznym⁷. Podzielając przedmiotowy pogląd, wskazać można, że pomimo niefortunnej redakcji przepisu powiązanie „wejścia w porozumienie” z „przetargiem publicznym” nastąpiło pośrednio poprzez jego związanie ze zwrotem „na rzecz której przetarg jest dokonywany”. Stąd zaprezentowana wyżej interpretacja pozostaje w granicach wyznaczonych rezultatem wykładni językowej.

Inaczej kwestię tę interpretuje R. Zawłocki, który stwierdza, że porozumienie, o którym mowa w § 2, nie dotyczy wejścia w porozumienie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁸. Zakres tego pojęcia na gruncie art. 305 § 2 k.k. obejmuje zatem wszelkie postacie porozumienia, z wyjątkiem ukierunkowanego na cel w postaci korzyści majątkowej⁹.

Wykładnia ta, opierająca się na aksjomatycznie przyjętej dyrektywie racjonalnego ustawodawcy, nie znajduje jednak żadnego celowościowego uzasadnienia. Za twierdzeniem tym przemawia brak zróżnicowania wymiaru kary. Działanie w celu osiągnięcia korzyści jako działanie w zamiarze bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu (*dolus coloratus*) powinno podlegać karze w wyższym wymiarze, ze względu na wyższy stopień społecznej szkodliwości czynu w aspekcie wyznaczających jej stopień okoliczności podmiotowych. Należy również odrzucić próbę racjonalizacji błędu ustawodawcy zaprezentowaną przez O. Górniok, która stwierdza, że rozważana czynność stanowi karalną formę przygotowania do udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego¹⁰. Rację bowiem należy przyznać H. Prackiemu, który stwierdza, że konstrukcja przepisu, a zwłaszcza zastosowanie alternatywy rozłącznej przez użycie słowa „albo”, nakazuje uznać, iż „wejście w porozumienie z inną osobą” może dotyczyć innego działania „na szkodę” właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany¹¹. Koresponduje to z poglądem, że w świetle art. 305 k.k. porozumienie staje się *sui generis* przestępstwem dokonany¹².

Wobec braku legalnej definicji czynności sprawczej w postaci „wejścia w porozumienie z inną osobą” próby określenia treści przedmiotowego znamienia podejmowane są w piśmiennictwie. I tak R. Zawłocki wskazuje, że wejście w porozumienie jest podjęte dla realizacji celu sprawcy w postaci korzyści majątkowej i stanowi działanie na szkodę pokrzywdzonego. Nie przesądza to jednak o tym, że treścią samego porozumienia

⁶ J. Skorupka, (w:) A. Marek (red.), *System prawa karnego. Tom 9. Przepęstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, Warszawa: C. H. Beck 2011, nb 32, s. 694.

⁷ *Ibidem*, s. 694.

⁸ R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny – Część szczególna. Komentarz*, t. II, wyd. 2, Warszawa: C.H. Beck 2005, nb 86, s. 1370.

⁹ *Ibidem*, s. 1370.

¹⁰ O. Górniok, *Przepęstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa: C. H. Beck 2000, s. 95.

¹¹ H. Pracki, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze. Przepęstwa gospodarcze w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1998, s. 180.

¹² M. Bojarski, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, wyd. 2, Warszawa: LexisNexis 2010, s. 1265.

jest cel osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody¹³. Przedmiotem porozumienia przynajmniej dwóch osób jest wspólne i szkodliwe działanie przeciwko stronom przetargu publicznego¹⁴. Jego istotą jest przestępna zмова¹⁵. H. Pracki proponuje, aby za treść postanowienia uznać wszelkie postacie działania na szkodę właściciela mienia lub osoby, na rzecz której dokonywany jest przetarg¹⁶. Wydaje się, że pomimo uznania „wchodzenia w porozumienie” za odrębną czynność wykonawczą, a nie za egzemplifikację postaci przygotowania, nie uzasadnia to jej odmiennej natury jako czynu w znaczeniu naturalnym. Nie wyklucza to zatem charakterystyki tej czynności z częściowym uwzględnieniem dorobku orzecznictwa na gruncie art. 16 k.k. Za adekwatne – w części dotyczącej zamiaru – należy uznać stanowisko, że wejście w porozumienie przygotowujące przestępstwo (art. 16 § 1 k.k.) może dotyczyć jedynie osób, które już mają wolę popełnienia przestępstwa¹⁷, czy też że wejście w porozumienie określone w art. 16 § 1 k.k. polega na uzgodnieniu stanowisk już wcześniej jednolitych co do istoty, tj. w zakresie woli popełnienia czynu zabronionego¹⁸. Natomiast już nieadekwatne na gruncie art. 305 k.k. wydaje się być twierdzenie, że wchodzący w porozumienie nie podejmują jeszcze działań zmierzających bezpośrednio do dokonania przestępstwa¹⁹, a porozumienie między innymi polega jedynie na uwzględnieniu okoliczności niezbędnych do jego dokonania²⁰, skoro samo już wejście w porozumienie stanowi o dokonaniu czynności sprawczej. Wydawać się przy tym może, że ustawodawca przesunął karalność na etap przygotowania do wyrządzenia szkody, ujmując zachowanie polegające na wejściu w porozumienie jako potencjalnie szkodliwe, tym samym konstruując typ przestępstwa abstrakcyjnego zagrożenia niebezpieczeństwem. Należy jednak zauważyć, że inaczej niż na gruncie art. 283 k.k. z 1932 k.k. nie jest penalizowane zachowanie polegające na wejściu w porozumienie z inną osobą co do działania przy przetargu publicznym, **mogącego** wyrządzić szkodę majątkową, ale samo wejście w porozumienie z inną osobą, które jednocześnie stanowi działanie na szkodę. Trafnie zatem zauważa W. Wróbel, że ze względu na istotę przestępstwa z art. 305 k.k. sprowadzającego się do działania na szkodę samo wejście w porozumienie w celu szkodzenia interesom osób chronionych w art. 305 k.k. nie stanowi jeszcze realizacji znamion opisanego w tym przepisie typu czynu zabronionego. Niezbędne jest, by realnie sam fakt **porozumienia lub następujące w jego wykonaniu działania** [podkr. M. M.] sprowadziły niebezpieczeństwo dla tych interesów²¹. Podzielić trzeba także stanowisko, że „wejście w porozumienie” należy ujmować jako kreację określonego stanu, a nie samodzielłą i formalną czynność²². Natomiast nie można zgodzić się z definicją analizowanej czynno-

¹³ R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, nb 86, s. 1364.

¹⁴ *Ibidem*, nb 42, s. 1365.

¹⁵ *Ibidem*, nb 44, s. 1365.

¹⁶ H. Pracki, (w:) *Nowa kodyfikacja*, s. 180.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16 lutego 2009 r., II AKA 202/08, KZS 2009, z. 5, poz. 38, Prok. i Pr. – wkł. 2009, z. 10, poz. 31.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21 marca 2006 r., II AKA 31/06, Lex.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16 lutego 2009 r., II AKA 202/08, KZS 2009, z. 5, poz. 38, Prok. i Pr. – wkł. 2009, z. 10, poz. 31.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21 marca 2006 r., II AKA 31/06, Lex.

²¹ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305*, teza 31.

²² R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, s. 1365.

ści sprawczej przedstawioną przez J. Skorupkę, który „wejście w porozumienie” traktuje jako postępowanie dążące do uzgodnienia celu, stanowiska, poglądu, przedsięwzięcia, płaszczyzny wspólnego postępowania²³. Przyjęcie komentowanego podejścia prowadziłooby w istocie do penalizacji rozmów nakierowanych na osiągnięcie przestępnego porozumienia, niezależnie od postawy jednej ze stron. Adekwatny do oceny tej czynności pozostaje pogląd wyrażony na gruncie art. 16 k.k., że wszystkie osoby uczestniczące w stanowiącym karalne przygotowanie porozumieniu muszą uzgodnić zamiar oraz podjąć decyzję wspólnego popełnienia przestępstwa, natomiast czymś różnym od porozumienia jest porozumiewanie się, czyli rozmowy (narady) na temat przyszłego przestępstwa. To ostatnie nie jest jeszcze karalnym wejściem w porozumienie, o którym mowa w art. 16 k.k.²⁴

W praktyce procesowej uznanie, że doszło do wejścia w porozumienie, może budzić znaczne trudności kwalifikacyjne. Zważyć należy bowiem, że do realizacji przestępnego porozumienia może finalnie w ogóle nie dojść, np. pracownik zamawiającego przyjmuje wstępnie propozycję „ustawienia” warunków udziału w postępowaniu pod danego wykonawcę, jednakże ostatecznie sporządza dokumentację postępowania zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji. Pojawi się tu problem, czy już sam fakt akceptacji propozycji „ustawienia przetargu” będzie wystarczający do przyjęcia, że doszło do „wejścia w porozumienie” oraz czy jest to już wystarczające do uznania, iż zostały wyczerpane znamiona strony przedmiotowej analizowanego czynu zabronionego. W mojej ocenie należy przyjąć, że sama już uzewnętrzzona akceptacja zamiaru podjęcia zachowania naruszającego reguły prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne stanowi „wejście w porozumienie”. Do wyczerpania znamienia „wejście w porozumienie” nie jest konieczne, aby w jego wyniku doszło do konkretnych działań²⁵.

Konkludując powyższe rozważania, proponuję na gruncie postępowania o zamówienie publiczne przyjąć, że celem wejścia w porozumienie jest uzyskanie korzyści majątkowej poprzez udzielenie zamówienia publicznego lub jego uzyskanie ze szkodą dla zamawiającego. Celowi temu służyć powinna określona treść uzgodnień, która obejmuje wszelkie zachowania naruszające reguły prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Ujmując rzecz lapidarnie: treścią porozumienia jest uzgodnienie zachowania, które niejako „programuje” obiektywne niebezpieczeństwo dla interesu majątkowego zamawiającego. Możliwe jest także, że wejście w porozumienie dotyczyć będzie działań polegających na udaremnieniu lub utrudnieniu przetargu. Wtedy jednak, jeśli działania te zostaną zrealizowane, należy je kwalifikować jako przypadki współsprawczego udaremnienia lub utrudnienia przetargu.

Zdefiniowanie pojęcia „wejście w porozumienie” nie jest jednak wystarczające do przyjęcia, że zostały wypełnione znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 305 k.k. w analizowanej odmianie sprawczej. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że dopiero realizacja porozumienia w sposób widoczny może kreować realny i konkretny

²³ J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa: LexisNexis 2005, s. 108.

²⁴ Wyrok SA w Katowicach z 5 czerwca 1997 r., II AKa 50/97, OSP 1998, z. 1, poz. 12.

²⁵ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, teza 6, s. 541; R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, nb 47, s. 1365.

stan zagrożenia dla interesu majątkowego zamawiającego. Implikuje to ocenę związku pomiędzy znamieniem „wchodzi w porozumienie z inną osobą” a wymogiem, aby sprawca tym zachowaniem jednocześnie działał na szkodę właściciela mienia lub osoby, na rzecz której przetarg jest dokonywany, co w szczególności wymaga odpowiedzi na pytanie, czy ta odmiana czynu zabronionego z art. 305 k.k. należy do kategorii przestępstw formalnych, czy materialnych.

DZIAŁANIE NA SZKODĘ: SKUTEK CZYNU ZABRONIONEGO Z ART. 305 K.K. CZY CHARAKTERYSTYKA KIERUNKU „WEJŚCIA W POROZUMIENIE”?

Należy zauważyć, że ustawodawca nie posłużył się, charakteryzując „działanie na szkodę”, wymogiem bezpośredniego zagrożenia jej wyrządzenia, co może sugerować, iż czyn zabroniony z art. 305 k.k. jest tzw. przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, tym samym należy do kategorii przestępstw formalnych. W tym ujęciu działanie na szkodę określa kierunek zachowania sprawcy, wydobywając z zachowania sprawcy jego pejoratywny charakter, tj. potencjalną szkodliwość zachowania. Kwestia ta jest przedmiotem sprzecznych bądź niejednoznacznych wypowiedzi.

Zdaniem A. Marka: „Do bytu przestępstwa określonego w art. 305 § 1 k.k. należy działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Warunkiem dokonania tego przestępstwa nie jest jednak spowodowanie efektywnej szkody, a jedynie podejmowanie zachowań mogących [podkr. M. M.] taką szkodę spowodować. Jest to więc przestępstwo formalne z narażenia”²⁶. Natomiast R. Zawłocki uznaje przestępstwo z art. 305 k.k. za przestępstwo materialne. Znamieniem skutku jest wyrażenie „działając na szkodę”. Rozważane znamię określa zatem charakter czynności sprawcy i zarazem jej wynik²⁷. Wynikiem tym może być faktyczna szkoda, jak i wywołanie realnego zagrożenia dla prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego²⁸. Także W. Wróbel podnosi, że art. 305 § 1 k.k. nie wymaga powstania realnej szkody, przestępstwo jednak nie ma charakteru formalnego. Konieczne jest bowiem ustalenie, że przedsiębrane przez sprawcę czynności mogły grozić powstaniem szkody. Jest to więc przestępstwo sprowadzenia niebezpieczeństwa określonego skutku. Zapobieżenie szkodzie przez sprawcę nie ma znaczenia dla zrealizowania znamion czynu zabronionego z art. 305 § 1 k.k.²⁹

Kwestia ta nie została także jednoznacznie przesądzona w orzecznictwie. Sąd Najwyższy w wyroku z 14 stycznia 1999 r. (V KKN 671/1998, LEX nr 36536) lakonicznie stwierdził, że: „Karalność tego rodzaju czynu obejmuje narażenie na niebezpieczeństwo interesów mienia objętego przetargiem albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”. Stanowisko to podzielił SN w wyroku z 17 października 2006 r. (WA

²⁶ A. Marek, *Komentarz do art. 305 Kodeksu karnego*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, LEX 2010, teza 6, podobnie M. Gałązka, *Komentarz do art. 305 k.k.*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, Legalis. Autorka wskazuje, że: „Przestępstwa z art. 305 KK mają charakter materialny w zakresie polegającym na udaremnieniu lub utrudnieniu przetargu, a w pozostałej części – formalny”.

²⁷ R. Zawłocki, *Komentarz*, nb 70, s. 1368.

²⁸ *Ibidem*, s. 1368, tak też J. Skorupka, (w:) A. Marek (red), *System*, nb 34, s. 694.

²⁹ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305*, teza 45.

28/06, R-OSNKW 2006, poz. 1964), podnosząc, że: „Warunkiem dokonania przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. nie jest spowodowanie efektywnej szkody, a jedynie podejmowanie działań mogących taką szkodę spowodować [podkr. M. M.]. Karalność tego przestępstwa obejmuje narażenia na niebezpieczeństwo interesów właściciela mienia objętego przetargiem”. Sąd nie wypowiedział się zatem jednoznacznie co do charakteru narażenia na niebezpieczeństwo, co raczej daje asumpt do przyjęcia abstrakcyjnego charakteru zagrożenia mienia. Natomiast za materialnym charakterem przestępstwa opowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7 marca 2012 r. (V KK 402/11, OSNKW 2012, nr 8, poz. 84), stwierdzając, że: „Zawarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie «działając na szkodę» jest znamieniem skutku przestępstwa. Skutkiem tym nie musi być realna szkoda majątkowa, do której dochodzi w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”³⁰.

Ze względu na zakaz wykładni homonimicznej w rozstrzygnięciu powyższych wątpliwości pomocne mogą być wskazania Sądu Najwyższego zawarte w uchwale z 24 stycznia 2013 r. (I KZP 24/12, OSNKW 2013, nr 2, poz. 12, LEX nr 1252702, Biul. SN 2013, nr 1, poz. 15). Sąd Najwyższy, analizując na gruncie art. 231 § 1 k.k. analogiczne znamię „działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”, uznał, że występki określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym. W uzasadnieniu przedmiotowej uchwały SN stwierdził, że „(...) znamię «działa na szkodę» wskazuje na leżący poza zachowaniem sprawcy skutek tego działania [podkr. M. M.] – spowodowanie co najmniej stanu narażenia dobra prawnie chronionego na niebezpieczeństwo powstania szkody – niebezpieczeństwo, które wprawdzie nie musi być bezpośrednio, ale musi być rzeczywiste i skonkretyzowane [podkr. M. M.]. Znamię «działania na szkodę» nie stanowi dookreślenia zachowania się sprawcy, ale stanowi element strony przedmiotowej czynu, charakteryzujący jego skutek”. Sąd Najwyższy podzielił pogląd, że „działanie na szkodę” już w warstwie językowej zawiera pewną kauzalność, iż szkoda (a co najmniej możliwość jej powstania) występuje poza samym działaniem i jest jego następstwem. Zdaniem SN możliwości powstania szkody nie można rozumieć inaczej niż jako uznanie konieczności wystąpienia zmiany w świecie zewnętrznym, w postaci spowodowania stanu zagrożenia dla interesu publicznego lub prywatnego. Wywołanie

³⁰ Analiza uzasadnienia tegoż judykatu prowadzi jednak do wniosku, że SN przyjął za wystarczające zaistnienie abstrakcyjnego zagrożenie dla mienia. SN uznał, że działaniem na szkodę było przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które ograniczało krąg potencjalnych oferentów: „(...) Realizowanie porozumienia odebrało postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie przetargu nieograniczonego jego najbardziej pożądanym przymiot, tj. zapewnienie wszystkim potencjalnym oferentom równych szans w przystąpieniu do przetargu, a inwestorowi możliwości przyjęcia optymalnej liczby ofert wyboru najkorzystniejszej. *De facto* zamówienie publiczne utraciło cechę przetargu nieograniczonego”. Samo sporządzenie dyskryminującej potencjalnych oferentów specyfikacji istotnych warunków jawi się raczej jako działanie jedynie potencjalnie szkodliwe. Do zaistnienia stanu zagrożenia dla mienia zamawiającego konieczne są dalsze czynności, przede wszystkim skuteczne złożenie oferty przez działającego w porozumieniu wykonawcę. „Ustawienie” opisu przedmiotu zamówienia nie jest także równoznaczne z wyeliminowaniem udziału innych wykonawców, skoro mogą oni wnieść odwołanie na dyskryminujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

tego stanu, wszak oddzielnego i niezależnego od samego zachowania sprawcy [podkr. M. M.], jest tożsame z zaistnieniem skutku, a więc spowodowaniem niebezpieczeństwa nastąpienia szkody, jako warunku *sine qua non* realizacji istoty tego czynu³¹.

W kierunku materialnego charakteru czynu zabronionego w odmianie uwzględniającej czynność sprawczą wejścia w porozumienie zdaje się podążać Sąd Najwyższy, który w wyroku z 23 stycznia 2012 r. (WA 38/11, Legalis) stwierdził, że: „Istota przestępstwa z art. 305 § 1 KK w postaci wejścia w porozumienie sprowadza się do działania na szkodę podmiotów w nim wymienionych. Samo wejście w porozumienie nawet w celu szkody interesom podmiotów chronionych w art. 305 KK nie stanowi jeszcze realizacji znamion opisanych w tym przepisie. Niezbędne jest, by realnie sam fakt porozumienia lub następujące w jego wykonaniu działania sprowadziły niebezpieczeństwo dla tych interesów [podkr. M. M]. Konieczne jest więc ustalenie, że przedsięwzięte przez sprawcę czynności (oczywiście w celu osiągnięcia korzyści majątkowej) mogły grozić powstaniem szkody”. Stanowisko SN, że realnie sam fakt porozumienia może przesądzać o sprowadzeniu niebezpieczeństwa dla chronionych interesów majątkowych, determinuje dalsze problemy z oceną dopuszczalności przypisania sprawcy w analizowanej odmianie sprawczej przestępstwa w formie stadialnej usiłowania. W doktrynie wskazuje się, że samo wejście w porozumienie może jeszcze nie wywoływać stanu zagrożenia dla interesów zamawiającego i stanowić tylko, z uwagi na karygodną zamierzoną treść, usiłowanie popełnienia rozważanego przestępstwa³². Biorąc pod uwagę, że dotychczasowa abstrakcyjność wyводу może przesłonić jego przejrzystość, posłużmy się dla rozstrzygnięcia powyższych wątpliwości przykładem „klasycznej” zмовы przetargowej, która może wystąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

PRZYKŁAD: Po ogłoszeniu przetargu nieograniczonego na budowę drogi publicznej w miejscowości W. wykonawca X wchodzi w porozumienie z wykonawcą Y. Treścią porozumienia jest ograniczenie ofert w toku postępowania. Wykonawca X składa ofertę bez wymaganych dokumentów, a wykonawca Y ofertę droższą, ale prawidłową. Po otwarciu oferty okazuje się, że są to jedyne oferty. Zamawiający wzywa w trybie art. 26 ust. 3 PZP wykonawcę X do uzupełnienia dokumentów, czego ten świadomie nie czyni, „ustępując” miejsca wykonawcy Y. Zamawiający, nieświadomy zмовы, wyklucza na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wykonawcę X i wybiera ofertę droższą wykonawcy Y, a następnie podpisuje z nim umowę.

Powyższy przykład unaocznia problem oceny zachowania, które zmierza bezpośrednio do dokonania przestępstwa oraz jego „osadzenia” w zakresie desygnatów objętych znamieniem „wchodzi w porozumienie”. Jak już była mowa, przestępstwo z art. 305 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, co oznacza, że zostaje ono dokonane z chwilą zaistnienia skutku w postaci konkretnego zagrożenia wystąpienia szkody. Poszukując owego skutku w przedmiotowym stanie faktycznym relacjonowanym do znamienia „wejście w porozumienie”, zauważyć trzeba, że ostatecznie zachowanie sprawcy (wykonawcy X) kończy się wraz z upływem terminu na uzupełnienie dokumentów. Skutek w postaci **bezpośredniego** zagrożenia wyrażdze-

³¹ Uzasadnienie uchwały z 24 stycznia 2013 r., IKZP 24/12, OSNKW 2013, nr 2, poz. 12, LEX nr 1252702, Biul. SN 2013, nr 1, poz. 15.

³² R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, s. 1365.

nia szkody w mieniu zamawiającego następuje jednak dopiero wraz z wyborem oferty wykonawcy Y, a jej wyrządzenia – wraz z podpisaniem umowy. Do momentu wyboru oferty wykonawcy Y nie możemy wprawdzie mówić o **bezpośrednim** narażeniu na niebezpieczeństwo spowodowania szkody, jednakże ma ono **już realny i skonkretyzowany charakter**, co w świetle uchwały SN z 24 stycznia 2013 r. (I KZP 24/12) jest wystarczające do uznania, że doszło do wypełnienia znamienia „działa na szkodę”. W konsekwencji zachowanie polegające na zaniechaniu uzupełnienia dokumentów należałoby oceniać jako popełnione w formie stadialnej dokonania czynu zabronionego z art. 305 k.k., albowiem to przedmiotowe zaniechanie powoduje stan realnego i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody w mieniu zamawiającego. Przedmiotowa teza może być jednak zakwestionowana, gdy spostrzeżemy, że skutek w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo jest wprawdzie wynikiem zachowania sprawcy, **ale nie jest ono objęte zakresem znamienia „wejście w porozumienie”**, lecz stanowi jego wykonanie, a więc zachowanie chronologicznie dalsze. Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do art. 231 § 1 k.k. ustawodawca nie ujął czynności sprawczej szeroko i syntetycznie – „działa na szkodę”, ale wyraźnie ograniczył formy tego działania do wymienionych czynności wykonawczych.

W piśmiennictwie podkreśla się, że w przypadku przestępstw materialnych istotnym elementem znamion strony przedmiotowej staje się powiązanie przyczynowe, jakie integruje wyrażone w **czynności czasownikowej** zachowanie sprawcy z ujętym w typie czynu zabronionego skutkiem³³. Nie sposób nie zauważyć, że pomiędzy znamieniem czasownikowym – „wejście w porozumienie” – a wystąpieniem wyżej scharakteryzowanego skutku nie występuje bezpośrednio powiązanie przyczynowe. Na płaszczyźnie kauzalnej, w ujęciu teorii ekwiwalencji, pomiędzy zachowaniem sprawczym, objętym znamieniem czasownikowym – „wejście w porozumienie” – a opisanym skutkiem istnieje powiązanie przyczynowo-skutkowe, które obejmuje ogniwa pośrednie, tj. zachowania polegające na wykonaniu zakazanego porozumienia. Kwestia odpowiedzialności karnej za „wejście w porozumienie” i jego realizacji powinna być zatem rozpatrywana na płaszczyźnie normatywnego przypisania skutku³⁴. Podstawowym normatywnym kryterium przypisania skutku jest bezprawność zachowania – wyrażająca się w jego sprzeczności z normą sankcjonowaną³⁵. Podkreśla się, że zawarte w przepisach prawa karnego normy sankcjonowane w swych zakresach nie normują jakichkolwiek czynów, lecz wyłącznie czyny określonego rodzaju³⁶. Kwestią do ustalenia jest, czy skutek został wywołany czynem zakazanym, a więc takim, który przekracza stosowaną normę

³³ J. Giezek, (w:) *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa: C. H. Beck 2013, nb 226, s. 419.

³⁴ Przemawia za tym dodatkowo fakt, że skutek w postaci bezpośredniego, konkretnego zagrożenia dla mienia zamawiającego jest bezpośrednio poprzedzony zaniechaniem, co zdaniem części doktryny wyklucza powiązanie przyczynowe, a przypisanie skutku w przypadku zaniechania może być oparte wyłącznie na powiązaniu normatywnym – A. Zoll, *Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego*, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, wyd. 2, Zakamycze 2004, teza 8.

³⁵ J. Giezek, (w:) *System*, nb 249, s. 453.

³⁶ Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 96, za: J. Giezek, (w:) *System*, nb 247, s. 451.

sankcjonowaną³⁷. Wydaje się zatem, że skoro skutek w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody nie jest wywołany czynem zakazanym, tj. czynem objętym zakresem znamienia „wejście w porozumienie”, to nie istnieje możliwość jego przypisania sprawcy.

Problem ten jeszcze bardziej uwidacznia się przy analizie popełnienia czynu zabronionego z art. 305 k.k. poprzez wejście w porozumienie w ramach stadialnej formy usiłowania, co należy odnieść do kwalifikacji czynności uprzednich w pochodzie przestępstwa: czynności złożenia wadliwej oferty (1) oraz już samego wejścia w porozumienie (2). W doktrynie dominuje pogląd dopuszczający karalność usiłowania przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo³⁸. Podnosi się, że usiłowanie przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo charakteryzuje realne niebezpieczeństwo, które jednak nie musi być konkretne³⁹. W analizowanym stanie faktycznym złożenie oferty bez wymaganych dokumentów urzeczywistnia zamiar działania na szkodę uzgodniony w porozumieniu, co urealnia zagrożenie wystąpienia szkody, choć go jeszcze nie konkretyzuje. Konkretyzacja tego zagrożenia następuje poprzez kolejne zachowanie, tj. zaniechanie złożenia dokumentów na wezwanie zamawiającego oraz wykluczenie wykonawcy i wybór oferty mniej korzystnej. W piśmiennictwie i orzecznictwie podnosi się, że usiłowanie nie stanowi początku wykonania czynu, ale zaczyna się już w stadium wcześniejszym, bezpośrednio poprzedzającym rozpoczęcie wykonywania czynności czasownikowej [podkr. M. M.] wskazanej w zespole znamion⁴⁰. Prawo karne nie uzależnia zaistnienia usiłowania od „początku wykonania”, co oznacza początek realizacji znamion przestępstwa rodzajowego. Wystarczy, że sprawca wykonał pewne czynności, które bezpośrednio zmierzały do dokonania, choćby nie było to jeszcze realizowanie znamion czynu zabronionego przewidzianego w części szczególnej. Jeżeli w „pochodzie przestępstwa” czyn wykracza poza granice przygotowania wyznaczone treścią art. 16 k.k., to stanowi on co najmniej usiłowanie popełnienia tego przestępstwa, bowiem pomiędzy przygotowaniem a usiłowaniem nie istnieje „pole niczyje”⁴¹. W orzecznictwie podkreśla się także, że wyjaśnienie różnicy pomiędzy przygotowaniem a usiłowaniem sprowadza się do ustalenia, czy zachowanie sprawcy było abstrakcyjnym, czy też konkretnym zagrożeniem dla chronionego prawem dobra. Przygotowanie to „stworzenie warunków do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania”, które może przybierać różne formy, takie jak np. przysposobienie środków, zbieranie informacji, wejście w porozumienie

³⁷ *Ibidem*, s. 451, zob. też A. Zoll, *Komentarz do art. 2 Kodeksu karnego*, teza 1. Autor stwierdza, że zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege poenali* dla karalności czynu nie wystarczy, że zachowanie jest sprzeczne z zakazem lub nakazem normy sankcjonowanej. Zasada ta wymaga, aby zachowanie to, jako karalne, było opisane w ustawie karnej.

³⁸ Zob. A. Liszewska, (w:) *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa: C. H. Beck 2013, nb 32, s. 752.

³⁹ *Ibidem*, s.752. Autorka akceptuje pogląd A. Zolla.

⁴⁰ A. Liszewska, (w:) *System*, nb 20, s. 733, podobnie A. Zoll, *Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego*, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Zakamycze 2004, teza 18. Bezpośrednie zmierzanie do dokonania, jako znamię usiłowania, wiązać należy ze znamieniem czasownikowym danego typu czynu zabronionego.

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 marca 2006 r., IV KK 415/05, LEX nr 183071.

z inną osobą czy sporządzenie planu działania. Usiłowanie zaś to coś więcej, bowiem sprawca „w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania”. Usiłowanie jest zatem bardziej konkretne niż przygotowanie, a zagrożenie dobra chronionego staje się realne⁴². Odnosząc to do art. 305 k.k., zwrócić należy uwagę, że czynności kreujące konkretne zagrożenie dla mienia organizatora przetargu nie poprzedzają wykonania czynności czasownikowej – wchodzenia w porozumienie, a wręcz przeciwnie, następują już po jego dokonaniu. Ustawodawca zatem odwrócił logikę pochodzenia przestępstwa, nie zmieniając istoty „wejścia w porozumienie” ujętej w art. 16 k.k.

Konkludując, należy stwierdzić, że wejście w porozumienie na gruncie art. 305 k.k. w analizowanym stanie faktycznym nie kreuje konkretnego i realnego niebezpieczeństwa dla mienia zamawiającego. Natomiast zachowanie następujące w wykonaniu zakazanego porozumienia, jako nieobjęte znamieniem czynności sprawczej tego typu przestępstwa, nie może być podstawą odpowiedzialności karnej sprawcy na gruncie art. 305 k.k., nawet gdy stanowi działanie na szkodę właściciela przetargu lub osoby, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Osobnego odniesienia wymagają podmiotowe aspekty porozumienia na szkodę zamawiającego. Porozumienie na szkodę zamawiającego może być zawiązane pomiędzy wykonawcami (tzw. zmowy horyzontalne) lub pomiędzy osobami działającymi w imieniu zamawiającego a wykonawcami (tzw. zmowy pionowe)⁴³. Do drugiej grupy przestępnych porozumień można zaliczyć tzw. „ustawienie przetargu”, a więc ustalenie warunków przetargu w sposób faworyzujący z góry określonego wykonawcę. W odniesieniu do tzw. „ustawienia przetargu” został w doktrynie sformułowany pogląd, że art. 305 § 1 k.k. nie znajduje do tego zjawiska zastosowania, gdy stroną przestępnego porozumienia jest właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany. W takich sytuacjach właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany, nie będą pokrzywdzonymi, albowiem sami biorą udział w przestępczym porozumieniu. Natomiast w sytuacji, gdy właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany, nie biorą udziału w karalnym porozumieniu, ich interesy majątkowe znajdują się pod ochroną⁴⁴. Wydaje się, że ze względu na odrębność podmiotową zamawiającego będącego w praktyce osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej od osób działających w jego imieniu ww. teza nie znajduje potwierdzenia.

CZYN CIĄGŁY JAKO PODSTAWA WARTOŚCIOWANIA ZACHOWAŃ ODRĘBNIENIE NIEPENALIZOWANYCH

Powstaje pytanie, czy powyższych wniosków nie modyfikuje przyjęcie konstrukcji czynu ciągłego. Jego istotą jest ujęcie wszystkich zachowań podjętych w wykonaniu

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego z 9 września 1999 r., III KKN 704/98, LEX nr 39096, Prok. i Pr. – wkł. 2000, z. 2, poz. 2.

⁴³ Szerzej Raport UOKiK.

⁴⁴ J. Skorupka, *Prawo*, s. 109.

z góry powziętego zamiaru jako podstawy karnoprawnej oceny. Podstawę prawnokarnego wartościowania w razie zastosowania art. 12 stanowi kompleks dwóch lub więcej zachowań, traktowany jako jedna, integralna i nierozzerwalna całość⁴⁵. W konsekwencji przyjęcie czynu ciągłego ze względu na z góry powzięty zamiar zawarcia porozumienia i jego wykonania prowadziłyby do „spięcia klamrą” czasokresu również zachowań następujących w wykonaniu karalnego porozumienia. W analizowanym przypadku działania polegającego na złożeniu niekompletnej oferty oraz zaniechaniu uzupełnienia dokumentów, a tym samym objęciu ich podstawą prawnokarnego wartościowania. W doktrynie podnosi się, że każda z analizowanych czynności na gruncie art. 305 k.k. może stanowić wynik wielu zachowań lub jednego (fizycznego albo intelektualnego) zachowania się sprawcy⁴⁶. *Prima facie*, pogląd ten wydaje się być uzasadniony charakterem art. 12 k.k. Przepis ten służy do przekształcenia w trakcie procesu interpretacji znamion typu czynu zabronionego w taki sposób, że w miejsce znamienia czynnościowego ujętego w przepisie części szczególnej „jednoczynowo” pojawia się znamię czynnościowe charakteryzujące się elementem „ciągłości”, „powtarzalności” lub „wielokrotności”, pozwalające uznać, że wielość zachowań – identycznie jak w przypadku przestępstw wieloodmianowych, wieloczynowych lub złożonych – stanowi jednorazową realizację znamion tego typu czynu zabronionego. Innymi słowy, zastosowanie art. 12 k.k. w procesie wykładni znamion prowadzi do przekształcenia typu określonego pierwotnie przez ustawodawcę jako „jednoczynowy” w przestępstwo „wieloczynowe”⁴⁷. Implikuje to jednak pytanie, czy owo przekształcenie może obejmować zachowania niejednorodne. Przesłanka jednorodności zachowań składających się na czyn ciągły nie została wyartykułowana w art. 12 k.k. Za brakiem istnienia tej przesłanki przemawiają wypowiedzi doktryny lub judykatury dopuszczające łączenie zachowań, które wypełniają samodzielnie zachowania różnych typów czynu zabronionego⁴⁸. Za przesłanką jednorodności zachowań przemawiają względy historyczne, wynikające z rozbicia przestępstwa ciągłego, oraz przesłanka podmiotowa, gdyż z góry powzięty zamiar należy odnosić do określonego zespołu znamion czynu, a nie do czynów różnych⁴⁹. W tym ujęciu zachowania polegające na działaniu oraz na zaniechaniu nie są jednorodne w sensie naturalnym, a więc nie powinny podlegać łączeniu. Problem potęguje kolejny ele-

⁴⁵ P. Kardas, *Komentarz do art. 12 kodeksu karnego* (Dz.U.97.88.553), (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Zakamycze 2004, wyd. 2, teza 35, s. 209.

⁴⁶ R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, nb 35, s. 1364.

⁴⁷ P. Kardas, *Komentarz*, teza 5.

⁴⁸ Por. *ibidem*, teza 36; M. Dąbrowska-Kardas, *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r.*, Warszawa 1998, s. 58.

⁴⁹ A. Marek, *Komentarz do art. 12 Kodeksu karnego*, teza 6, Lex 2010, tak też M. Kulik, *Komentarz do art. 12 Kodeksu karnego*, teza 9, Lex 2013; zob. również wyrok SA w Łodzi z 12 października 2000 r., II AKa 155/00, Orz. Prok. i Pr. 2001, z. 5, poz. 21, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9 października 2007 r., II AKa 164/07, Legalis: „Działania oskarżonego nie odpowiadają znamionom czynu ciągłego, bo choć godziły w to samo dobro prawne (mienie), były to zdarzenia o różnym charakterze”. W tym kierunku też zmierza wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 grudnia 2009 r., II AKa 324/09, OSA w Katowicach 2010, nr 1, poz. 4: „Należy mieć na względzie możliwość objęcia jednym ciągiem przestępstw różnych form stadialnych, tożsamych jednak co do kwalifikacji prawnych przestępstw”.

ment sporny konstrukcji czynu ciągłego, związany z dopuszczalnością oceny zachowań prawnokarnie irrelevantnych⁵⁰. Niezależnie od zaprezentowanych różnic wydaje się, że decydujące znaczenie ma możliwość przekształcenia typu określonego pierwotnie przez ustawodawcę jako „jednoczynowy” w przestępstwo „wieloczynowe”, co powinno nastąpić w granicach znamienia czasownikowego, skoro w **miejsce znamienia czynnościowego ujętego w przepisie części szczególnej „jednoczynowo”** pojawić się ma znamię czynnościowe charakteryzujące się elementem „ciągłości”. Innymi słowy, znamię czasownikowe obejmujące jeden czyn musi ze względu na obligatoryjny charakter art. 12 k.k. „pomieścić” więcej zachowań. Moim zdaniem powinno to nastąpić jednak nie dowolnie, ale z uwzględnieniem zakresu znaczeniowego znamienia czasownikowego. Odnosząc to do znamienia „wejście w porozumienie”, należy podkreślić, że czynność ta może być popełniona tylko poprzez działanie, co skłania do wniosku, iż w zakresie znamienia „wchodzi w porozumienie” nie mieszczą się zachowania polegające na zaniechaniu wykonania czynności. Nie sposób zatem wbrew językowej konwencji „wtłoczyć” w zakres znamienia o czynnościowym charakterze zachowań polegających na zaniechaniu. Trzeba tu zauważyć, że występujące w praktyce przykłady łączenia zachowań niejednorodnych dotyczą zachowań, które ujęte są znamionami czasownikowymi odrębnych czynów zabronionych⁵¹. Nie istnieje zatem sytuacja, aby jakieś zachowanie ujęte w opisie przypisanego sprawcy czynu nie przynależało do klasy zachowań objętych zakresem znamion czasownikowych występujących w przyjętej kwalifikacji prawnej czynu zabronionego. W konsekwencji uznać należy, że nie jest możliwe objęcie węzłem czynu ciągłego zachowań następujących po „wejściu w porozumienie” tak, aby stały się one częścią czynu opisanego tym znamieniem czasownikowym.

TEMPORALNY ZASIĘG OCHRONY KARNOPRAWNEJ POSTĘPOWANIA O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Osobnego wyjaśnienia wymaga również zagadnienie czasokresu ochrony karnoprawnej w odniesieniu do etapu postępowania o zamówienie publiczne. Na tle bowiem sformułowania „na rzecz której przetarg jest dokonywany” powstaje pytanie, czy rozważany przepis karny odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której to postępowanie o zamówienie publiczne jest już w toku, a więc po jego wszczęciu, czy również obejmuje fazę jego przygotowania.

Zwolennikiem wąskiego ujęcia ochrony przetargu jest R. Zawłocki. Autor wskazuje, że zachowania odnoszące się do czynności poprzedzających przetarg nie są objęte sankcją karną z art. 305 k.k. Na tym etapie postępowania, poprzedzającego sam przetarg,

⁵⁰ Zdaniem P. Kardasa: „Przyjęcie konstrukcji czynu ciągłego sprawia, że o kwalifikacji prawnej decyduje łączna ocena wszystkich składających się na czyn ciągły zachowań, co obejmuje m.in. sytuację, gdy poszczególne zachowania są samodzielnie prawnokarnie irrelevantne (nie wypełniają znamion przestępstwa ani wykroczenia)” – P. Kardas, *Komentarz*, teza 36. Odmiennie A. Marek, *Komentarz do art. 12 Kodeksu karnego*, teza 4, tak też SA we Wrocławiu w wyroku z 1 lutego 2012 r., II Aka 364/11, Prok. i Pr. 2013, z. 5, poz. 35.

⁵¹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 23 marca 2011 r., II Aka 468/10, Prok. i Pr. 2012, z. 3, poz. 20, s. 11, dotyczący czynu ciągłego obejmującego popełnienie czynu z art. 233 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k.

trudno bowiem wskazać konkretny interes majątkowy stanowiący przedmiot ochrony. Zachowanie to nie stanowi karalnego usiłowania, ponieważ ta forma popełnienia przestępstwa także wymaga ogłoszenia przetargu, a usiłowanie dotyczy jego zakłócenia, a nie np. uniemożliwienia jego ogłoszenia⁵². Stanowisko to popiera P. Szustakiewicz, który twierdzi, że planowanie i przygotowywanie dokumentów związanych z przetargiem nie oznacza, iż przetarg formalnie się zaczął. Czynności przygotowawcze nie są opisane w ustawie o zamówieniach publicznych, więc jeżeli zamawiający z różnych względów nie przystąpi do realizacji procedury zamówieniowej, to nie jest w tym przypadku związany przepisami. Nie można więc mówić o przetargu publicznym w rozumieniu art. 305 k.k.⁵³

Odmienne stanowisko reprezentuje W. Wróbel, który uważa, że udaremnienie przetargu może nastąpić w każdej fazie postępowania przetargowego. Może polegać również na niedopuszczeniu do ogłoszenia przetargu lub jego organizacji. Ponieważ jednak udaremnienie musi odnosić się do konkretnego przetargu, w związku z tym musi istnieć w chwili podejmowania czynności objętych art. 305 § 1 k.k. pewne zaawansowanie organizacyjne (np. powołana komisja, wyznaczone mienie), pozwalające na konkretyzację postępowania przetargowego⁵⁴.

Zarysowana rozbieżność stanowisk nie stanowi jedynie teoretycznego sporu doktrynalnego, ale dotyczy praktycznej kwestii zakresu ochrony karnoprawnej, obejmującej w szczególności podstawowe zjawisko patologiczne – tzw. „ustawienie przetargu”. Zważyć bowiem należy, że większość niezgodnych z prawem zachowań zniekształcających konkurencyjność postępowania ma miejsce właśnie na etapie przygotowania postępowania o zamówienie publiczne.

Ze względu na zakaz wykładni rozszerzającej należy opowiedzieć się przeciwko generalnemu objęciu zakresem regulacji z art. 305 k.k. czynności przygotowania postępowania o zamówienie publiczne zmierzających do realizacji znamion czynności sprawczych tegoż przestępstwa. Stanowisko to uzasadnione jest literalnym brzmieniem przepisu, który odnosi czynności sprawcze czynu zabronionego do fazy przetargu, który jest już „**dokonywany**”. W tym ujęciu nie będą zatem penalizowane tzw. zmywy pionowe dotyczące dyskryminującego ustalenia opisu przedmiotu zamówienia, czy też określenie warunków udziału w postępowaniu, albowiem zostają one zawarte ze swej istoty przed wszczęciem przetargu. Poza zakresem penalizacji pozostaną także porozumienia, których celem jest udaremnienie ogłoszenia przetargu na skutek nieuprawnionego udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, czy też tzw. podziału zamówienia skutkującego niewszczęciem konkurencyjnego postępowania o zamówienie publiczne.

⁵² R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, s. 1361.

⁵³ P. Szustakiewicz, *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, Prok. i Pr. 2004, z. 2, s. 92; tak również P. Wiatrowski, *Ochrona interesu publicznego w zakresie odpowiedzialności karnej za zmywę przetargową w kontekście art. 305 k.k.*, (w:) *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 r. w Toruniu, Toruń–Warszawa 2009*, s. 259.

⁵⁴ W. Wróbel, *Komentarz do art. 305*, teza 21.

PODSUMOWANIE

Reasumując, obecny stan ochrony karnoprawnej systemu zamówień publicznych na podstawie art. 305 k.k. należy uznać za nieefektywny i wymagający pilnej interwencji ustawodawcy. Konstrukcja normatywna art. 305 k.k. daleka jest od precyzji i jasności, co wzbudza uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z fundamentalną dla prawa karnego zasadą określoności czynu zabronionego przez ustawę.

De lege lata nie jest penalizowane udaremnienie ogłoszenia przetargu publicznego na skutek nieuprawnionego udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, czy też tzw. podziału zamówienia skutkującego niewszczęciem konkurencyjnego postępowania o zamówienie publiczne, co stanowi zachowanie o znacznie większym stopniu społecznej szkodliwości czynu niż zniekształcenie wyniku już wszczętego postępowania. Zachowania te z natury rzeczy w większym stopniu wymykają się spod kontroli konkurujących wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. *De lege ferenda* należałoby dokonać stosownej korekty brzmienia przepisu przez dodanie zwrotu „na rzecz której przetarg jest dokonywany lub przygotowywany” lub dokonać odrębnej typizacji jako przestępnych zachowań polegających na udaremnieniu wszczęcia postępowania o charakterze konkurencyjnym. Warunkiem koniecznym postulowanego rozszerzenia zakresu karalnych zachowań jest normatywne doprecyzowanie pojęcia podziału zamówienia publicznego, albowiem przy obecnym niedookreśleniu tegoż pojęcia penalizacja byłaby sprzeczna z zasadą *nullum crimen sine lege*.

Na krytyczną ocenę zasługuje znamię sprawcze w postaci „wejścia w porozumienie z inną osobą”. Cel tej czynności nie został wyraźnie określony, co więcej – w praktyce znamię to może wręcz stanowić tylko utrudnienie dowodowe w wykazaniu karalności zachowania. Z niezrozumiałych względów w zamiarze ustawodawcy penalizowane ma być jedynie działanie stanowiące wejście w porozumienie z inną osobą, zamiast każde działanie na szkodę. Absurdalność tego ujęcia obrazuje najprostsza sytuacja, gdy przedstawiciel zamawiającego odrzuca bezpodstawnie najkorzystniejszą ofertę i wybiera następną, mniej korzystną. Bezprawność przedmiotowego zachowania jest oczywista, jednakże sam fakt działania na korzyść jednego z wykonawców nie przesądza jeszcze o wejściu z nim w porozumienie. Prowadzi to do wniosku, że także zakres czynności sprawczych na szkodę zamawiającego powinien ulec stosownej modyfikacji i objąć inne formy samodzielnego działania na szkodę beneficjenta przetargu.

Największym błędem legislacyjnym jest skutkowe ujęcie art. 305 § 1 k.k. w odniesieniu do znamienia „wejście w porozumienie”, podczas gdy natura tego działania kreuje, co do zasady, jedynie abstrakcyjne zagrożenie dla mienia zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do depenalizacji podstawowych typów zmów przetargowych na podstawie analizowanego czynu zabronionego.

Powyższe uwagi stanowią przyczynek do dyskusji nad celowością utrzymania w Kodeksie karnym art. 305, który udziela „zbiorczej” ochrony karnoprawnej różnym typom przetargu w oderwaniu od specyfiki ich zasadniczej regulacji prawnej. Za godny rozważenia wydaje się zatem postulat wprowadzenia odrębnej typizacji czynów zabronionych w ustawie Prawo zamówień publicznych, których celem będzie penalizacja najbardziej szkodliwych naruszeń postępowania o zamówienie publiczne.

Piotr Kociubiński

WTÓRNA NIEKONSTYTUCYJNOŚĆ POPRAWEK, CZYLI DLACZEGO ADWOKACI SĄ „GORSZYM” ZAWODEM PRAWNICZYM OD RADCÓW PRAWNYCH

Prace nad tekstem ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ nie były wolne od emocji i kontrowersji. Co jednak dość nietypowe, najwięcej zarzutów i postulatów sformułowano nie pod kątem regulacji głównych – wszak dość rewolucyjnych, w istocie wprowadzających zasadę kontradyktoryjności do procesu karnego – lecz niejako pobocznych, związanych z dopuszczeniem do obrony radców prawnych.

Pod kątem tego ostatniego unormowania sformułowano nade wszystko zarzuty wskazujące na brak gwarancji niezależności radców prawnych, którzy, w odróżnieniu od adwokatów, mogą podejmować zatrudnienie w formie umowy o pracę². Nie wdając się w głębszy spór co do trafności tego zarzutu, ustawodawca postanowił go „rozbroić” w ten sposób, że uchwalił poprawkę, w myśl której pomoc prawna polegająca na występowaniu przez radcę prawnego w charakterze obrońcy w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe może być świadczona w ramach wykonywania przez niego zawodu na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w niektórych spółkach prawa handlowego, pod warunkiem że radca prawny nie zostaje w stosunku pracy. I jakkolwiek środowiska adwokackie nie ustawały w krytyce, to jednak jej ostrze zostało znacznie stępione i zaczęło być w mediach przedstawiane niemal wyłącznie w kategoriach obrony korporacyjnych interesów, jak to było w przypadku znanej wypowiedzi Andrzeja Nogala o agenturalnej przeszłości niektórych radców prawnych³.

Tymczasem przedmiotowa poprawka jest moim zdaniem przykładem na to, jak w trosce o konstytucyjność jednego rozwiązania powoduje się sprzeczność innej regulacji z aktem z 2 kwietnia 1997 r., a to tylko dlatego, że perspektywa twórców ulega

¹ Dz.U. z 2013 r., poz. 1247.

² Pomijając wyjątek zatrudnienia pracowników naukowych i naukowo-dydaktycznych.

³ A. Nogał, *Agenci tajnych służb będą obrońcami*, „Rzeczpospolita”, <http://prawo.rp.pl/artukul/1041876.html> (dostęp: 17 grudnia 2013 r.).

zawężeniu do uchwalanej przez nich ustawy, bez zwrócenia uwagi na jej koherentność z całym systemem prawnym.

Otóż dotychczas sfery kompetencji i uprawnień adwokatów i radców prawnych pozostawały ze sobą w stosunku krzyżowania – przedstawiciele obu tych zawodów mogli świadczyć wszelkie usługi prawne, z wyjątkiem spraw karnych⁴, na podstawie właściwie dowolnego typowego stosunku cywilnoprawnego. Dodatkowo adwokaci mogli pełnić funkcje obrońców w szeroko rozumianych sprawach karnych, a niejako „w zamian” radcy prawni mogli podejmować zatrudnienie również na podstawie umowy o pracę. Z kolei wskutek przedmiotowej nowelizacji co prawda wciąż nie będzie możliwe, by radca prawny zatrudniony na umowę o pracę mógł jednocześnie sprawować funkcję obrońcy, niemniej jednak zakres jego uprawnień w tej materii będzie zależny tylko i wyłącznie od jego woli. Co więcej, decyzja ta nie będzie miała charakteru nieodwołalnego, w każdym bowiem momencie co do zasady będzie możliwe wypowiedzenie stosunku obrończego w celu podjęcia zatrudnienia na tzw. etacie i odwrotnie, rozwiązanie umowy o pracę w celu podjęcia funkcji obrońcy. Tymczasem możliwości takiej nie mają adwokaci, którzy z racji samej przynależności do tej korporacji będą niejako przymuszeni do podejmowania się funkcji obrońcy, gdyż umowa o pracę będzie w ich przypadku w każdych okolicznościach zakazana. W konsekwencji między zakresami sfer kompetencji i uprawnień zawodów radcy prawnego i adwokata ustanie stosunek krzyżowania, a powstanie stosunek zawierania.

Adwokaci stają się więc nie równorzędnym wobec radców prawnych zawodem prawniczym, lecz „gorszym”, nieodróżniającym się niczym „na plus” względem drugiej z korporacji profesjonalnych pełnomocników, lecz jedynie bardziej od niej ograniczonym.

W tym też więc miejscu winno paść pytanie o konstytucyjność tego rodzaju rozwiązania, a to z punktu widzenia zasady równości wyrażonej art. 32 ust. 1 aktu z 2 kwietnia 1997 r., która jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy zasadniczej została objaśniona przez Trybunał Konstytucyjny w ten sposób, że „zasada równości praw jest stosowana sprawiedliwie wtedy, gdy zakłada równe traktowanie podmiotów takich samych pod względem relewantnej do treści danego uregulowania cechy, zaś dopuszcza odmienne traktowanie podmiotów, które pod względem takiej cechy są zróżnicowane (...) Odstąpienie od równego traktowania osób wykazujących (...) cechy relewantne może bez naruszenia konstytucyjnych zasad nastąpić tylko wyjątkowo i gdy znajduje przekonywające uzasadnienie w innych chronionych konstytucyjnie wartościach”⁵, a następnie rozwinięte w ten sposób, iż „wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonywujących argumentach. Argumenty te muszą mieć:

– po pierwsze, charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści. Innymi słowy, wprowadzane zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony. Nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium (...),

– po drugie, argumenty te muszą mieć charakter proporcjonalny, a więc waga in-

⁴ Tj. w zakresie funkcji obrońcy.

⁵ Orzeczenie TK z 23 października 1995 r., sygn. akt K 4/95, OTK 1995, nr 2, poz. 11, s. 93 i n.

teresu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych;

– po trzecie, argumenty te muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (...) Jak już wspomiano, jedną z takich zasad konstytucyjnych jest zasada sprawiedliwości społecznej (art. 1 przepisów konstytucyjnych). Różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych ma więc znacznie większe szanse uznania za zgodne z konstytucją, jeżeli pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości społecznej lub służy urzeczywistnieniu tych zasad. Zostaje ono natomiast uznane za niekonstytucyjną dyskryminację (uprzywilejowanie), jeżeli nie znajduje podtrzymania w zasadzie sprawiedliwości społecznej. W tym sensie zasady równości wobec prawa i sprawiedliwości społecznej w znacznym stopniu nakładają się na siebie⁶.

Jak się zdaje, sam ustawodawca od dłuższego czasu coraz bliższy był wnioskowi, że zawody adwokata i radcy prawnego są sobie bardzo bliskie, a kompetencje osób je wykonujących są właściwie tożsame. Ot, choćby na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat niejako padały kolejne „barykady” przed radcami prawnymi – dość przypomnieć, że dopiero od stosunkowo niedawna mogą oni prowadzić sprawy rodzinne, stopniowemu poszerzeniu ulegały także ich kompetencje do występowania w sprawach karnych w charakterze pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego. W końcu przedmiotową nowelizacją ustawodawca dał wyraz swemu przekonaniu, że także w zakresie prawa karnego poziom kompetencji przedstawicieli obu tych zawodów był adekwatny. W konsekwencji nie sposób przyjąć, by nie były to osoby o tej samej cesze relewantnej, jaką jest wykonywanie zawodu zaufania publicznego, wymagającego podwyższonych kwalifikacji prawniczych.

Osobiście stoję jednak na stanowisku, że wobec rozszerzenia uprawnień radcowskich brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla ograniczania adwokatów w możliwości podjęcia decyzji, czy preferują oni pełnienie funkcji obrońcy, czy też raczej są skłonni podjąć zatrudnienie w formie umowy o pracę. Aplikacja adwokacka cechuje się bardzo podobnym stopniem trudności, a czas jej trwania jest tożsamy z radcowską. Co więcej, oba zawody wiążą się z wieloma identycznymi obowiązkami ustawowymi, jak choćby w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej czy też tajemnicy zawodowej, ba, regulacje adwokackie są tu niejednokrotnie surowsze. Nie tylko więc nie sposób wskazać argumentów przemawiających za takim różnicowaniem obu zawodów, ale wręcz wszystkie potencjalnie przemawiają za zrównaniem w tym zakresie ich obu.

Dlatego też przedmiotowa nowelizacja, przyznająca radcom prawnym prawo wyboru, czy w ramach swego zawodu chcą pełnić funkcję obrońców, czy też wolą podjąć zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, a nieprzyznająca tożsamego prawa adwokatom, stanowi moim zdaniem przykład pominięcia ustawodawczego, rozumianego w ten sposób, że prawodawca, normując określoną sferę stosunków, „dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie”⁷.

Niestety, nie jest to pierwszy przykład tego rodzaju zachowania ustawodawcy przy

⁶ Orzeczenie TK z 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96, OTK ZU 1996, nr 4, poz. 33.

⁷ Wyrok TK z 21 września 2001 r., sygn. akt SK 22/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 216.

okazji tworzenia regulacji poświęconych obu tym zawodom. Ot, choćby uchwalając ustawę z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw⁸, dodał on do art. 35¹ ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych⁹ ust. 5, według którego aplikant adwokacki może zastępować radcę prawnego na takich samych zasadach jak adwokata, jeżeli radca prawny jest współnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej¹⁰, jednakże nie przewidział adekwatnego uprawnienia adwokatów będących współnikami w tych samych spółkach adwokacko-radcowskich do udzielenia upoważnienia dla aplikantów radcowskich. Nie może tu być jakimkolwiek uzasadnieniem możliwość zatrudnienia tych ostatnich na podstawie umowy o pracę, to samo bowiem jest dopuszczalne także w przypadku aplikantów adwokackich. I jakkolwiek głównym, bo tytułowym, przedmiotem wspomnianej nowelizacji było Prawo o adwokaturze, co wykluczało możliwość postawienia zarzutu wykroczenia poza zakres przedmiotowy ustawy, polski prawodawca nie dostrzegał jakiegokolwiek problemu w przyznawaniu przywileju dla tylko jednej spośród bardzo zbliżonych grup zawodowych – co w mojej ocenie w pełni uzasadnia twierdzenie o dyskryminacyjnym charakterze naruszenia w ten sposób konstytucyjnej zasady równości.

Prawo nie jest zbiorem zupełnie niezależnych od siebie aktów normatywnych, przeciwnie, stanowi ono niejako system naczyń połączonych, tak że ingerencja skierowana tylko do jednego z elementów, choćby minimalna, może prowadzić do wręcz dramatycznych zaburzeń i zmian dla pozostałych. Tymczasem często przepisy, a już szczególnie poprawki do pierwotnych projektów, powstają pod wpływem chwili, w celu osiągnięcia doraźnych korzyści, bez jakiegokolwiek szerszego spojrzenia na cały system prawny. Podobnie było ze wskazanymi wyżej nowelizacjami ustawy o radcach prawnych – nawet przy założeniu, że żadna z nich sama w sobie nie była niekonstytucyjna, lecz ze względu na ich wąski, ograniczony tylko do jednego zawodu zakres, obarczone są one wadą pominięcia legislacyjnego, prowadzącego niejako do wtórnej niekonstytucyjności przyjętych rozwiązań. Jak się zdaje, możliwe są tylko dwa wykluczające się rozwiązania – bądź przywrócenie stanu poprzedniego, bądź też przyznanie uprawnień przysługujących dotychczas wyłącznie radcom prawnym również przedstawicielom palestry.

⁸ Dz.U. z 2005 r. nr 163, poz. 1361.

⁹ Dz.U. z 1982 r. nr 19, poz. 145.

¹⁰ *Nota bene* warto zwrócić uwagę, że przepis nie wymaga, by wspomniany aplikant adwokacki był w jakikolwiek sposób związany z przedmiotową spółką, w szczególności na podstawie umowy o pracę *etc.*, *a contrario* należy przyjąć, że upoważnienie może być udzielone każdej osobie o statusie aplikanta adwokackiego.

Glosy

Józef Wójcikiewicz

GLOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 9 LIPCA 2013 R., III KK 92/13¹

Teza glosowanego wyroku brzmi:

Brak spełnienia wszystkich warunków, jakie powinny zostać zapewnione przy okazaniu, nie musi prowadzić do dyskwalifikacji wartości dowodowej tej czynności procesowej.

Wyrok zapadł w sprawie o usiłowanie rozboju. Teza wyroku jest sformułowana dwuznacznie: może ona oznaczać zarówno sytuację, gdy żaden warunek okazania nie będzie spełniony, jak i taką, gdy tylko niektóre warunki nie zostaną spełnione. W tym pierwszym przypadku wszelka dyskusja byłaby niepotrzebna, jako że najprawdopodobniej następowalaby dyskwalifikacja wartości dowodowej czynności. Z treści uzasadnienia wynika jednak, że Sąd orzekał w kontekście tego drugiego przypadku.

Teza wyroku zasługuje zatem na akceptację. Zauważmy jednak, że możliwe jest także inne, bardziej pryncypialne, podejście do kwestii niespełnienia warunków ustawowych. Na przykład art. 147 ust. 7 portugalskiego kodeksu postępowania karnego² stanowi, że okazanie, które nie spełnia wymogów kodeksowych z art. 147, nie może stanowić dowodu. Tym niemniej co najmniej dwie kwestie podniesione w uzasadnieniu wyroku wymagają krytycznego komentarza. Są to: powtarzalność okazania oraz okazanie głosu i mowy osoby.

Generalnie okazanie jest, jak to Sąd słusznie przyznaje (s. 71), czynnością niepowtarzalną, tak w kryminalistycznym, jak i procesowym (art. 316 k.p.k.) rozumieniu. Powtórne okazanie tego samego podejrzanego temu samemu świadkowi jest czynnością bardzo dyskusyjną, a w niektórych systemach prawnych wręcz zabronioną. Na przykład

¹ OSNKW 2013, nr 11, poz. 98.

² Alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, Diário da República 1.º série–N.º 166–29 de Agosto de 2007, s. 5896. Zob. także: A. Gama, *Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória future e reconhecimento*, „Revista Portuguesa de Ciência Criminal” 2009, vol. 19, nr 3, s. 415–420.

art. 193 ust. 3 rosyjskiego kodeksu postępowania karnego *expressis verbis* zakazuje takie postępowania³. Odmienne jednak i dość konsekwentnie orzeka między innymi Sąd Najwyższy Republiki Federalnej Niemiec, który nie zakazując bezwzględnie powtarzania okazania, kładzie nacisk na ocenę (ograniczonej) wartości dowodowej takiego powtórnego rozpoznania⁴. Polskie sądy różnie się odnosiły do problemu dopuszczalności powtarzalności okazania. Co prawda Sąd Apelacyjny w Lublinie, w wyroku z 18 listopada 2004 r., II AKa 309/04⁵, orzekł, że art. 173 § 1 k.p.k. nie wyklucza okazania osoby po wcześniejszym okazaniu wizerunku, a podobne stanowisko zajął także Sąd Najwyższy w postanowieniu z 12 sierpnia 2005 r., IV KK 117/05⁶, ale taką praktykę potępił inny skład Sądu Najwyższego w postanowieniu z 4 maja 2004 r., II KK 473/04⁷.

Jednakowoż wyniki badań eksperymentalnych nie pozostawiają wątpliwości, że druga identyfikacja nie jest niezależna od pierwszej. Powtarzne okazania powinny więc być zupełnym wyjątkiem z racji sugestywności i niebezpieczeństwa kontaminacji śladów pamięciowych świadka⁸.

Nie oznacza to jednak bezwzględnego zakazu powtarzania okazania. Wydaje się to sensowne w niektórych przypadkach, zwłaszcza gdy powtarzne okazanie stoi „ewolucyjnie” wyżej od okazania pierwszego. Autor swego czasu zetknął się ze sprawą, w której zgwałcona dziewięcioletka stanowczo rozpoznała spośród 20 zdjęć swego oprawcę. W czasie bezpośredniego okazania dyskretnego jednak zdecydowanie wykluczyła jego udział w przestępstwie⁹. Postępowanie umorzono z powodu niewykrycia sprawcy.

Nie ulega jednak wątpliwości, że na wartość diagnostyczną i dowodową takiego powtórnego okazania wpływa okazanie pierwsze, albowiem nie ma pewności, czy świadek rozpoznaje (prawidłowo) po raz wtóry sprawcę, czy też osobę wytypowaną podczas pierwszej czynności. Szczególnie pouczająca może tu być amerykańska sprawa Johna Jerome’a White’a, który (błędnie!) rozpoznany na zdjęciu przez starszą panią, ofiarę pobicia i zgwałcenia o świecie we własnej sypialni, został tydzień później ponownie przez nią zidentyfikowany podczas okazania bezpośredniego, i to w sytuacji, gdy w pięcioosobowej paradzie, przypadkiem, znajdował się faktyczny gwałciec!¹⁰ White został uniewinniony, dzięki analizie DNA, po 22 latach pobytu w zakładzie karnym!

Reasumując, Sąd Najwyższy w tej materii zajął stanowisko słuszne.

³ О. Я. Баев, Д. А. Солодов, *Производство следственных действий. Криминалистический анализ УПК России*, Москва: Издательство Зксмо 2009, s. 118–119.

⁴ BGH, Urteil vom 28.6.1961 – 2 StR 194/61, „Neue Juristische Wochenschrift” 1961, 45, s. 2070–2071; BGH, Urteil vom 19.11.1997 – StR 470/96, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1998, nr 5, s. 266–267; BGH, Beschluss vom 25.1.2006 – 5 StR 593/05, „Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report” 2006, s. 212–213; BGH, Urteil vom 14.04.2011 – 4 StR 501/10, <http://www.verkehrlexikon.de/Texte/Rspr4219.php> (dostęp: 20 stycznia 2014 r.).

⁵ „Prokuratura i Prawo”, dodatek „Orzecznictwo” 2006, z. 1, poz. 34.

⁶ OSNKW 2006, nr 3, poz. 25; LEX nr 175527.

⁷ LEX nr 149649.

⁸ N. K. Steblay, *Maintaining the reliability of eyewitness evidence: After the lineup*, „Creighton Law Review” 2009, vol. 42, nr 4, s. 647–651; N. K. Steblay, R. W. Tix, S. L. Benson, *Double Exposure: The Effects of Repeated Identification Lineups on Eyewitness Accuracy*, „Applied Cognitive Psychology” 2013, vol. 27, nr 5, s. 644–654.

⁹ J. Wójcikiewicz, *Kryminalistyczna problematyka okazania osób*, niepublikowana rozprawa doktorska, Zakład Kryminalistyki, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1980, s. 236.

¹⁰ http://www.innocenceproject.org/Content/John_Jerome_White.php (dostęp: 3 czerwca 2012 r.).

Nie można jednak się zgodzić z podejściem Sądu do kwestii okazania głosu, a raczej jego braku. Głos oskarżonego został zaprezentowany pokrzywdzonemu sam, bez głosów przybranych, co – jak trafnie zauważa Sąd Najwyższy – było sprzeczne z art. 173 k.p.k. Sąd jednak uznał wartość dowodową tej czynności, do czego zresztą miał prawo w świetle art. 7 k.p.k. Warto w tym miejscu przywołać podobny wyrok Sądu Najwyższego Republiki Federalnej Niemiec sprzed lat dwudziestu: „Nawet w idealnych warunkach i przy najlepszej woli świadka identyfikacja na podstawie głosu może mieć jedynie ograniczoną wartość dowodową (...) Zaprezentowanie świadkowi tylko głosu podejrzanego nie jest zupełnie pozbawione wartości dowodowej, ale w tym wypadku sędzia musi być świadom ryzyka błędnej identyfikacji”¹¹.

Rozpoznanie głosu jest bowiem znacznie trudniejsze od rozpoznania wyglądu i stanowi dla świadka bardzo trudne zadanie, nawet wówczas, gdy warunki percypowania głosu i mowy sprawcy były relatywnie korzystne. W związku z tym identyfikacja na podstawie głosu jest tak podatna na błędy, że nie powinna w żadnym wypadku stanowić wyłącznej podstawy skazania¹².

Wyniki badań eksperymentalnych nie pozostawiają co do tego wątpliwości. Na przykład 53% szwedzkich badanych dokonało błędnej identyfikacji w sytuacji, gdy głosu „sprawcy” nie było w paradzie, a 44% wskazało na głos przybranej osoby, gdy głos „sprawcy” znajdował się wśród okazywanych głosów. Ku zaskoczeniu eksperymentatorów, spośród trzech porównywanych grup najlepsze wyniki uzyskały 7–9-letnie dzieci (odpowiednio 36% i 49%), potem dzieci starsze, w wieku 11–13 lat (46% i 49%), a najgorsze – dorośli (50% i 60%)¹³. Natomiast odnośnie do osób w wieku późnej dorosłości (62–93 lata) okazało się, że co prawda ustępowały one osobom w wieku wczesnej dorosłości (20–30 lat) w sytuacji okazania z głosem „sprawcy” (wskazania prawidłowe odpowiednio: 24,5% v. 43,1%; nieprawidłowe: 75,5% v. 56,9%, $p = 0,039$), ale w obliczu okazania „pustego” uzyskały podobne wyniki (wskazania prawidłowe: 13,2% v. 17,5%; nieprawidłowe: 86,8% v. 82,5%, $p = 0,53$)¹⁴. Inne badania z kolei, poza potwierdzeniem niskiej wartości diagnostycznej rozpoznania głosu i mowy, przyniosły także potwierdzenie istnienia tzw. efektu twarzowego zaciemnienia (*face overshadowing effect*): badani najlepiej rozpoznawali sam głos, znacznie gorzej głos towarzyszący odkrytej twarzy, a najgorzej głos towarzyszący twarzy zakrytej¹⁵.

W świetle powyższych i innych doniesień¹⁶ duże znaczenie ma prawidłowo prze-

¹¹ BGH, Urteil vom 24.02.1994 – 4 StR 317/93, „Neue Juristische Wochenschrift” 1994, nr 28, s. 1807–1809. Zob. także J. Wójcikiewicz, *Temida nad mikroskopem. Judykatura wobec dowodu naukowego 1993–2008*, Toruń: Dom Organizatora TNOiK 2009, s. 239–240.

¹² R. Bull, *Voice Identification by Witnesses/Victims*, referat na 2nd Pan-American/Iberian Meeting on Acoustics, Cancun, Mexico, 17 listopada 2010, <http://www.acoustics.org/press/160th/bull.html> (dostęp: 18 stycznia 2014 r.); A. D. Yarmey, *Earwitness identification over the telephone and in field testing*, „International Journal of Speech, Language, and the Law” 2003, vol. 10, nr 1, s. 62–74.

¹³ L. Öhman, A. Eriksson, P. A. Granhag, *Overhearing the Planning of A Crime: Do Adults Outperform Children As Earwitnesses?*, „Journal of Police and Criminal Psychology” 2011, vol. 26, nr 2, s. 118–127.

¹⁴ A. Biederman-Zaręba, *Przesłuchanie osób w podeszłym wieku*, niepublikowana rozprawa doktorska, Katedra Kryminalistyki, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 2013, s. 254.

¹⁵ A. J. Heath, K. Moore, *Earwitness Memory: Effects of Facial Concealment on the Face Overshadowing Effect*, „International Journal of Advanced Science and Technology” 2011, vol. 33, August, s. 131–140.

¹⁶ Zob. np. J. H. Kerstholt, N. J. M. Jansen, A. G. van Amelsvoort, A. P. A. Broeders, *Earwitnesses: Effects of*

prowadzone okazanie głosu¹⁷. W żadnym wypadku nie może ono przebiegać w ten sposób, że osoby dobrane pod kątem wyglądu wypowiadają słowa, które powiedział sprawca w trakcie zdarzenia. Mimo że taką metodykę dopuszcza § 16 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23 lutego 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby oskarżonej¹⁸ oraz § 84 ust. 3 pkt 2 wytycznych nr 3 Komendanta Głównego Policji z 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów¹⁹, została ona, jako wysoce sugestywna, słusznie potępiona przez lubelski Sąd Apelacyjny, w wyroku z 12 marca 2002 r., II AKA 39/02²⁰. Wbrew temu, co stwierdził Sąd Najwyższy, że „klasyczne [? – przyp. J. W.] okazanie głosu pokrzywdzonego [pokrzywdzonemu – przyp. J. W.] byłoby czynnością chybioną, ponieważ wcześniej rozpoznał on oskarżonego po elementach jego wyglądu zewnętrznego” (s. 73), zawsze należy przeprowadzić dwa okazania: jedno wyglądu i drugie głosu, oczywiście z innymi osobami o podobnym głosie²¹. To drugie jest nie do pomyślenia bez udziału biegłego fonoskopa (art. 198 § 1 k.p.k.). Nie powinno ono być okazaniem bezpośrednim, za parawanem czy za drzwiami, ale musi być okazaniem pośrednim, z użyciem wysokiej klasy aparatury odtwarzającej. Identyfikacja głosu sprawcy (oraz jego wyglądu) nie powinna także odbywać się na sali sądowej, z udziałem siedzącego na ławie oskarżonych samotnego oskarżonego (*dock identification*). Jest to bowiem również procedura wysoce sugestywna²².

Może i w Polsce doczekamy się kiedyś instrukcji czy wytycznych w sprawie okazania głosu i mowy, podobnych do okólnika angielskiego²³. Sąd, niestety, nie wykorzystał znakomitej okazji, aby sformułować dla sądów niższych instancji choćby podstawowe kryteria oceny tej czynności, której praktyka *nota bene* pozostawia wiele do życzenia²⁴.

Speech Duration, Retention Interval and Acoustic Environment, „Applied Cognitive Psychology” 2004, vol. 18, nr 3, s. 327–336; tychże, *Earwitnesses: Effects of Accent, Retention and Telephone*, „Applied Cognitive Psychology” 2006, vol. 20, nr 2, s. 187–197; A. C. Philippon, J. Cherryman, A. Vrij, R. Bull, *Why is my Voice so Easily Recognized in Identity Parades? Influence of First Impressions on Voice Identification*, „Psychiatry, Psychology and Law” 2008, vol. 15, nr 1, s. 70–77.

¹⁷ Zob. np. A. P. A. Broeders, *Earwitness identification: common ground, disputed territory and uncharted areas*, „Forensic Linguistics” 1996, vol. 3, nr 1, s. 3–13; A. S. Laubstein, *Problems of voice line-ups*, „Forensic Linguistics” 1997, vol. 4, nr 2, s. 262–279; M. Otto, *Zum Problem der auditiven Wiedererkennung durch Hörzeugen*, „Kriminalistik” 2003, nr 11, s. 685–687; E. Gruza, *Okazanie głosu*, (w:) *Lure et facto. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi*, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006, s. 197–206; T. Tomaszewski, J. Rzeszotarski, *Wybrane aspekty okazania mowy*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 268, s. 5–13; M. Ciarka, *Okazanie głosu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 7–8, s. 133–141; J. Wójcikiewicz, *W sprawie okazania głosu. Uwagi polemiczne*, „Prokuratura i Prawo” 2011, z. 4, s. 27–32.

¹⁸ Dz.U. nr 23, poz. 299: „Osoba przy okazywaniu sylwetki lub twarzy, w uzasadnionych przypadkach, wypowiada słowa lub artykułuje głoski wskazane przez organ postępowania”.

¹⁹ Dz. Urz. Komendy Głównej Policji 2012, poz. 7.

²⁰ „Prokuratura i Prawo”, dodatek „Orzecznictwo” 2002, z. 3, poz. 32.

²¹ Por. H. Hollien, *On Earwitness Lineups*, „Investigative Sciences Journal” 2012, vol. 4, nr 1, s. 7.

²² Por. np. V. Smith, *Dock Identification and Identity Parades*, „Criminal Law & Justice Weekly”, 28 October 2011, www.criminalawandjustice.co.uk/features/Dock_Identity_and_IdentityParades (dostęp: 24 stycznia 2014 r.); S. v. *Matwa* (2002), „South African Criminal Law Review” 2002 (2), October, s. 350–360.

²³ Home Office Circular 057, *Advice on the use of voice parades*, 5 December 2003, <http://www.circulars.homeoffice.gov.uk> (dostęp: 22 stycznia 2014 r.).

²⁴ K. Ferenc, *Okazanie głosu i mowy*, niepublikowana praca magisterska, Katedra Kryminalistyki i Bezpieczeństwa Publicznego, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 2013, s. 53–76.

Glosator oczywiście w żadnej mierze nie jest kompetentny do oceny materiału dowodowego. Trudno jednak w niniejszej sprawie powstrzymać się od wyrażenia wątpliwości co do wiarygodności rozpoznania po cechach grupowych (rozbójnik był w kominiarce) oraz możliwości zauważenia przez świadka anonimowego ciemnego koloru włosów i oczu sprawcy, w najlepszym razie przy świetle lampy ulicznej, jako że usiłowanie rozboju miało miejsce 2 października 2010 r. około godziny 5.30, a słońce w tym dniu weszło dopiero o godzinie 6.45.

Damian Tokarczyk

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 21 SIERPNI 2012 R., IV KK 42/12¹

Teza zrekonstruowana z uzasadnienia brzmi:

Lekarz – jako gwarant życia i zdrowia człowieka – jest zobowiązany do tego, aby odwracać niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia, a nie tylko do tego, by go nie zwiększać. Gwarant ma bowiem obowiązek wdrożyć wszystkie te działania, które w warunkach sytuacyjnych, w jakich działa, są według rekomendacji wynikających z aktualnego stanu wiedzy medycznej wymagane jako dające szansę na wykluczenie, ograniczenie czy neutralizację niebezpieczeństwa „pierwotnego” – a nie tylko takie, które mogą do tego doprowadzić w sposób pewny. Zakres obowiązków ciążących na gwarancie musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego.

Natomiast kwestia, o jaką ewentualnie wartość stopień tego narażenia został zwiększony (a właściwie o ile nie zostało zmniejszone niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia pokrzywdzonego w razie podjęcia przez oskarżonych lekarzy właściwej diagnozy i pożądaných działań) jest już kwestią wtórną w stosunku do wcześniej przypisanego im skutku i może rzutować chociażby na rozmiar ewentualnej represji karnej.

W komentowanym orzeczeniu SN zajął jednoznaczne stanowisko w wielu niezwykle doniosłych kwestiach, mających zasadnicze znaczenie dla odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie, w szczególności określając zakres obowiązków gwaranta nienastąpienia skutku. Tezy te zasługują na całkowitą aprobatę.

W stanie faktycznym, jaki leży u podstaw komentowanego orzeczenia, troje lekarzy zostało oskarżonych o narażenie pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia poprzez roztoczenie nieprawidłowej opieki nad nim. Pacjent, w wyniku licznych błędów lekarzy, zmarł. Ponieważ fakt naruszenia przez oskarżonych reguł postępowania przyjętych w medycynie był w sprawie bezsporny (zostało to jednoznacznie stwierdzone także w opinii biegłych z zakresu medycyny), nie jest konieczne wyczerpujące przedstawianie ich uchybień. Co istotne, wszystkim oskarżonym został

¹ „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2012, z. 12, poz. 20.

postawiony zarzut narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty przez pacjenta życia albo poniesienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Słusznie bowiem uznano, że nie jest możliwe przypisanie lekarzom skutku śmiertelnego pacjenta. Mimo to jednak sądy pierwszej i drugiej instancji uznały, że nie wykazano, aby oskarżeni w istotny sposób zwiększyli niebezpieczeństwo nastąpienia zgonu pokrzywdzonego, i na tej podstawie oskarżonych uwolnił od odpowiedzialności. Sąd Najwyższy, oceniając postępowanie orzekających w sprawie sądów, uznał, że nie wyjaśniły one w sposób dostateczny, dlaczego uznały, iż skutek w postaci narażenia pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia lub poniesienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie może być lekarzom przypisany. Uzasadniało to uchylene obu wyroków i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji. Decyzja taka była całkowicie zasadna w świetle rozważań dotyczących zakresu obowiązku gwaranta oraz kwalifikacji prawnej zaniechania podjęcia nakazanych działań z punktu widzenia możliwości zmniejszenia zagrożenia dla chronionego dobra prawnego.

* * *

Dla zakresu (treści) obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku znaczenie zasadnicze ma uznanie, że zaniechanie nie jest przyczynowe². Oznacza to, że osoba, na której ciąży szczególny, prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi stanowiącemu znamię typu czynu zabronionego, nie odpowiada za sprawstwo skutku, ale za to, że wbrew temu obowiązkowi skutkowi nie zapobiegła. Słusznie podkreśla w komentowanym wyroku SN, że przyczyną wystąpienia zjawiska skutkowego w przypadku zaniechania jest dopełniająca rzeczywistość, a więc okoliczności, którym gwarant nie przeciwdziałał³. W związku z tym należy się zgodzić z tworzącą się od dłuższego czasu linią orzecniczą SN dotyczącą przesłanek obiektywnego przypisania *delicta per omissionem comissa*. Otóż w przypadku działania sprawcą skutku jest ten, kto swoim zachowaniem naruszającym obiektywne reguły postępowania z dobrem prawnym powoduje powstanie istotnego niebezpieczeństwa nastąpienia określonego w ustawie skutku, to właśnie niebezpieczeństwo w skutku urzeczywistnia się, przestrzeganie zaś naruszonej reguły w czasie i miejscu popełnienia czynu z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zapobiegłoby naruszeniu (zagrożeniu) dobra na drodze, na której ono rzeczywiście nastąpiło. Reguły te nie mogą znaleźć zastosowania w przypadku zaniechania. Po pierwsze dlatego, że gwarant nienastąpienia skutku nie jest sprawcą skutku. Stosunek łączący go ze zjawiskiem negatywnym ujętym jako znamię skutkowe jest więc powiązaniem normatywnym, wyrażającym się w formule niezapobiegnięcia jego nastąpieniu (art. 2 k.k.)⁴. Po drugie, odpowiedź na

² J. Niekrasz, *Konfrontacja naukowego pojęcia przyczynowości z przyczynowością stosowaną w prawie karnym*, „Palestra” 1976, nr 7, s. 15; W. Wolter, *O tzw. przyczynowości zaniechania*, „Państwo i Prawo” 1954, z. 7–8; tenże, *Błędne koło problematyki przyczynowości w teorii i praktyce prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 3, s. 384 i n.; tenże, *Nauka o przestępstwie. Analiza dogmatyczna na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1973, s. 78; tenże, *Swoistość zaniechania jako czynu zabronionego*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 8, s. 35 i n.; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze 1988, s. 48; tenże, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, wyd. 4, Warszawa, Wolters Kluwer 2012, teza 8 do art. 2.

³ W. Wolter, *O tzw. przyczynowości*, s. 522; tenże, *Nauka*, s. 53–54.

⁴ Zob. wyrok SN z 22 listopada 2005 r., V KK 100/05, R-OSNKW 2005, poz. 2137.

pytanie, czy gdyby sprawca podjął nakazane mu działanie w miejscu i w czasie zaktualizowania się tego obowiązku, to, czy skutkowi by zapobiegł, będzie zawsze wyrażała jedynie przewidywanie, nigdy zaś pewność. Co więcej, jak się zdaje, przewidywanie to będzie się wyrażało mniejszym prawdopodobieństwem niż w przypadku rozważania hipotetycznej wartości działania alternatywnego względem działania. W takiej bowiem sytuacji operacja ta nie polega na zastąpieniu „czegoś” czymś innym, a na zastąpieniu „niczego” (zaniechania) „czymś” (działaniem).

Zakres odpowiedzialności gwaranta nienastąpienia skutku jest więc szerszy niż zakres odpowiedzialności za tożsame typy przestępstw popełnionych przez działanie. Wynika to zresztą z treści normy sankcjonowanej. Norma sankcjonowana leżąca u podstaw normy sankcjonującej, przewidującej odpowiedzialność karną za przestępne zaniechanie brzmi bowiem następująco: „X ma szczególnie obowiązek chronić dobro Y, ponieważ Z”. W związku z tym norma sankcjonująca brzmi następująco: „Kto pomimo szczególnego, prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi, skutkowi temu nie zapobiega, mimo iż mógł mu zapobiec, podlega karze tak, jakby był sprawcą tego skutku”. Determinuje to niezwykle szeroki zakres odpowiedzialności gwaranta⁵.

Osoba, na której ciąży szczególnie prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi, nie może uwolnić się od odpowiedzialności na tej jedynie podstawie, że nawet podjęcie przez nią nakazanego działania nie dawało pewności co do uniknięcia skutku⁶. Treścią tego obowiązku jest podjęcie takich działań, które mogą do takiego rezultatu doprowadzić, choćby nawet bardziej prawdopodobne było, że akcja ochronna nie powiedzie się⁷. Jeśli tylko gwarantowi dostępne jest (lub powinno być) działanie, które, zgodnie z regułami postępowania z dobrem prawnym, służy do oddalenia niebezpieczeństwa od dobra, które gwarant jest zobowiązany chronić, to jest on zobowiązany działanie to podjąć.

Na pełną aprobatę zasługuje wyraźne wskazanie przez SN, że skutkiem określonego w art. 160 k.k. czynu zabronionego, w przypadku gdy zarzucony on jest osobie, która zaniechała nakazanego jej działania, nie jest zwiększenie istniejącego stanu zagrożenia

⁵ Inne uzasadnienie podaje J. Giezek. U jego podłoża leży rozróżnienie zachowań immanentnie i modalnie nieodpowiednich (sprzecznych z normą sankcjonowaną). Te pierwsze charakteryzują się tym, że w danym miejscu i czasie określonego celu nie można było osiągnąć w sposób, który byłby uznany za odpowiedni (zgodny z normą sankcjonowaną), z powodu braku akceptacji dla celu. Zachowania tego należało poniechać. Do drugiej grupy czynów należą takie, których można było dokonać inaczej (zgodnie z regułami postępowania), i wówczas zachowanie to byłoby ocenione pozytywnie. Odstąpienie od pewnego wykazania, że alternatywne zachowanie zgodne z normą sankcjonowaną zapobiegłoby skutkowi uzasadnione jest wtedy, gdy dane zachowanie było immanentnie nieodpowiednie. Do takich należy zaniechanie, ponieważ nie da się nigdy „zgodnie z normą sankcjonowaną zaniechać”. Zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1994, s. 207 i n.; tenże, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, (w:) J. Majewski (red.), *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 53 i n.

⁶ J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*. Zagadnienia węzłowe, Kraków, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka 1997, s. 87.

⁷ Należy się zgodzić z A. Zollem, że tylko wtedy, gdy podjęcie nakazanego zachowania wiąże się z iluzorycznym prawdopodobieństwem uniknięcia skutku, koszty społeczne takiego działania mogłyby zaś przewyższyć tę szansę, gwarant jest zwolniony z obowiązku działania. Pamiętać jednak trzeba, że wyłącza to odpowiedzialność za nieprzeszkodzenie naruszeniu dobra. Aby uwolnić się od odpowiedzialności za nieprzeszkodzenie zagrożeniu tego dobra, trzeba jeszcze wykazać, że nawet podjęcie nakazanego działania mogło jedynie nieistotnie zmniejszyć niebezpieczeństwo [A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, teza 26 do art. 2].

dla dobra prawnego. W cytowanym w komentowanym wyroku postanowieniu SN z 3 czerwca 2004 r. (V KK 37/04, OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 73) zagadnienie to nie zostało dość wyraźnie podkreślone⁸. Skutek ten w przypadku odpowiedzialności karnej za skutkowe zaniechanie przejawia się właśnie w niezmnieszeniu istniejącego zagrożenia, czyli w niewytworzeniu przyczynowości alternatywnej (przeciwstawnej). Naruszeniem reguł postępowania z dobrem prawnym w przypadku *delicta per omissionem comissa* jest niepodjęcie takich działań, które byłyby adekwatnym środkiem uniknięcia wystąpienia skutku. Gwarant, jak już zostało podkreślone, nie jest sprawcą tego niebezpieczeństwa (skutku), tylko sprawcą nieprzeszkodzenia mu. Jeżeli gwarant (tu: lekarz) zastaje już niebezpieczeństwo, które istnieje w chwili zaktualizowania się jego obowiązku, to jego treścią jest podjęcie takich działań, które w świetle uznanych reguł postępowania mogą zmniejszyć zagrożenie, albo chociażby tylko ulżyć pacjentowi.

Zgodnie z tezami zawartymi w orzeczeniu SN w przypadku, gdy gwarantowi zarzucano skutek w postaci niezmnieszenia zstanego stanu zagrożenia dla dobra prawnego⁹, badanie wypełnienia przesłanek obiektywnego przypisania musi przebiegać następująco. W pierwszej kolejności konieczne jest stwierdzenie momentu aktualizacji obowiązku gwaranta. Innymi słowy – wskazać trzeba, w którym momencie dana osoba staje się gwarantem nienastąpienia określonych ujemnych skutków stanowiących znamię typu czynu zabronionego. Dla tego momentu bowiem wyznaczony być musi zakres obowiązku. Pamiętać przy tym trzeba, że ze stanowiska *ex ante* każdy skutek jest jedynie (mniej lub bardziej) prawdopodobny, nigdy zaś pewny¹⁰. Wiąże się to ze wskazywaną wyżej okolicznością, że w momencie zaktualizowania się obowiązku gwarant nie może zwolnić się z odpowiedzialności stwierdzeniem, iż „nic nie dało się zrobić”. Jego obowiązkiem jest podjąć takie działania, jakie mogą (ze stanowiska *ex ante*) pozytywnie wpłynąć na bieg wydarzeń poprzez oddalenie, odwrócenie lub zmniejszenie skutku. Niepodjęcie takiego działania stanowi naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym.

W dalszej kolejności konieczne jest wskazanie, jaka była przyczyna nastąpienia skutku. Dopiero wtedy możliwe jest ustalenie, czy skutek zrealizował się w drodze tego niebezpieczeństwa, któremu miał obowiązek i mógł przeciwdziałać gwarant w chwili aktualizacji jego obowiązku¹¹. Jeżeli okaże się, że danej osobie dostępne były środki

⁸ Teza tego postanowienia brzmiała: „Skutek czynu zabronionego określonego w art. 160 § 1 k.k. może urzeczywistnić się także w zwiększeniu stopnia narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, które wystąpiło już wcześniej, ale jeśli zarzuconym zachowaniem jest nieumyślne zaniechanie ciężącego na oskarżonym obowiązku zapobiegnięcia skutkowi, to warunkiem pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 160 § 2 i 3 k.k. jest obiektywne przypisanie mu takiego skutku. Będzie on spełniony wtedy, gdy zostanie dowiedzione, że pożądanе zachowanie alternatywne, polegające na wykonaniu przez oskarżonego ciężącego na nim obowiązku, zapobiegłoby realnemu i znaczącemu wzrostowi stopnia tego narażenia”.

⁹ Należy wyjaśnić, że mówiąc w tym miejscu o skutku, nie mam na myśli znamienia typu czynu zabronionego, za popełnienie którego odpowiada gwarant, ale skutek w rozumieniu potocznym. W sensie jurystycznym bowiem, jak już wskazywano, gwarant nienastąpienia odpowiada za niezapobiegnięcie skutkowi, stanowiącemu znamię ustawowe przestępstwa, który zostaje mu przypisany na mocy normy sankcjonującej zrzębowo określonej w art. 2 k.k.

¹⁰ J. Majewski, *Prawnokarne*, s. 89; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1990, s. 34–35.

¹¹ Zob. J. Giezek, (w:) M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa, Wydawnictwo LexisNexis 2012, nb. 154.

do odwrócenia niebezpieczeństwa, wtedy uzasadnione jest przypisanie „ostatecznego rezultatu”¹². W omawianej sprawie, gdyby się okazało, że skutek śmiertelny zrealizował się w drodze niebezpieczeństwa, któremu mogli przeciwdziałać oskarżeni lekarze, uzasadnione byłoby przypisanie im odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci pacjenta. Jeśli zaś okazało się (jak to zostało wskazane w niniejszej sprawie przez biegłych), że prawidłowe postępowanie ze strony lekarzy mogłoby oddalić śmierć pacjenta, lecz nie dawało gwarancji uratowania jego życia, to uzasadnione jest uznanie, że lekarze doprowadzili swoim nieadekwatnym zachowaniem do tego, że stan zagrożenia istniejący w chwili aktualizacji ich obowiązku pogłębiał się. Jest to, jak słusznie zauważył SN, równoznaczne z przypisaniem skutku w postaci co najmniej konkretnego (bezpośredniego) narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci niezmnieszenia zastanego stanu zagrożenia. Jednocześnie takie stwierdzenie biegłych nie wyklucza przyjęcia odpowiedzialności za „skutek dalszy” w postaci śmierci pacjenta. Jak wskazano wyżej, jeśli zostanie ustalone, że podjęcie przez gwaranta nakazanego działania było nakazane (tzn. było adekwatnym środkiem uchylecia zagrożenia dla życia *in abstracto*) oraz *in concreto* mogło zapobiec śmierci, to skutek taki może być przypisany przynajmniej jednemu lekarzowi¹³.

Istnieje jednak pewien margines adekwatności reakcji karnej. Jak wielokrotnie słusznie podkreślano w orzecznictwie SN¹⁴ oraz nauce prawa karnego¹⁵, nie należy pociągać do odpowiedzialności karnej osoby gwaranta, który swoim adekwatnym działaniem mógłby jedynie iluzorycznie wpłynąć na przebieg zdarzeń. Ze stanowiska *ex ante* niezwykle trudno jest stwierdzić, czy dane zachowanie, które *in abstracto* uważane jest za adekwatny środek ochrony określonego dobra prawnego, w konkretnej sytuacji sprawdziłoby się (zrealizowało cel ochronny normy). Zmusza to do wskazania, czy nakazane działanie w sposób widoczny (obiektywnie dostrzegalny) zmniejszyłoby ryzyko (niebezpieczeństwo) nastąpienia skutku, oddaliło go albo zmniejszyło zastany stan zagrożenia. Kwestii tej SN w niniejszej sprawie nie rozstrzygał, co należy przyjąć z aprobatą. Zagadnienie to należy bowiem do sfery faktycznej, która jest domeną postępowania pierwszoinstancyjnego. W postanowieniu z 15 lutego 2012 r. (II KK 193/11, zob. przyp. 13) SN słusznie orzekł, że karygodny charakter przyczynienia się do powstania

¹² Zob. A. Zoll, *Odpowiedzialność*, s. 98–100.

¹³ Pomijam w tym miejscu skomplikowany problem współprzyczynienia się oskarżonych do powstałego skutku. Każdy z nich działał niezależnie, a więc odpada możliwość poczytania każdemu z nich całości spowodowanego zagrożenia, co byłoby możliwe w przypadku współsprawstwa. W braku jednak porozumienia każdy z lekarzy może odpowiadać jedynie za to zagrożenie, któremu sam nie przeciwdziałał, co wymaga poczynienia skomplikowanych ustaleń faktycznych dotyczących momentu zaktualizowania się obowiązku każdego z oskarżonych, stopnia występującego w tym czasie niebezpieczeństwa dla życia pacjenta oraz możliwych i dostępnych poszczególnym oskarżonym działań i ich przewidywanych skutków. Zagadnienia te nie mogły być rozstrzygnięte przez SN i przekraczają także ramy niniejszej glosy.

¹⁴ Zob. wyrok SN z 8 marca 2000 r., III KKN 231/98, OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 45; wyrok SN z 1 grudnia 2000 r., IV KK 509/98, OSNIK 2001, nr 5–6, poz. 45; wyrok SN z 3 sierpnia 2006 r., WA 23/06, Legalis; postanowienie SN z 3 czerwca 2004 r., V KK 37/04, OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 73; postanowienie SN z 15 lutego 2012 r., II KK 193/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 89.

¹⁵ J. Giezek, *Przyczynowość*, s. 197; tenże, *Zgodne*, s. 68 i n.; tenże, *Glosa do postanowienia SN z 3 czerwca 2004 r., V KK 37/04, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 265 (przypis 7)*; J. Majewski, *Prawnikarne*, s. 87; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze 1988, s. 78–80.

skutku (właściwie karygodny charakter nieprzeszkodzenia mu) wymaga ustalenia, iż decyzja o zaniechaniu akcji ochronnej istotnie zmniejszyła szanse uratowania dobra (odwrócenia od niego niebezpieczeństwa). Przepęstwem może bowiem być tylko czyn, który jest społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy (art. 1 § 2 k.k.). W przypadku przęstw materialnych stopień społecznej szkodliwości przejawia się w szczególności w wadze naruszonych reguł ostrożności i obowiązków oraz wartości zagrożonego lub naruszonego dobra (art. 115 § 2 k.k.)¹⁶. Może się zatem okazać, że pomimo realizacji znamion czynu zabronionego odpowiedzialność karna zostanie wyłączona właśnie z powodu braku karygodnego charakteru realizacji tych znamion. Taki kierunek wykładni przepisów prawa karnego należy całkowicie podzielić. Odpowiada on zarówno podstawowej funkcji prawa karnego (ochrona dóbr prawnych), jak i jego funkcji gwarancyjnej oraz materialnemu ujęciu przęstwa.

* * *

Komentowane orzeczenie wydaje się być kolejnym wyrazem poparcia dla koncepcji *Risikoerhöhungslehre* jako podstawy orzekania o realizacji znamion czynu zabronionego znamiennego skutkiem, popełnionego przez zaniechanie¹⁷. Ponownie SN w swoich rozważaniach wskazuje, że w wypadku *delicta per omissionem comissa* nie jest konieczne wykazanie z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że wykonanie nałożonego na gwaranta obowiązku działania zapobiegłoby w danej sytuacji wystąpieniu skutku. Wystarczające jest udowodnienie, że jego niepodjęcie istotnie zwiększało ryzyko jego nastąpienia, podjęcie zaś nakazanego działania mogło, zgodnie z dokonywaną *ex ante* i na podstawie przyjętych reguł postępowania z dobrem prawnym ryzyko to zmniejszyć. Przy czym z pełną aprobatą należy przyjąć teoretyczne uzasadnienie takiego poglądu, którego brak było w dotychczasowej działalności orzeczniczej SN. W świetle jednak wskazywanych wyżej orzeczeń, zwłaszcza postanowienia z 15 lutego 2012 r. (II KK 193/11), wydaje się być uzasadniona teza, że taka linia zaczyna być spójna i w pełni świadoma.

Każę to jednocześnie zastanowić się, czy Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego słusznie postępuje, proponując wprowadzenie do k.k. regulacji odwołującej się do „wąskiej” koncepcji obiektywnego przypisania, która zarówno w przypadku przęstw popełnionych przez działanie, jak i zaniechanie, wymaga wykazania z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, jaki byłby rezultat podjęcia adekwatnego (zgodnego z normą sankcjonowaną) zachowania alternatywnego¹⁸. Taka propozycja stanowi istotny krok w tył w świetle obecnego stanu dyskusji.

¹⁶ Także stopień zwiększenia ryzyka nastąpienia skutku powinien być oceniany w ramach społecznej szkodliwości zachowania. Tak słusznie M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie post. SN z 2 czerwca 2004 r. (V KK 37/04)*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4, s. 129. Pogląd ten jest także prezentowany w orzecznictwie SN (zob. wyrok z 30 sierpnia 2011 r., IV KK 187/11, Legalis; postanowienie z 15 lutego 2012 r., II K 193/11).

¹⁷ Zwracałem na to uwagę już wcześniej. Zob. D. Tokarczyk, *Spory wokół teorii obiektywnego przypisania w świetle projektu nowelizacji kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo”, 2013, z. 10, s. 111–113.

¹⁸ <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/> Zgodnie z propozycją KKPK art. 2 § 1 k.k. miałyby uzyskać brzmienie: „Odpowiedzialności karnej za przęstwo skutkowe podlega ten tylko, kto powoduje skutek w wyniku niezachowania reguły postępowania z dobrem prawnym wiążącej w danych okolicznościach”. Zob. D. Tokarczyk, *Spory wokół teorii*, s. 112–113.

Przemysław Mogielka

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 16 LUTEGO 2012 R., IV CSK 225/2011

Teza głosowanego orzeczenia brzmi:

W zakresie terminowych operacji finansowych (art. 5 ust. 2 pkt 4 i 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, tekst jednolity: Dz.U. z 2002 r. nr 72, poz. 665 ze zm.), polegających na zawieraniu przez banki z kontrahentami terminowych umów opcyjnych, należy stosować zbliżony lub podobny przedkontraktowy standard informacyjny wynikający z postanowień dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFiD), nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy z bankiem dyrektywa ta nie była jeszcze implementowana do polskiego porządku prawnego.

PROBLEM TZW. TOKSYCZNYCH OPCJI WALUTOWYCH

Przedmiotem opracowania jest niezwykle kontrowersyjny problem tzw. toksycznych opcji walutowych, który zaistniał w Polsce w 2008 r. Dotyczył on eksporterów, którzy zabezpieczali się przed ryzykiem spadku kursu walutowego, wystawiając opcje walutowe. Orzeczenie było pierwszym, które powyższy problem w części rozstrzygnęło.

Sprawa toczyła się z powództwa przedsiębiorcy zajmującego się wynajmem samochodów (wraz z możliwością korzystania z usług kierowcy) przeciwko R. Bank Polska S.A. Powództwo zostało sformułowane jako kompilacja żądań alternatywnych, tj. ustalenia nieważności umowy i zwrotu nienależnego świadczenia, zasądzenia odszkodowania, rozwiązania lub zmiany umowy i zwrotu nienależnego świadczenia.

W trakcie postępowania przed sądem pierwszej instancji ustalono, że powód zawierał w latach 2006–2007 transakcje pochodne i terminowe. Przed zawarciem spornej umowy strony wielokrotnie spotykały się z przedstawicielami Banku (ze strony powoda w spotkaniach uczestniczyła główna księgowa) w celu wyjaśnienia mechanizmu transakcji. Sporną umowę strony zawarły w dniu 12 czerwca 2008 r., była to umowa współpracy w zakresie transakcji terminowych i pochodnych, a 13 czerwca 2008 r. zawarły transakcję opcji walutowej. Kolejną transakcją opcyjną strony zawarły w dniu 26 września 2008 r. Ze względu na niekorzystne wahania kursu walutowego powód odnotował stratę

w kwocie 40 tys. zł. Bank zaproponował udzielenie kredytu na zamknięcie transakcji, która ostatecznie została zamknięta 2 lutego 2009 r., i po stronie powoda wystąpiła strata w wysokości 1 163 675 zł.

Sąd okręgowy oddalił powództwo, natomiast sąd apelacyjny oddalił apelację. Sądy te nie dopatrzyły się naruszenia art. 86 k.c., art. 388 k.c., art. 357¹ k.c. W sprawie istotnym problemem był reżim prawny, który miał być zastosowany w rozstrzygnięciu. Powód powoływał się na to, że na banku ciążył obowiązek wynikający z dyrektywy 2004/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków finansowych¹ (dalej: MiFiD) oraz ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (dalej: ustawa o obrocie instrumentami finansowymi)². Pozwany bank twierdził, że do powyższej umowy zastosowanie ma ramowa regulacja z ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (dalej: Prawo bankowe³).

Po rozpoznaniu kasacji powoda opartej na zarzutach naruszenia prawa materialnego Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok (oddalający powództwo) i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Krytycznie należy ocenić fakt, że rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego nie odniosło się do wszystkich zagadnień prawnych, które pojawiły się na tle problemu tzw. toksycznych opcji walutowych. Przedmiotem judykatu było w szczególności:

- 1) wskazanie reżimu prawnego, jakiemu powinna być poddana umowa z dnia 12 czerwca 2008 r. i późniejsze transakcje walutowe, oraz
- 2) zakres obowiązków informacyjnych/doradczych ciążyących na banku jako długotrwałym kontrahencie⁴.

Sąd Najwyższy nie ustosunkował się w swym rozstrzygnięciu do zarzutów, które wyłoniły się na tle problemu dotyczącego obowiązków informacyjnych banku, a w szczególności tego, czy naruszenie przez bank ww. obowiązków może być uznane za mające znamiona podstęp (art. 86 k.c.⁵) lub wyzysku (art. 388 k.c.⁶), a nadto czy

¹ Chodzi tu zwłaszcza o art. 19 MiFiD. Dyrektywa nakłada na podmioty świadczące usługi inwestycyjne (przedsiębiorstwo inwestycyjne) obowiązek, aby działało ono uczciwie, sprawiedliwie i profesjonalnie, zgodnie z najlepiej pojętymi interesami klientów.

² Przedmiotem rozważań było również wydane na podstawie ustawy rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych oraz banków powierniczych (Dz.U z 2006 r. nr 2, poz. 8). Rozporządzenie to zostało uchylone. Obecnie obowiązuje rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (Dz.U z 2012 r., poz. 1078).

³ Przede wszystkim art. 94 ust. 1 Prawa bankowego.

⁴ W ocenie Prokuratora Generalnego skarga kasacyjna wniesiona przez powoda powinna zostać uwzględniona z uwagi na okoliczność, że Bank nie dopełnił obowiązku informacyjnego wynikającego z podjętego na rzecz powoda tzw. doradztwa inwestycyjnego.

⁵ Jeżeli błąd wywołała druga strona podstępnie, uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu może nastąpić także wtedy, gdy błąd nie był istotny, jak również wtedy, gdy nie dotyczył treści czynności prawnej. Podstęp osoby trzeciej jest jednoznaczny z podstępem strony, jeżeli ta o podstępie wiedziała i nie zawiadomiła o nim drugiej strony albo jeżeli czynność prawna była nieodpłatna (art. 86 § 1 i § 2 k.c.).

⁶ Jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołośćwo lub niedoświadczanie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącym stopniu wartość jej własnego świadcze-

postanowienia regulaminowe w spornym zakresie były sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym i przez to spowodowały nieważność całej umowy (art. 58 § 3 k.c.).⁷ Powód w zarzutach skargi kasacyjnej wskazywał, że błędne wypełnienie obowiązków informacyjnych lub doradczych będzie powodować obowiązek odszkodowawczy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c.). Istotnym problemem, który został pominięty w rozważaniach Sądu Najwyższego, było również zagadnienie, czy rynkowe zmiany wartości waluty, ze względu na zastosowanie dźwigni w kontraktach opcyjnych, powodują, że w przedmiotowej sprawie możemy mówić o nadzwyczajnej zmianie stosunków powodujących skutki z art. 357¹ k.c.⁸ Należy mieć nadzieję, że powyższe zagadnienia staną się w najbliższym czasie przedmiotem kategoriycznych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego.

I. Podstawowe znaczenie dla niniejszej sprawy miało udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy do rozstrzygnięcia powinien być zastosowany reżim prawa bankowego, do którego odsyłał Regulamin transakcji terminowych i pochodnych pozwanego banku⁹, czy też przepisy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi¹⁰ oraz wydanego na tej podstawie rozporządzenia. Istotnym przedmiotem sporu była również okoliczność,

nia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy (art. 388 § 1 k.c.).

⁷ Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana (art. 58 § 1, 2, 3 k.c.).

⁸ Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym (art. 357¹ k.c.).

⁹ Chodzi tu o art. 5 ust. 2 pkt 3 i pkt 7 Prawa bankowego, zgodnie z którym za czynności bankowe uznaje się również terminowe operacje finansowe oraz prowadzenie skupu i sprzedaży wartości dewizowych, o ile są one wykonywane przez banki.

¹⁰ Minister właściwy do spraw instytucji finansowych określa w drodze rozporządzenia: 1) tryb i warunki postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2, oraz banków powierniczych w zakresie: a) promowania świadczonych usług oraz kontaktów z potencjalnymi klientami, b) zawierania transakcji i dokonywania rozliczeń, c) klasyfikowania klientów do różnych kategorii, d) świadczenia usług, w tym w zakresie świadczenia usług na rzecz różnych kategorii klientów, e) prowadzenia ewidencji zawieranych transakcji oraz archiwizacji dokumentów i innych nośników informacji sporządzanych w związku z prowadzeniem działalności, f) ustanawiania i realizacji zabezpieczeń spłaty kredytów i pożyczek udzielonych na nabycie instrumentów finansowych oraz zabezpieczenia wierzytelności na instrumentach finansowych, jeżeli konstrukcja tych instrumentów umożliwia ustanowienie zabezpieczenia – w odniesieniu do wykonywania przez te podmioty czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 i 4 i art. 119 ust. 1, w zakresie nieuregulowanym przepisami art. 7–16 rozporządzenia 1287/2006, przy zapewnieniu należytej staranności, ochrony klienta oraz bezpiecznego i sprawnego zawierania i rozliczania transakcji, a także przejrzystości i bezpieczeństwa obrotu (art. 94 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi).

czy w danej sprawie można zastosować przepisy niezaimplementowanej do porządku prawnego krajowej dyrektywy wspólnotowej MiFiD.

Sądy *meriti* (tj. sądy okręgowy i apelacyjny) uznały, że wyłączenie z art. 70 ust. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi powoduje zastosowanie do przedmiotowej relacji pomiędzy stronami regulacji ramowej wyrażonej w Prawie bankowym, tj.: a) postanowień umowy z dnia 12 czerwca 2008 r. oraz b) postanowień Regulaminu transakcji terminowych i pochodnych z 2008 r.¹¹ Tymczasem Sąd Najwyższy wskazał, że nie ma powodu, dla którego wyłączenie z art. 70 ust. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi¹² miałyby powodować rozróżnienie obowiązku informacyjnego a) banków tzw. „niemaklerskich” – tj. banków niemających zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej, zawierających jedynie indywidualne umowy o charakterze pochodnym i terminowym oraz b) banków maklerskich wykonujących czynności maklerskie – czyli tzw. firm inwestycyjnych. Trudno – zdaniem Sądu Najwyższego – zrozumieć stosowanie wobec profesjonalistów dwóch różnych standardów informacyjnych. Z tych względów Sąd Najwyższy uznał, że w stosunku do terminowych operacji pochodnych powinno się stosować podobny lub zbliżony standard informacyjny, nawet jeśli nie było podstaw formalnych do stosowania postanowień dyrektywy wprost. Sąd Najwyższy podzielił stanowisko sądów *meriti* negujące możliwość stosowania postanowień dyrektywy z 2004/39/WE, ze względu na brak implementacji, jednakże uznał, że cele dyrektywy powinny stanowić odpowiedni wzorzec w zakresie interpretacji prawa polskiego.

Można się zgodzić z konkluzją poczynioną przez Sąd Najwyższy, jednakże argumentacja prowadząca do zaprezentowanych wniosków nie jest przekonująca. Obowiązek implementacji dyrektywy ciąży na państwie członkowskim, a odpowiedzialnością za brak transponowania dyrektywy do krajowego porządku prawnego nie można obciążać podmiotów prawa prywatnego. W niniejszej sprawie nie znajdzie bowiem zastosowania instytucja tzw. bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego. Obecnie nie budzi wątpliwości, że dyrektywa wiąże państwa członkowskie co do celu, który ma być osiągnięty, a jednocześnie zobowiązuje do ustanowienia norm prawnych, które będą źródłem uprawnień dla konkretnych podmiotów. Bezpośrednia skuteczność dyrektywy oznacza, że nie jest konieczne przetransponowanie jej do porządku prawnego, żeby móc oprzeć się na uprawnieniach, które dyrektywa przyznaje¹³.

Uważa się, że o bezpośredniej skuteczności¹⁴ można mówić dopiero od momentu

¹¹ Chodziło tu zwłaszcza o postanowienia § 2, 3 i 116 ust. 2 pkt 3.

¹² Wykonywanie przez bank, zgodnie z ust. 2, czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 1–7, nie stanowi działalności maklerskiej (art. 70 ust. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi).

¹³ Europejski Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza bezpośrednią skuteczność dyrektyw (por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ETS-O, 1974, 1337, *Van Duyn*, 41/74) pod następującymi warunkami: 1) na bezpośrednią skuteczność powołuje się osoba fizyczna lub prawna jedynie wobec państwa lub instytucji państwowych, 2) dyrektywa nie została implementowana w przewidzianym przez nią czasie lub została implementowana nieprawidłowo do prawa krajowego, 3) konkretny przepis nadaje się do bezpośredniego zastosowania.

¹⁴ Pozostałymi warunkami bezpośredniej skuteczności są tzw. bezwarunkowość merytoryczna oraz wystarczająca precyzyjność. Przepis dyrektywy musi odpowiadać tzw. bezwarunkowości merytorycznej. Oznacza to, że wykonanie obowiązku przez państwo nie jest uzależnione od jakichkolwiek aktów prawnych wykonawczych podjętych przez instytucje wspólnotowe lub państwa członkowskie (por. orzeczenie Europejskiego Try-

upływu okresu do implementacji dyrektywy. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się, że państwa członkowskie już od chwili uchwalenia dyrektywy powinny powstrzymać się od środków, które mogłyby zagrozić realizacji jej celów¹⁵. W nauce prawa wspólnotowego i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości akcentuje się tzw. wertykalną bezpośrednią skuteczność dyrektyw. Oznacza to, że na uprawnienia wynikające z dyrektywy, która nie została implementowana do porządku prawnego, może powoływać się jedynie podmiot prawa prywatnego przeciwko państwu działającemu w sferze *imperium* lub w sferze *dominium*. Dyrektywa nie posiada natomiast bezpośredniej skuteczności horyzontalnej, tzn. jednostka nie może powoływać się na postanowienia nieimplementowanej dyrektywy wobec innych podmiotów prywatnych¹⁶. Zakaz bezpośredniej skuteczności horyzontalnej dyrektyw wynika z założenia, że jednostka nie może ponosić konsekwencji braku implementacji dyrektywy do krajowego porządku prawnego.

Zgodzić się należy z tezą Sądu Najwyższego, że na organach stosujących prawo spoczywa obowiązek tzw. prowspólnotowej interpretacji prawa krajowego. Oznacza to, że organy państw członkowskich oraz sądy mają obowiązek takiego interpretowania prawa krajowego, aby w maksymalnym stopniu osiągnąć cel dyrektywy, nawet jeśli nie została prawidłowo implementowana¹⁷. Jednakże nie sposób zaakceptować argumentu, w którym odpowiedzialność za zaniechanie państwa członkowskiego będzie spoczywać na podmiotach prawa prywatnego. Prawo wspólnotowe przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą za brak implementacji dyrektywy do porządku krajowego. Państwo członkowskie będzie ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą, jeżeli nie podjęło jakichkolwiek działań w celu implementacji dyrektywy do porządku prawnego krajowego. Takie zachowanie państwa członkowskiego uważa się za tzw. kwalifikowane naruszenie prawa wspólnotowego¹⁸. Powód powinien zatem domagać się odszkodowania za brak implementacji dyrektywy nie od banku, a od państwa za zaniechanie wydania odpowiednich uregulowań. Nawet prowspólnotowa interpretacja prawa krajowego nie może prowadzić do omijania zakazu obowiązywania bezpośredniej skuteczności w ujęciu horyzontalnym, tj. pomiędzy jednostkami¹⁹.

bunału Sprawiedliwości ETS-O 1996, I-4373, CAZ, C-246/94). Przepis dyrektywy musi nadto być wystarczająco precyzyjny. Oznacza to, że musi wskazywać krąg podmiotów uprawnionych, treść przyznaných praw oraz wskazywać adresatów ustanowionych obowiązków.

¹⁵ M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Warszawa 2005, s. 36. Por. ETS-O 1997, I-7411, *Inter-Environnement-Wallonie*, C-129/96.

¹⁶ J. Steiner, L. Woods, *EC Law*, London 2001, s. 57. Por. orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ETS-O 1986, 723, *Marshall I*, 152/84; ETS-O 1990, I-4135, *Marleasing*, 106/89; ETS-O 1994, I-3325, *Faccini Dori*, C-91/92.

¹⁷ Por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ETS-O 1994, I-3325, *Faccini Dori*, 91/92.

¹⁸ M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, s. 129. Por. także orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ETS-O 1996, I-4845, *Dillenkofer*, C-178-9/94 i 188-90/94.

¹⁹ Por. M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, s. 38. Autor wskazuje, że w ostatnim czasie zapadło kilka orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości podważających powyższą zasadę (por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ETS-O 1999, I-431, *Smithkline*, C-77/97). Nie można jednak z powyższego orzeczenia wysnuwać wniosku o odejściu od zasady bezpośredniej skuteczności wertykalnej dyrektyw (por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ETS-O 2000, I-6007, *Centrosteeel*, C-456/98, ETS-O 2002, I-9411, *RAS*, C-233/01).

Drugą kwestią podnoszoną w literaturze jest to, że fakt, iż dyrektywa nie została pretransponowana do polskiego porządku prawnego, nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ właściwym dla rozstrzygnięcia reżimem prawnym był reżim Prawa bankowego. Sąd Najwyższy uznał w tezie głosowanego orzeczenia, że pomimo braku implementacji dyrektywy należy stosować standard informacyjny zawarty w dyrektywie. Należy jednak zwrócić uwagę, co podkreśla się w doktrynie²⁰, że dyrektywa nie mogłaby być zastosowana, gdyż implementacja nastąpiła poprzez wprowadzenie jej do przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi²¹, a nie do Prawa bankowego²². Z taką tezą można się zgodzić jedynie częściowo. Obecnie nastąpiła już implementacja dyrektywy do porządku krajowego. Niemniej jednak w momencie wydania nie było pewne, jakie rozwiązanie w tym względzie wybierze ustawodawca. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że dyrektywa wskazuje jedynie pewne określone cele, które ma osiągnąć państwo członkowskie, pozostawiając sposób i środki ustawodawcy krajowemu.

Sąd Najwyższy sformułował tezę, że poziom staranności banków jest uniwersalny, bez względu na rodzaj wykonywanych czynności (bankowych, maklerskich). Teza ta wydaje się poprawna, ale nie sposób wyprowadzić jej z obowiązującego stanu prawnego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu, pomimo braku implementacji dyrektywy do porządku prawnego rozwiązania w niej zawarte determinowały treść zobowiązań na podstawie ustalonych stosunków społecznych. W ocenie Sądu Najwyższego istnieją podstawy do stosowania reguł informacyjnych zbliżonych lub podobnych do tych wynikających z dyrektywy MiFiD, nawet pomimo braku jej implementacji, ponieważ wynikają one z Prawa bankowego, umowy (wzorca umownego) oraz reguł tzw. kodeksu dobrej praktyki bankowej i ogólnych reguł rzetelnego obrotu kontraktowego uwzględniającego charakter zawieranego kontraktu. Jak podkreśla K. Zacharzewski, klientom banków takie rozszerzone informacje należały się w obszernym zakresie, żeby klienci rozumieli swoje położenie.

II. Implikacją braku możliwości zastosowania dyrektywy MiFiD było zagadnienie tzw. obowiązku informacyjnego przedkontraktowego, istniejącego pomiędzy kontrahentami umowy. Sąd Najwyższy podniósł w uzasadnieniu, że sądy *meriti* nie ustaliły, czy pozwany bank, zawierając umowę opcyjną, nie naruszył ciężących na nim obowiązków informacyjnych albo też doradczych. Problem prawny dotyczył zatem tego, czy bank pomimo formalnego braku związania dyrektywą MiFiD nie powinien odradzić przedsiębiorcy zawarcia umowy opcyjnej, jako osobie nieposiadającej odpowiedniego doświadczenia

²⁰ Por. zwłaszcza K. Zacharzewski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego sygn. akt IV CSK 225/2011*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 9, s. 133.

²¹ Przepis artykułu 19 dyrektywy MiFiD ma częściowe odzwierciedlenie w art. 83a ust. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

²² Por. K. Zacharzewski, *Glosa*, s. 133. Autor podnosi argument, że nawet terminowe implementowanie dyrektywy do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej nie miałyby wpływu na rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, dlatego że implementacja została dokonana do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, a nie do Prawa bankowego. Terminowe operacje finansowe to czynność bankowa i nie należy jej mylić z czynnością maklerską. Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi nie ma zastosowania do czynności bankowych ani do banków, lecz do firm inwestycyjnych. Wskazuje się w doktrynie, że bank dokonujący „terminowych operacji finansowych” nie jest związany dyrektywą MiFiD, bez względu na to, czy działa jako bank, czy jako firma inwestycyjna, gdyż terminowa operacja bankowa nie jest czynnością maklerską, lecz bankową.

w tym zakresie. Pytanie, które stawia w uzasadnieniu Sąd Najwyższy, to czy długoletnia współpraca pomiędzy kontrahentami nie powinna powodować, że pozwany bank winien spełniać wobec partnera funkcje doradcze (art. 60 k.c.²³, art. 65 k.c.²⁴), nawet jeśli element ten nie pojawia się wprost w treści umowy. Chodzi tu zwłaszcza o okres, w którym powód rozważał możliwość rozwiązania umowy, tj. zamknięcia transakcji opcyjnych. Sąd Najwyższy stwierdza, że należy zbadać, czy obowiązek informacyjny ze względu na długi okres współpracy nie przekształcił się w obowiązek o charakterze doradczym.

Mówiąc o obowiązku informacyjnym stron, Sąd Najwyższy dotknął również problemu charakteru prawnego umowy opcyjnej. Skomplikowanie materii zarówno prawnej, jak i ekonomicznej uzasadnia istnienie wysokiego standardu informacyjnego. Wskazuje się w literaturze, że umowa opcyjna opiera się na stosunku obligacyjnym z wyeksponowanym zobowiązaniem do rozporządzenia, pod warunkiem zawieszającym albo z zastrzeżeniem terminu i elementem uprawnienia kształtującego, w którym świadczenie przybiera postać *dare*, a wymagalność nadchodzi po upływie zastrzeżonego w umowie terminu, wysokość świadczenia jest skorelowana z wartością towarzyszącą, a strony mogą wybrać postać świadczenia lub doprowadzić do ustania stosunku prawnego²⁵. Dość powszechnie w literaturze wskazuje się, że opcje polegają na tym, iż nabywca opcji uzyskuje w zamian za zapłatę premii prawo zakupu (*call option*) lub sprzedaży (*put option*) określonej ilości aktywów po umówionej cenie od wystawcy opcji. W wyniku wykonania opcji następuje spełnienie świadczenia przez dostawę przedmiotu zobowiązania albo pieniężne rozliczenie transakcji. W razie niewykonania opcji wystawca jest zwolniony z zobowiązania. Opcje mają charakter asymetryczny w zakresie rozłożenia ryzyka między stronami transakcji, ponieważ nakładają obowiązek spełnienia świadczenia jedynie na wystawcę opcji²⁶. Wskazuje się, że w „ogólnym ujęciu opcja jest umową nienazwaną, której treścią jest z jednej strony zobowiązanie się posiadacza opcji do zapłaty premii opcyjnej, a z drugiej strony – zobowiązanie się wystawcy opcji do złożenia długoterminowej oferty, przy czym charakter umowy, która jest zawierana w wyniku przyjęcia oferty w przypadku umów z rozliczeniem rzeczywistym, jest zbliżony do umów sprzedaży, w przypadku zaś umów z rozliczeniem finansowym umowa ta ma charakter umowy zakładu²⁷”.

²³ Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli) (art. 60 k.c.).

²⁴ Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (art. 65 § 1 i § 2 k.c.).

²⁵ Por. K. Zacharzewski, *Glosa*, s. 133. Autor wskazuje, że w przypadku opcji nie mamy do czynienia z instrumentem finansowym, papierem wartościowym czy umową gry lub zakładu, w którym obowiązek świadczenia jest zdeterminowany przez zdarzenie przyszłe i niepewne.

²⁶ K. Glibowski, *Objaśnienia do art. 2*, (w:) M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 565 i n. W nauce prawa wskazuje się istnienie co najmniej czterech koncepcji tłumaczących charakter prawny opcji, w których uznaje się opcję za 1) umowę przedwstępną, 2) umowę sprzedaży z prawem odstąpienia, 3) prawo jednej ze stron do przyjęcia oferty o charakterze ciągłym, tj. oferty wystawcy opcji do zawarcia umowy, 4) umowę, z której wynika skierowana do uprawnionego posiadacza opcji długoterminowa oferta zawarcia w przyszłości umowy stanowczej i uprawnienie do przyjęcia tej oferty.

²⁷ K. Glibowski, *Objaśnienia*, s. 567.

Powyższy szkielet trudności koncepcyjnych w zakresie umów opcyjnych pokazuje, jak skomplikowanymi instytucjami zajmowały się strony. Należy odróżnić obowiązki informacyjne od doradczych. Jak wskazuje się w nauce prawa²⁸, obowiązek informacyjny daje odpowiedź na pytanie, „jak jest”, natomiast obowiązek o charakterze doradczym na pytanie, „co robić”. Z jednej strony możemy mówić o tym, że banki informują o oferowanych produktach po to, by zawierać umowy, które owe produkty udostępniają. Bank zatem, wykorzystując instrumenty marketingowe, wpływa na stronę motywacyjną potencjalnego klienta. Jednak strony nie sposób zapomnieć, że po drugiej stronie umowy niekoniernie zawsze musi występować konsument – czyli osoba nieprowadząca działalności gospodarczej. W tym przypadku nie mamy bynajmniej do czynienia z nieprofesjonalistą. O ile można zaakceptować pogląd, że prawo powinno chronić osoby o słabszej pozycji (ekonomicznej czy ze względu na mniejsze doświadczenie), o tyle nie sposób zaakceptować powyższej tezy w odniesieniu do przedsiębiorcy, który w zakresie swojej działalności spotyka się z problemami zabezpieczenia przed ryzykiem kursowym. Z tych względów krytycznie należy się odnieść do tezy, że pomimo braku implementacji dyrektywy i braku możliwości jej bezpośredniego zastosowania bank powinien stosować standard zawarty w dyrektywie MiFiD, zwłaszcza w art. 19.

W celu zobrazowania, jak daleko sięga obowiązek informacyjny banku wynikający z dyrektywy MiFiD, w tym miejscu wypada przywołać postanowienia art. 19 rzezzonej dyrektywy. Zgodnie z MiFiD wszelkie informacje, w tym publikacje handlowe, kierowane przez przedsiębiorstwo inwestycyjne do klientów lub potencjalnych klientów, powinny być rzetelne, niebudzące wątpliwości i niewprowadzające w błąd. Publikacje handlowe należy w sposób niebudzący wątpliwości oznaczyć jako publikacje handlowe (art. 19 ust. 2 MiFiD). Nie powinno to budzić zastrzeżeń w obecnym stanie stosunków gospodarczych. Powszechnie przyjmowana jest bowiem zasada uczciwości obrotu gospodarczego. Klientom lub potencjalnym klientom należy dostarczyć kompleksowych informacji dotyczących: przedsiębiorstwa inwestycyjnego oraz usług przez nie świadczonych; instrumentów finansowych oraz proponowanych strategii inwestycyjnych. Powinny one obejmować stosowne wytyczne oraz ostrzeżenia o ryzyku związanym z inwestycjami w takie instrumenty lub odnoszącym się do poszczególnych strategii inwestycyjnych, podmiotów realizujących zlecenia oraz kosztów i odnośnych opłat, skonstruowanych w taki sposób, aby klienci lub potencjalni klienci mogli zrozumieć charakter oraz ryzyko związane z usługą inwestycyjną oraz określonym rodzajem oferowanego instrumentu finansowego, a co za tym idzie – mogli podjąć świadome decyzje inwestycyjne. Informacje te należy przekazywać w ujednoliconym formacie (art. 19 ust. 3 MiFiD). Wyżej wskazane obowiązki informacyjne również nie budzą wątpliwości.

Odmierna jednak rola spoczywa na kontrahencie, który zobowiązuje się do doradztwa inwestycyjnego. Świadcząc usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania pakietem akcji, przedsiębiorstwo inwestycyjne uzyskuje niezbędne informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia klientów lub potencjalnych klientów w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do określonego rodzaju produktu czy usługi, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, tak aby przedsiębiorstwo mogło polecić klientowi lub potencjal-

²⁸ Por. K. Zacharzewski, *Glosa*, s. 133.

nemu klientowi odpowiednie dla niego usługi inwestycyjne i instrumenty finansowe (art. 19 ust. 4 MiFiD). Przedsiębiorstwa inwestycyjne świadczące usługi inwestycyjne mają obowiązek zwrócenia się do klienta lub potencjalnego klienta z prośbą o przekazanie informacji dotyczących jego wiedzy i doświadczenia w dziedzinie inwestycji, odpowiedniej do określonego rodzaju oferowanego lub wymaganego produktu lub usługi, tak aby przedsiębiorstwo inwestycyjne mogło dokonać oceny, czy przewidziana usługa inwestycyjna lub produkt są odpowiednie dla klienta. W przypadku gdy na podstawie uzyskanych informacji przedsiębiorstwo inwestycyjne uważa, że produkt lub usługa nie są odpowiednie dla klienta lub potencjalnego klienta, przedsiębiorstwo inwestycyjne ostrzega o powyższym klienta lub potencjalnego klienta. Ostrzeżenie to należy przekazywać w ujednocionym formacie. W przypadkach gdy klient lub potencjalny klient podejmuje decyzję o nieprzekazywaniu informacji określonych na podstawie akapitu pierwszego lub jeżeli przedstawia niewystarczające informacje dotyczące jego wiedzy i doświadczenia, przedsiębiorstwo inwestycyjne ostrzega klienta lub potencjalnego klienta, że taka decyzja uniemożliwia przedsiębiorstwu ustalenie, czy przewidziana usługa lub produkt są dla niego odpowiednie. Ostrzeżenie to należy przekazywać w ujednocionym formacie (art. 19 ust. 5 MiFiD).

Należy zatem zadać pytanie, jakie konsekwencje może wywołać przyjęcie stanowiska zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy. Czy rozwiązanie proponowane w orzeczeniu jest ekonomicznie efektywne? Jak wskazuje się w literaturze ekonomicznej analizy prawa, jednym z celów prawa umów jest umożliwienie podmiotom prawa prywatnego kooperacji przez zamianę gier z tzw. rozwiązaniami niekooperacyjnymi na gry z rozwiązaniami zapewniającymi kooperację. Innymi słowy, umożliwienie tym podmiotom prawa zmiany gry z rozwiązaniami nieefektywnymi na gry z rozwiązaniami efektywnymi. Oznacza to, że zarówno brzmienie norm (obowiązek ustawodawcy), jak i ich interpretacja (obowiązek sądów) powinny zachęcać podmioty prawa do wchodzenia w stosunki prawne, które będą powodowały korzyści społeczne²⁹. Jeżeli przepis prawa nakłada na jedną ze stron zbyt daleko posunięte obowiązki w stosunku do drugiej strony umowy, to taka sytuacja będzie zniechęcać do zawierania kontraktu. Podobny skutek odniesie zapewne interpretacja sądu stosującego prawo, która daje stronom asymetryczne uprawnienia (np. do odstąpienia od umowy bądź do domagania się odszkodowania). Niemniej jednak nawet najbardziej niekorzystne rozwiązanie prawne jest lepsze dla stron kontraktu niż brak pewności co do treści obowiązującego prawa. Jeżeli zatem bank zostaje obciążony obowiązkami (obowiązek doradczy zamiast obowiązku informacyjnego), których nie przyjął w drodze umowy i jednocześnie których nie mógł się racjonalnie spodziewać na podstawie analizy obowiązującego systemu prawa, to taka sytuacja będzie skłaniać bank do podejmowania rozwiązań nieefektywnych.

W praktyce obrotu podczas zawierania kontraktów istnieje tzw. problem asymetrii informacji. Niewątpliwie i w tym rozstrzyganym problemie pracownicy banku mieli o wiele większą wiedzę i doświadczenie z zakresu transakcji pochodnych niż powód. Ale, co trzeba zaakcentować, wiedza ta dotyczyła jedynie informacji w zakresie działania umów opcyjnych i instrumentów pochodnych. Zarówno pracownicy banku, jak i przedsiębiorca nie mieli wiedzy co do przyszłych wartości waluty, przed której wa-

²⁹ R. Coote, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2009, s. 246.

haniem chciał zabezpieczyć się powód. Tego problemu zdaje się nie dostrzegać Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu. Wahania wartości waluty objęte są niepewnością, dotyczą bowiem przyszłości. Nauka ekonomii nie potrafi przewidzieć w długim czasie w przyszłości, jakie wartości osiągnie dany instrument finansowy. Zatem zarówno bank, jak i przedsiębiorca obarczeni byli takim samym ryzykiem, jeżeli chodzi o kształtowanie się wartości instrumentu bazowego, tj. waluty. Zatem obowiązek informacyjny może dotyczyć jedynie mechanizmów działania i ryzyka związanych z zawieraniem transakcji opcyjnych, a nie przyszłych cen walut. Należy zwrócić uwagę, że powód zapewne nie wystąpiłby z roszczeniem w stosunku do banku, jeżeli sytuacja na rynku walutowym nie zmieniłaby się na niekorzyść aż do tego stopnia. Jednym z ekonomicznych celów prawa umów jest zachęcanie do efektywnego ujawniania sobie informacji w ramach stosunku umownego. Dotyczy to najczęstszej sytuacji, czyli wymiany informacji pomiędzy podmiotami kontraktu. Problem tzw. asymetrii informacji może powstrzymywać od dokonywania wzajemnych korzystnych wymian. Zauważyć jednak trzeba, że obowiązek ujawniania informacji nie jest nieograniczony. Nawet gdyby przyjąć, że w wyniku długotrwałej współpracy pomiędzy stronami obowiązek informacyjny przekształcił się w obowiązek doradczy, to pamiętać trzeba, że każda porada obciążona jest ryzykiem ekonomicznym, bo odnosi się do przyszłości, która zawsze jest niepewna.

W trakcie zawierania kontraktu strony muszą negocjować treść postanowień umownych. Negocjacje wiążą się z kosztami ponoszonymi przez strony. Ustawodawca powinien wywoływać efektywne zachowanie podmiotów prawa przez zmniejszanie kosztów transakcyjnych zgodnie z tzw. normatywnym twierdzeniem Coase'a³⁰. Na mocy tego twierdzenia racjonalne strony uzgodnią tzw. doskonały kontrakt, kiedy koszty transakcyjne wynoszą zero. Kontrakt taki będzie kompletny, ponieważ strony nie ponoszą kosztów negocjowania dodatkowych postanowień, oraz efektywny – ponieważ każde uprawnienie jest przyznawane stronie, która przypisuje mu największą wartość. Kolejnym celem prawa kontraktów jest minimalizacja kosztów transakcyjnych powstających w trakcie negocjacji treści umów i przez to zapewnianie efektywnych postanowień dyspozytywnych i regulacji. W świetle orzeczenia Sądu Najwyższego można postawić tezę, że kontrakty zawierane przez strony nie będą mogły być doskonale wynegocjowane, gdyż wzrosną koszty transakcyjne.

Rozwiązanie przyjęte przez Sąd Najwyższy prawdopodobnie nie przyczyni się do realizacji ostatniego z celów prawa umów, jakim jest wzmacnianie tzw. trwałych relacji pomiędzy stronami. Strony pozostające ze sobą w długich relacjach najczęściej rozwiązują problem kooperacji samodzielnie i w mniejszym stopniu angażują sądy w egzekwowanie umów. Efektywne prawo powinno skłaniać strony do zawierania długotrwałych relacji.

III. Konkludując, należy poczynić kilka refleksji o charakterze ogólnym. Przekonującym argumentem Sądu Najwyższego jest to, że nie ma podstaw aksjologicznych do różnicowania pomiędzy obowiązkami informacyjnymi nałożonymi na tzw. banki maklerskie i niemaklerskie. Pytanie zatem, czy ustawodawca dokonał prawidłowej implementacji dyrektywy do porządku prawnego, umieszczając jej postanowienia jedynie w ustawie

³⁰ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 110.

o obrocie instrumentami finansowymi. Nie sposób bowiem nie dostrzec, że rodzi to poważne konsekwencje dla adresatów uprawnień wynikających z dyrektywy MiFiD. Nie może budzić wątpliwości, że rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę jest dyskryminujące dla tej części inwestorów (podmiotów), którzy zawierają umowy terminowe nieobjęte postanowieniami ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Druga uwaga dotyczy nieuprawnionego przerzucania obowiązków ciążących na państwie na podmioty prawa prywatnego. Nie można w sposób racjonalny wymagać, bez szkody dla efektywności rynku, aby odpowiedzialność za brak implementacji we właściwym czasie dyrektywy wspólnotowej obejmowała strony stosunku umownego. Przede wszystkim godzi to w podstawowe zasady prawa wspólnotowego, a często również powoduje negatywne konsekwencje dla rynku. Przypomnieć należy, że skutkiem propozycji ustawowego podważania umów opcyjnych był zupełny zastój rynku opcji w Polsce. Mając na uwadze tę konstatację, należy pamiętać o roli, jaką w systemie gospodarczym pełni rynek finansowy i kapitałowy.

Ostatnia uwaga dotyczy obowiązków informacyjnych w opozycji do obowiązków doradczych ciążących na stronach kontraktu. Wydaje się bezsporne, że strony mogą przyjmować na siebie nawet najdalej idące zobowiązania. Niemniej jednak nie mogą one wynikać z nieprecyzyjnego porządku prawnego. Strony umowy muszą doskonale wiedzieć w chwili zawierania umowy, jakie uprawnienia i obowiązki posiadają. W przeciwnym razie rynek finansowy będzie dalece nieefektywny, przez co stanie się nieatrakcyjny dla potencjalnych inwestorów.

Najnowsze orzecznictwo

Zbigniew Strus

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z ZAKRESU PRAWA I POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

I. PRAWO MATERIALNE

HIPOTEKA PRZYMUSOWA ZUS

Postanowienie Sądu Najwyższego z 7 listopada 2013 r., w sprawie o sygn. akt V CSK 547/12, dotyczy „nowej” hipoteki przymusowej zabezpieczającej należność Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z tytułu nieuiszczonych składek.

Oddalając skargę kasacyjną wnioskodawcy – Zakładu Ubezpieczeń Społecznych od postanowienia sądu okręgowego oddalającego apelację, skład orzekający sformułował następującą tezę: „Uzyskanie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych hipoteki przymusowej na nieruchomości będącej przedmiotem wspólności majątkowej małżeńskiej, stosownie do art. 26 ust. 3a pkt 2 u.s.u.s. i art. 110 u.k.w.h., może nastąpić na podstawie nieostatecznej decyzji ustalającej istnienie należności z tytułu składek i ich wysokości, wydanej w stosunku do dłużnika i jego małżonka”.

Wnioskodawca w omawianej sprawie, żądając wpisu hipoteki przymusowej w księdze wieczystej, prowadzonej dla nieruchomości objętej wspólnością majątkową małżeńską obojga uczestników, załączył jako podstawę wpisu swoją decyzję określającą wysokość zaległości uczestnika postępowania o wpis z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne itp., tylko jemu doręczoną.

Wniosek o wpis został oddalony, a sąd okręgowy oddalił apelację, stwierdzając, że:

- rozstrzygnięcie podlega przepisom o „nowej hipotece” obowiązującym od 20 lutego 2011 r., mającej cechy dawnej hipoteki kaucyjnej,
- stosownie do art. 110 u.k.w.h hipotekę przymusową można uzyskać także na podstawie decyzji administracyjnej, chociażby nie była ostateczna,
- jeśli nieruchomość stanowi przedmiot wspólności majątkowej małżeńskiej, to wpis hipoteki przymusowej na nieruchomości wspólnej małżonków można dokonać na

podstawie dokumentu wystawionego w stosunku do obojga właścicieli, a reguła ta odnosi się do tytułu wykonawczego oraz do nieostatecznej decyzji administracyjnej.

Wnioskodawca w skardze kasacyjnej zarzucił błąd wykładni art. 110 u.k.w.h., wywoływając, że dołączony do wniosku dokument stanowi dostateczną podstawę ustanowienia hipoteki przymusowej również na nieruchomości stanowiącej przedmiot wspólności majątkowej małżeńskiej.

Sąd Najwyższy nie podzielił tego zapatrywania. Uzasadniając postanowienie oddalające skargę kasacyjną, potwierdził istnienie zasady odpowiedzialności majątkiem wspólnym małżonków za zaległości jednego z nich, jako dłużnika z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Zgodnie z tą zasadą dopuszczalne jest obciążenie hipoteką przymusową również nieruchomości stanowiącej przedmiot współwłasności łącznej dłużnika i jego współmałżonka. Normatywną podstawą tej zasady jest art. 26 ust. 2 zdanie pierwsze, art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a pkt 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Podstawę wpisu stanowi doręczona decyzja administracyjna, chociażby nie była ostateczna.

Przed nowelizacją ustawy o księgach wieczystych i hipotece z 2009 r. ukształtowała się praktyka wymagająca:

- do wpisu hipoteki przymusowej zwykłej na nieruchomości wspólnej – dołączenia tytułu wykonawczego przeciwko dłużnikowi i jego małżonkowi,
- do wpisu hipoteki przymusowej kaucyjnej – dołączenia nieostatecznej decyzji administracyjnej stwierdzającej istnienie należności z tytułu składek, doręczonej jedynie dłużnikowi (uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 28 października 2004 r., III CZP 33/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 43). Przyjmowano tam, że wpis hipoteki przymusowej kaucyjnej nie zmienia sfery prawnej małżonka dłużnika.

W nowym stanie prawnym ujednoliconą hipoteka zabezpiecza zarówno wierzytelności istniejące, jak i przyszłe, w tym także warunkowe. Według oceny prawnej Sądu Najwyższego pociąga to za sobą następstwa co do wymagań związanych z jej ustanawianiem. W szczególności: do ustanowienia hipoteki przymusowej na nieruchomości objętej wspólnością majątkową małżeńską. Jeżeli wpis następuje na podstawie tytułu wykonawczego – konieczne jest wydanie tytułu w stosunku do obojga małżonków. Nie ma dostatecznych argumentów przemawiających za tym, aby ustanawiając prawo takiej samej treści na podstawie nieostatecznej decyzji, można było pominąć jej doręczenie obojgu małżonkom. Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że odstąpienie od reguł określonych w uchwale składu siedmiu sędziów z 28 października 2004 r., sygn. III CZP 33/04, wynika ze zmiany stanu normatywnego.

Wykładnia prawa przyjęta w omawianym postanowieniu stanowi kontynuację poglądów prawnych przyjmowanych również w innych orzeczeniach SN z 2013 r. (np. postanowieniach: z 9 stycznia 2013 r., III CSK 69/12, OSNC 2013, nr 7–8, poz. 93 i z 17 kwietnia 2013 r., I CSK 433/12, niepubl.). W uzasadnieniu prezentowanego orzeczenia wskazano, że wypełnienie obowiązku doręczenia przez wierzyciela nie koliduje z ochroną jego interesów, a pozostaje w zgodzie z art. 27c z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1015) w związku z art. 26, 29 § 1 i art. 1a pkt 20 Ordynacji podatkowej).

Utrwalenie się prezentowanej wykładni wymaga zmiany dotychczasowej praktyki Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

CZYNNOŚCI ZARZĄDU I CZYNNOŚCI ZACHOWAWCZE

Wyrok Sądu Najwyższego z 30 października 2013 r., sygn. II CSK 673/12, wskazuje w tezie następujące różnice między odrębnymi instytucjami prawa rzeczowego, tj. czynnościami zarządu i czynnościami zachowawczymi w stosunku współwłasności:

1. Czynności zarządu rzeczą wspólną są czynnościami gospodarowania, natomiast czynności zachowawcze, o których mowa w art. 209 k.c., stanowią metodę ochrony wspólnego prawa, nie wchodzą więc w zakres pojęcia zarządu (art. 199–201, art. 203 i 208 k.c.).

2. Czynność mającą na celu ochronę wspólnego prawa (art. 209 k.c.) może ubezsku-tecznić sprzeciw współwłaścicieli rzeczy wspólnej, nie zaś brak ich zgody na dokonanie czynności zachowawczej.

Analizując podejmowane próby wyjaśnienia różnic między obydwoma pojęciami (zarządu i czynności zachowawczych), Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na trudności stosowania ich w praktyce, na tle sprawy o czynsz wytoczonej przez jednego z „mniejszościowych” współwłaścicieli. Przy tej okazji przypomniał dwa ważne orzeczenia: uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 25 marca 1994 r., III CZP 182/93, OSNC 1994, nr 7–8, poz. 146, przypisującą charakter czynności zarządu także rozporządzaniu przez współwłaścicieli rzeczą wspólną (arg. z art. 199 zd. 1 k.c.), oraz uchwałę siedmiu sędziów z 14 czerwca 1966 r., III CO 20/65, OSPiKA 1966, nr 12, poz. 272, mającą moc zasady prawnej, uwydatniającą gospodarcze przeznaczenie czynszu jako źródła pokrywania pasywów, które są nieuchronne w ramach zarządu stanowiącego ogół czynności gospodarczych i powinny być w ramach prawidłowej gospodarki pokrywane z wpływów, tj. przede wszystkim z czynszu.

Widoczne przenikanie się zakresu obydwu pojęć prawnych na tle konkretnej czynności dochodzenia czynszu przez jednego ze współwłaścicieli (wynikające z uchwały sygn. III CO 20/65 i przyjęte przez sąd apelacyjny w omawianej sprawie) nie może być według oceny Sądu Najwyższego poddane reżimowi prawnemu dotyczącemu sprawowania zarządu, zwłaszcza w zakresie stosowania art. 201 k.c., tj. uzyskiwania zgody większości współwłaścicieli; w takim bowiem wypadku swobodę współwłaściciela ogranicza sprzeciw innego lub wytoczenie odrębnego powództwa (tak w uchwale – zasadzie prawnej).

II. POSTĘPOWANIE CYWILNE

UPADEK ZABEZPIECZENIA

Omawiając („Palestra” 2014, nr 1–2) uchwałę SN z 18 października 2013 r., sygn. III CZP 64/03, zastrzegalem, że z przedstawieniem myśli przewodniej tego orzeczenia należy wstrzymać się do chwili opublikowania uzasadnienia. Przypomnijmy, że w rozpoznawanej sprawie uprawniona uzyskała wyrok zasądający od strony pozwanej żadaną sumę wraz z klauzulą wykonalności. Wcześniej jeszcze uzyskała zabezpieczenie w postaci wpisu hipoteki przymusowej na nieruchomości pozwanej (obowiązanej). Pozwana w terminie (5 lipca 2010 r.) wniosła apelację od wyroku zasądającego. Apelacja ta została niemal dwa lata później odrzucona z powodu nieopłacenia, a w siedem miesięcy później (27 listopada 2012 r.) sąd drugiej instancji oddalił zażalenie pozwanej w przedmiocie odrzucenia apelacji. Po uzyskaniu tytułu wykonawczego wierzycielka

nie złożyła wniosku o egzekucję zasądzonej kwoty, lecz żądała przedłużenia okresu zabezpieczenia. Wniosek ten oddalił sąd okręgowy (właściwy do rozpoznania sprawy), uznając, że zabezpieczenie upadło z mocy prawa 6 sierpnia 2010 r., to jest po upływie miesiąca od uprawomocnienia się wyroku uwzględniającego powództwo.

Sąd apelacyjny, rozpoznając zażalenie wnioskodawczyni (uprawnionej), powziął wątpliwość: „Czy możliwy jest upadek udzielonego zabezpieczenia, w oparciu o art. 754¹ k.p.c., przed datą, w której można stwierdzić prawomocność orzeczenia uwzględniającego roszczenie, które podlega zabezpieczeniu?”. Sformułowanie zagadnienia prawnego rodzi pytanie, którego przepisu dotyczy zagadnienie: art. 754¹ § 1 k.p.c. czy art. 363 § 1 k.p.c. Pierwszy z wymienionych wskazuje jednoznacznie (uprawomocnienie się!) początek biegu terminu upadku zabezpieczenia, drugi natomiast wskazuje przesłankę powstania stanu zwanego „prawomocnością”. Można przypuszczać, że wątpliwości sądu odwoławczego dotyczyły art. 363 § 1 k.p.c.; formułując je, sąd drugiej instancji pominął jednak orzecznictwo dotyczące wpływu tzw. postępowania wadkowego na prawomocność orzeczenia co do istoty sprawy, np. wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 1993 r., I CRN 15/93, OSNCP 1993, z. 11, poz. 205, oraz wyrok z 8 sierpnia 1995 r., II CRN 83/95. W takim wypadku usprawiedliwiona byłaby odmowa podjęcia uchwały ze względu na brak poważnych wątpliwości. Sąd Najwyższy podjął się jednak zadania wyjaśnienia w obszernym uzasadnieniu różnych wariantów fazy uprawomocnienia się wyroku, co wymagało odstępowania od okoliczności niezbędnych do rozstrzygnięcia „sprawy”, tj. zażalenia powódki. Ostatecznie sentencja uchwały została ograniczona do przytoczenia treści art. 754¹ § 1 k.p.c., niewymagającego tak szerokich rozważań.

KLAUZULE UWIERZYTELNIAJĄCE

Postanowienie Sądu Najwyższego z 6 listopada 2013 r., sygn. IVCZ 99/13, oddalające zażalenie profesjonalnego pełnomocnika na odrzucenie apelacji, przypomina reguły obowiązujące także adwokatów odnośnie do sposobu uwierzytelniania odpisów dokumentów składanych w sprawie. W tym wypadku chodziło o odpis pełnomocnictwa bez pełnej klauzuli uwierzytelniającej, tj. bez adnotacji o dacie i miejscu sporządzenia odpisu.

Pełnomocnik wywodził, że złożenie odpisu pełnomocnictwa na posiedzeniu sądu ostatecznie wykazuje, iż w tej chwili i w tym miejscu odpis był już sporządzony. Z zapartywaniem takim nie zgodził się skład orzekający sądu pierwszej instancji (wzywającego do uzupełnienia dokumentu) oraz skład Sądu Najwyższego rozpoznający zażalenie na odrzucenie apelacji. Wskazał, że klauzula uwierzytelniająca stanowi formułę umożliwiającą ustalenie, kto, kiedy i gdzie stwierdził istnienie dokumentu o treści identycznej z przedłożonym odpisem (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 30 listopada 2011 r., III CZP 70/11, OSNC 2012, nr 6, poz. 73 i postanowienie tego Sądu z 20 kwietnia 2012 r., III CZP 13/12, niepubl.). Informacji tych nie może zastąpić odnotowanie w protokole i załączenie do akt sądowych odpisu dokumentu niespełniającego wymagań art. 6 ust. 3 zdanie drugie ustawy o radcach prawnych, ponieważ żadna z tych czynności nie wiąże się z porównywaniem oryginalnego pełnomocnictwa z jego odpisem.

Takie same reguły obowiązują pełnomocników adwokatów na podstawie art. 4 ust. 1b Prawa o adwokaturze dodanego przez art. 3 ustawy z dnia 23 października 2009 r.

o zmianie ustaw w zakresie uwierzytelniania dokumentów (Dz.U. z 2009 r. nr 216, poz. 1676) z dniem 1 stycznia 2010 r.

Wspomniana uchwała sygn. III CZP 70/11 rozstrzygała, że sposób sporządzania przez radcę prawnego poświadczeń odpisów dokumentów za zgodność z okazanym oryginałem, określony w art. 6 ust. 3 zdanie drugie ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, ma zastosowanie również do uwierzytelniania odpisu pełnomocnictwa (art. 89 § 1 k.p.c.). W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że różnicowany charakter prawny nadany poświadczeniu przewidzianemu w art. 129 § 2 i 3 (dotyczącemu dokumentów, na które w piśmie powołuje się strona) oraz w art. 89 § 1 k.p.c. (dotyczącemu pełnomocnictwa procesowego) nie upoważnia do wniosku, że tylko w pierwszym wypadku poświadczenie stanowi realizację uprawnienia przewidzianego w art. 6 ust. 3 ustawy o radcach prawnych, natomiast do uwierzytelniania pełnomocnictw i innych dokumentów wykazujących umocowanie nie ma on zastosowania. W obydwu wypadkach czynność podejmowana przez radcę prawnego (adwokata – przypis mój) dokonywana na potrzeby postępowania cywilnego ma identyczny charakter – jest stwierdzeniem, że odpis lub kopia są zgodne z oryginałem.

Zbigniew Szonert

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

WARUNKI LEGALIZACJI SAMOWOLI BUDOWLANEJ

Rozbieżności w orzecznictwie sądowoadministracyjnym wywołała kwestia, które przepisy o planowaniu przestrzennym należy stosować przy rozpoznaniu sprawy w przedmiocie przymusowej rozbiórki: przepisy obowiązujące w trakcie trwania procesu budowlanego, czy też przepisy obowiązujące w dniu orzekania przez organ administracji.

W związku z powyższym Prokurator Generalny złożył wniosek z dnia 11 lipca 2013 r. o podjęcie przez Naczelnego Sądu Administracyjnego w składzie siedmiu sędziów uchwały mającej na celu wyjaśnienie przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych, poprzez odpowiedź na pytanie:

„Czy przepisy o planowaniu przestrzennym w rozumieniu art. 37 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 października 1974 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 1974 r. nr 38, poz. 229 ze zm.) w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623 ze zm.) to przepisy obowiązujące w dacie realizacji procesu budowlanego, czy też w chwili orzekania przez organ administracji w pierwszej instancji?”

Wyjaśniając przedstawioną wątpliwość prawną, Naczelnego Sądu Administracyjnego w składzie siedmiu sędziów zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 103 ust. 1 Prawa budowlanego z 1994 r. do spraw wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, a niezakończonych decyzją ostateczną, stosuje się przepisy ustawy. Wyjątek od tej zasady wprowadzono w art. 103 ust. 2, który stanowi, że przepisy art. 48 nie stosuje się do obiektów, których budowa została zakończona przed dniem wejścia w życie ustawy lub w stosunku do których przed tym dniem zostało wszczęte postępowanie administracyjne. Do takich obiektów stosuje się przepisy dotychczasowe. Celem wprowadzenia tego przepisu było umożliwienie inwestorom, którzy dopuścili się samowoli budowlanej pod rządami Prawa budowlanego z 1974 r., skorzystania z mniej restrykcyjnych przepisów poprzedniej ustawy w zakresie legalizacji tej samowoli.

Przepisy regulujące sposób likwidacji samowoli budowlanej mają charakter restytucyjny, a nie represyjny. Celem tych przepisów jest wyeliminowanie stanu naruszenia prawa i doprowadzenie do stanu zgodnego z przepisami, a nie ukaranie sprawcy

samowoli. Legalizacja skutków samowoli budowlanej ma więc na celu przywrócenie stanu zgodnego z prawem obowiązującym w dacie tej legalizacji, a nie w dacie realizacji obiektu budowlanego. Trudno bowiem doprowadzać nielegalnie wybudowany obiekt budowlany do stanu zgodnego z prawem, które już nie obowiązuje.

Artykuł 37 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego z 1974 r. jednoznacznie wskazuje, że podstawowym wymogiem legalizacji samowoli budowlanej ustawodawca uczynił zgodność obiektu budowlanego z przepisami o planowaniu przestrzennym. Potwierdza to również treść obecnie obowiązujących przepisów art. 48 i art. 49 Prawa budowlanego z 1994 r.

Wyraził to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 20 grudnia 2007 r. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego potwierdza generalną zasadę, że podstawową przesłanką legalizacji samowoli budowlanej jest zgodność obiektu budowlanego z przepisami z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego obowiązującymi w dacie likwidacji samowoli, a więc w dacie orzekania przez organ administracji.

Skoro samowola budowlana jest zdarzeniem prawnym o charakterze ciągłym, to stosowanie do likwidacji skutków tej samowoli przepisów o planowaniu przestrzennym, które weszły w życie w czasie jej trwania, nie jest retroaktywnym działaniem prawa, lecz jego działaniem retrospektywnym (bezpośrednim działaniem nowego prawa), które uznaje się za dopuszczalne. Potwierdza to również wykładnia art. 103 ust. 2 Prawa budowlanego z 1994 r., w rozumieniu którego „przepisy dotychczasowe”, które należy stosować do likwidacji samowoli budowlanych powstałych przed 1 stycznia 1995 r., to przepisy Prawa budowlanego z 1974 r., a nie przepisy z zakresu planowania i zagospodarowania przestrzennego obowiązujące przed tą datą.

Należy jednak mieć na uwadze, że według przepisów Prawa budowlanego z 1974 r. samowola budowlana nie zawsze wymagała przeprowadzenia działań legalizacyjnych. Przepis art. 37 ust. 1 tej ustawy należy bowiem interpretować z uwzględnieniem innych jej przepisów, a w szczególności regulujących tryb legalizacji samowoli budowlanej. Z treści art. 37 ust. 1 Prawa budowlanego z 1974 r. wynika, że nakaz rozbiórki mógł być wydany na podstawie tego przepisu tylko w przypadku, gdy obiekt budowlany został zrealizowany bez pozwolenia na budowę i na terenie, który zgodnie z przepisami o planowaniu przestrzennym nie był przeznaczony pod zabudowę lub był przeznaczony pod innego rodzaju zabudowę (pkt 1), lub obiekt ten powoduje bądź w razie wybudowania spowodowałby niebezpieczeństwo dla ludzi lub mienia albo niedopuszczalne pogorszenie warunków zdrowotnych lub użytkowych dla otoczenia (pkt 2).

W Prawie budowlanym z 1974 r. samowola budowlana mogła mieć charakter formalny i materialnoprawny. Samowola formalna oznaczała realizację obiektu bez uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, ale zgodnie z przepisami o planowaniu przestrzennym, warunkami technicznymi i zasadami sztuki budowlanej. Do obiektów wybudowanych w ramach takiej samowoli nie miał zastosowania ani przepis art. 37 ust. 1, ani art. 40 Prawa budowlanego z 1974 r. i organ nie miał też podstaw do prowadzenia postępowania administracyjnego na podstawie tych przepisów i wydania decyzji w sprawie likwidacji samowoli budowlanej. W odniesieniu do takich obiektów brak jest podstaw do przyjęcia, że zachodzą warunki nakazania przymusowej rozbiórki z tego powodu, iż na terenie, na którym znajduje się dany obiekt budowlany, wprowadzono po wielu latach zakaz zabudowy lub zabudowy określonego rodzaju.

Również w odniesieniu do obiektów budowlanych wybudowanych bez pozwole-

nia na budowę, zrealizowanych w sposób niesprzeczny z przepisami o planowaniu przestrzennym obowiązującymi w dacie budowy, ale z naruszeniem innych przepisów, głównie przepisów o warunkach technicznych (tzw. samowola materialnoprawna), należy uwzględnić przeznaczenie terenu od daty budowy, jeżeli zakaz zabudowy wprowadzono po wielu latach. Jeżeli przez długi czas dopuszczalna była na danym terenie zabudowa i organy nie podejmowały żadnych działań zmierzających do legalizacji samowolnie wybudowanych tam obiektów, to te okoliczności należy rozważyć przy podejmowaniu decyzji o rozbiórce.

O ile samo zjawisko samowoli budowlanej należy uznać za wysoce naganne, o tyle w przypadku bierności organów administracji, które nie podejmowały żadnych działań zmierzających do legalizacji tej samowoli, podczas gdy stan prawny w zakresie przepisów o planowaniu przestrzennym był przez wiele lat korzystniejszy dla inwestora, interes prawny takiego inwestora zasługuje na konstytucyjną ochronę.

W konsekwencji rozstrzygając przedstawione zagadnienie prawne, należy przyjąć, że przepisami o planowaniu przestrzennym, o których mowa w art. 37 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 października 1974 r. Prawo budowlane w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, są przepisy obowiązujące w dacie orzekania przez organy administracji, z tym że w postępowaniu w przedmiocie nakazania przymusowej rozbiórki należy uwzględnić także przeznaczenie terenu, na którym powstał obiekt budowlany, od daty jego budowy.

W tym stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 15 § 1 pkt 2 p.p.s.a., podjął ww. uchwałę o sygn. II OPS 2/13 z 16 grudnia 2013 r.

AKTA ZAKOŃCZONEGO PROKURATORSKIEGO POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO NIE STANOWIĄ INFORMACJI W ROZUMIENIU USTAWY O DOSTĘPIE DO INFORMACJI PUBLICZNEJ

W toku rozpoznawania skargi kasacyjnej Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 187 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi przedstawił składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości:

„Czy akta zakończonego postępowania przygotowawczego jako zbiór dokumentów stanowią informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 ze zm.)?”

Zagadnienie prawne wyłoniło się przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej Prokuratora Okręgowego w P. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 17 października 2012 r., sygn. akt II SAB/Łd 113/12, w sprawie ze skargi na bezczynność Prokuratora Rejonowego w B. w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej.

Naczelny Sąd Administracyjny, rozpoznając przedstawione zagadnienie prawne, zważył, co następuje.

Postępowanie w sprawie udostępnienia informacji publicznej jest postępowaniem odformalizowanym i uproszczonym, w którym przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego znajdują zastosowanie dopiero na etapie wydania decyzji w trybie art. 16 u.d.i.p. Artykuł 10 ustawy nie określa żadnej formy ani też ram wniosku o udostępnienie informacji publicznej.

Zgodnie z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Prawo do uzyskania tak rozumianej informacji publicznej przysługuje zgodnie z art. 2 ust. 1 u.d.i.p. każdemu. Jednak prawo, którego realizacji domaga się wnioskodawca, musi zostać we wniosku skonkretyzowane.

Zarówno norma konstytucyjna zawarta w art. 61 Konstytucji, jak i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, będący przykładowym wyliczeniem rodzajów takiej informacji, zawierają bardzo ogólne wskazania co do zakresów, których może dotyczyć wniosek rozpoznawany na podstawie art. 10 u.d.i.p.

Dlatego nie można uznać, że prawidłowy jest wniosek o udostępnienie informacji publicznej, jeżeli wnioskodawca nie wskazuje konkretnie określonej informacji, lecz czyni to bardzo ogólnie (np. o stanie spraw, zamierzeniach działań władzy ustawodawczej oraz wykonawczej, stanie państwa).

Żądanie udostępnienia akt sprawy jako całości, także akt zakończonego postępowania przygotowawczego, nie jest więc wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, ale żądaniem udostępnienia określonego zbioru materiałów.

Tak sformułowany wniosek nie wskazuje na informacje publiczne, których udostępnienia domaga się wnioskodawca. Należy przy tym mieć na uwadze, że prawo do informacji dotyczy informacji o sprawie publicznej, a więc informacji o czymś, a nie udostępnienia zbioru materiałów jako takich. Wniosek taki nie zawiera zatem jednego z elementów niezbędnych do jego rozpoznania i nie może być załatwiony na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Należy w tej sytuacji stwierdzić, że żądanie udostępnienia przez prokuratora akt sprawy jako zbioru materiałów dotyczących zakończonego postępowania przygotowawczego nie jest wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 u.d.i.p.

Za takim stanowiskiem przemawiają też konstytucyjne zasady zawarte w art. 30, 32 ust. 1 i art. 47 Konstytucji oraz treść art. 1 ust. 2 u.d.i.p. Ten ostatni przepis stanowi, że przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi. Oznacza to, że przepisów tej ustawy nie stosuje się wtedy, gdy są one nie do pogodzenia z przepisami ustaw szczególnych, które w sposób odmienny regulują zasady i tryb dostępu do informacji publicznej. Przepisami takimi są np. art. 73–74 k.p.a., art. 156 i art. 321 k.p.k., § 94 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. nr 38, poz. 249 ze zm.), art. 525 k.p.c., czy też art. 12a § 2 p.p.s.a. Artykuł 73 § 1 k.p.a. stanowi, że strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Prawo to przysługuje również po zakończeniu postępowania. Organ administracji publicznej może odmówić umożliwienia stronie dostępu do akt lub ich części i na odmowę taką, wydaną w formie postanowienia, służy stronie zażalenie. Z art. 12a § 2 p.p.s.a. wynika, że akta sprawy udostępnia się stronom postępowania i mają one prawo przeglądania akt i otrzymywania odpisów, kopii lub wyciągów z tych akt. Należy uznać, że dotyczy

to akt zarówno toczącego się, jak i zakończonego postępowania. Na mocy § 94 ust. 1 i 2 wskazanego rozporządzenia ministra sprawiedliwości o udostępnieniu akt podmiotom niemającym uprawnień procesowych decyduje przewodniczący wydziału.

Trzeba nadto wskazać, że zgodnie z art. 30 Konstytucji przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i jej ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Poza tym każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji). Ustawa o dostępie do informacji publicznej ma poddać działanie organów władzy publicznej, osób i jednostek organizacyjnych wykonujących zadania publiczne lub gospodarujących mieniem publicznym kontroli społecznej, czynić je bardziej transparentnymi, a tym samym zapewnić prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa obywatelskiego w państwie prawa. Jej celem, ponad wszelką wątpliwość, nie było narażenie obywateli na utratę prywatności i poddanie ich działań i zachowań osądowi „każdego”, kto zechce zapoznać się z aktami sprawy, w której występowali jako strona czy uczestnik postępowania.

W aktach sądowych i aktach postępowań przygotowawczych znajduje się wiele dokumentów i informacji, które udostępnione, nawet po uniemożliwieniu zapoznania się wnioskodawcy z danymi osobowymi, mogą zagrozić naruszeniem praw strony do ochrony jej godności, prawa do prywatności i dobrego imienia.

Wnioskodawca, żądając dostępu do akt sprawy, które jako całość tworzą zbiór materiałów, domaga się w istocie nie udostępnienia informacji publicznej, lecz dostępu do tego zbioru.

Mając wszystko to na uwadze, Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów, na podstawie art. 15 § 1 pkt 3 i art. 264 § 1 i 2 p.p.s.a. podjął następującą uchwałę o sygn. I OPS 7/13 – z 9 grudnia 2013 r.:

„Żądanie udostępnienia przez prokuratora akt sprawy jako zbioru materiałów zakończonego postępowania przygotowawczego nie jest wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 ze zm.)”.

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH PRAWA PRACY

GROŹBA ODEJŚCIA LEKARZY OD ŁÓŻEK

Dzisiaj coraz rzadziej mówimy o opiece medycznej czy o ochronie zdrowia, coraz częściej zaś o branży usług medycznych. Celowo pomijam określenie „służba”, z racji tego, że zwykło się go używać dla uzasadniania niskich wynagrodzeń lekarzy oraz usprawiedliwiania ponadwymiarowych godzin pracy w tej grupie zawodowej. Choć z drugiej strony pojęcie służby trafnie i pięknie wynika z misji zawodu lekarza. Niezależnie jednak od tego, jakiego nazewnictwa użyjemy, bacznie obserwujemy to, co się dzieje w tej dziedzinie, gdyż z oczywistych względów każdy z nas jest nią żywo i zainteresowany. Szczególnie wyczuleni jesteśmy na patologie występujące w tym obszarze. Piszący te słowa zna szpitale, gdzie – uwaga! – koszty pracy wynoszą ponad 80% przychodów z Narodowego Funduszu Zdrowia. Rodzi się natychmiast, wcale nie retoryczne, pytanie: to za ile będziemy leczeni, skoro niespełna 20% musi wystarczyć także na sprzęt, ogrzewanie, lekarstwa itd.

Tak czy inaczej coraz częściej widzimy więc całkowicie odhumanizowaną, nie do zaakceptowania twarz branży usług medycznych, zwanych dawniej opieką medyczną.

W tym miejscu warto przypomnieć art. 68 Konstytucji, gwarantujący każdemu prawo do ochrony zdrowia. W tę konstytucyjną normę i sprzeciw wobec nieprawidłowości ewidentnie wpisuje się wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 2013 r., sygn. akt I PK 292/12, stwierdzający, że groźba „odejścia od łóżek pacjentów” – oznaczająca natychmiastowe zaprzestanie sprawowania opieki nad chorymi (*de facto* pozbawienie ich opieki lekarskiej) – nosi cechy bezprawności. Stosownie do art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. nr 277, poz. 1634 z późn. zm.) lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Tak ustawowo określone obowiązki lekarza dopełniają zasady deontologii lekarskiej ujęte w składanej przysiędze Hipokratesa, w której lekarz zobowiązuje się do służenia zdrowiu i życiu ludzkiemu i niesienia pomocy chorym, oraz uszczegółowione w Kodeksie etyki lekarskiej. Do zasad w tym Kodeksie ujętych odsyła zresztą wprost ustawodawca w art. 4 ustawy o zawodzie lekarza.

Z Kodeksu etyki lekarskiej wynika, że najwyższym obowiązkiem etycznym lekarza jest dobro chorego – *salus aegroti suprema lex esto* (art. 2 ust. 2 zd. 1). Dalej Sąd Najwyższy pisze jak najbardziej słusznie, że mechanizmy rynkowe, naciski społeczne i wymagania administracyjne nie zwalniają lekarza z przestrzegania tej zasady (art. 2 ust. 2 zd. 2). Ponadto lekarz nie może odmówić pomocy lekarskiej w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeśli pacjent nie ma możliwości uzyskania jej ze strony instytucji powołanych do udzielania pomocy (art. 69), a lekarz decydujący się na uczestniczenie w zorganizowanej formie protestu nie jest zwolniony z obowiązku udzielania pomocy lekarskiej, o ile nieudzielenie tej pomocy może narazić pacjenta na utratę życia lub pogorszenie stanu zdrowia (art. 73).

NIEWYKONANIE POLECENIA ORDYNATORA

Pozostając w świecie medycznym, warto odnotować wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2011 r., sygn. akt I PK 152/10, z dwóch istotnych powodów.

Po pierwsze dlatego, że Sąd Najwyższy uznał, iż nieusprawiedliwione niewykonanie przez lekarza polecenia ordynatora dotyczącego leczenia pacjenta stanowi naruszenie obowiązku pracowniczego i uzasadnia wypowiedzenie umowy o pracę. Sąd ten stwierdził jednak również, że pracownik lekarz nie powinien bezkrytycznie wykonywać poleceń przełożonych. W szczególnych przypadkach może to nawet uzasadniać wypowiedzenie umowy o pracę. Nie ulega wątpliwości, że specyfika pracy lekarza może uzasadniać zmianę (niewykonanie) zaleceń ordynatora dotyczących sposobu leczenia pacjenta. Zasadnicze znaczenie zawsze ma bowiem dobro (zdrowie) pacjenta. Pamiętać jednak należy, że to ordynator jest odpowiedzialny za wyniki i sposób leczenia oraz stan zdrowia pacjentów. Jego polecenia dotyczące leczenia mają – co do zasady – charakter wiążący. Niewykonanie takich poleceń stanowi więc naruszenie obowiązków pracowniczych, a tym samym uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia umowy o pracę. Niewykonanie polecenia ordynatora może być uzasadnione przede wszystkim zmianą stanu zdrowia pacjenta oraz innymi okolicznościami natury organizacyjnej czy technicznej.

Po drugie dlatego, że Sąd Najwyższy po raz kolejny przypomniał na kanwie sprawy medyka uniwersalne i ugruntowane zasady dotyczące przyczyn wypowiedzenia umów o pracę.

Sąd powtórzył, że zgodnie z poglądami doktryny i Sądu Najwyższego (wyrok z 6 grudnia 2001 r., I PKN 715/00, „Prawo Pracy” 2002, nr 10, s. 34) wypowiedzenie umowy o pracę stanowi zwykły sposób jej rozwiązania. Przyczyna wypowiedzenia nie musi w związku z tym mieć szczególnej wagi czy nadzwyczajnej doniosłości. Nie oznacza to jednak przyzwolenia na arbitralne, dowolne i nieuzasadnione lub sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wypowiedzenie umowy o pracę. Należy w tym miejscu podnieść, że zgodnie z ugruntowanymi poglądami Sądu Najwyższego wymóg wskazania przez pracodawcę konkretnej przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę nie jest równoznaczny z koniecznością sformułowania jej w sposób szczegółowy, drobiazgowy, z podaniem opisów wszystkich faktów i zdarzeń, dokumentów, ich dat oraz wskazaniem poszczególnych działań czy zaniechań, składających się w ocenie pracodawcy na przyczynę uzasadniającą wypowiedzenie umowy o pracę. Wymóg konkretności może być spełniony poprzez wskazanie kategorii zdarzeń, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, iż szczegółowe motywy wypowiedzenia są pracownikowi znane.

WYKONANIE WYROKU O PRZYWRÓCENIE DO PRACY A KOLEJNE WYPOWIEDZENIE

Podstawowe uprawnienie pracownika wygrywającego sprawę z pracodawcą, polegające na przywróceniu go do pracy przez pracodawcę częstokroć budzi „uzasadniony sprzeciw”, kontrowersje i próbę bezprawnej obrony.

W związku z tym od lat postuluję, aby pracodawców nie uszczęśliwiać na siłę i by mogli oni – w przypadku przegranej z pracownikiem – płacąc oczywiście wyższe niż kodeksowe odszkodowanie, np. równe wysokości rocznego wynagrodzenia, zwalniać się z tego obowiązku.

Tym oczekiwaniom nie wychodzi jednak naprzeciw, z uwagi na nadal obowiązujący stan prawny, ważny wyrok Sądu Najwyższego z 9 maja 2013 r., sygn. II PK 245/12, stanowiący, że przyczyna wypowiedzenia nie może być za bardzo odległa w czasie w stosunku do samego aktu wypowiedzenia. Sąd uznał bowiem, że pomiędzy wystąpieniem przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie definitywne umowy o pracę a dokonaniem z tej przyczyny wypowiedzenia stosunku pracy powinien istnieć rozsądny, adekwatny związek czasowo-przyczynowy. Nadmiernie długi okres od wystąpienia przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie stosunku do powołania jej jako uzasadnienia czynności rozwiązującej stosunek pracy może sprawiać, że przyczyna ta jest już nieaktualna lub nieuzasadniona. W żadnym jednak razie wykonanie prawomocnego wyroku o przywróceniu pracownika do pracy na poprzednich warunkach pracy i płacy nie może polegać na kolejnym wypowiedzeniu reaktywowanego stosunku pracy z powołaniem się na przyczynę znaną pracodawcy przed prawomocnym przywróceniem do pracy, która mogła i powinna być wskazywana przez pracodawcę jako okoliczność sprzeciwiająca się możliwości lub celowości przywrócenia do pracy (art. 45 § 2 k.p.) w poprzedniej prawomocnie osądzonej sprawie o przywrócenie do pracy (art. 366 k.p.c.).

ZAGROŻENIE INTERESÓW PRACODAWCY JAKO PRZYCZYNA ZWOLNIENIA DISCYPLINARNEGO

Wyrokiem z 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt I PK 275/12, po raz kolejny Sąd Najwyższy podkreślił, że interesu pracodawcy nie można sprowadzać do szkód majątkowych oraz interesu materialnego. Pojęcie to obejmuje także elementy niematerialne, jak np. dyscyplina pracy czy poszanowanie przez pracowników majątku pracodawcy, a przy ocenie ciężkości naruszenia obowiązków pracowniczych należy brać pod uwagę dotychczasowy przebieg pracy oraz postawę pracownika. Jednocześnie jednak wyraźnie wskazał, że w przypadku pewnych zachowań, jeśli nie wystąpią wyjątkowe okoliczności łagodzące, nawet jednorazowe naruszenie może być podstawą rozwiązania umowy bez wypowiedzenia. Takim zachowaniem jest kradzież mienia pracodawcy. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, czy kradzież była drobna, czy poważna, skoro nawet przy drobnej kradzieży, która powoduje nieznaczny lub nawet zupełnie nieistotny uszczerbek majątkowy, dochodzi do naruszenia interesu niemajątkowego pracodawcy, polegającego na zapewnieniu poszanowania przez pracowników mienia pracodawcy. Brak stosownej reakcji na takie nawet drobne kradzieże stwarzałby zagrożenie dla funkcjonowania zakładu pracy. W rezultacie stwierdził, że nawet jednorazowa, drobna kradzież przez pracownika mienia pracodawcy uzasadnia rozwiązanie przez pracodawcę umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika (art. 52 § 1 pkt 1 k.p.). Dodał,

że nie należy inaczej, łagodniej oceniać pracownika kradnącego na terenie zakładu pracy mienie niebędące własnością pracodawcy niż pracownika kradnącego mienie będące jego własnością. Mieniem pracodawcy w rozumieniu art. 100 § 2 pkt 4 k.p. jest także mienie, którym pracodawca dysponuje z innych niż własność tytułów prawnych, w tym mienie porzucone na terenie jego zakładu. Nie byłoby też powodu do łagodniejszego traktowania kradzieży dokonanej przez pracownika na terenie zakładu pracy na szkodę kontrahenta pracodawcy, wykonującego usługi na jego rzecz. Przypominał, że pracodawca, w przypadku ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych, jakim jest niewątpliwie kradzież, ma określony margines swobody w ocenie, czy skorzystać z prawa do niezwłocznego rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem, czy też nie.

Przy czym w żadnym razie niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych nie może usprawiedliwiać naruszenie obowiązków przez innych pracowników.

Sąd Najwyższy uznał, że sądy winny wnikliwie badać okoliczności rozwiązania z pracownikiem umowy o pracę i nie mogą się w tym zakresie ograniczać jedynie do ogólnikowego stwierdzenia, że pracodawca szukał pretekstu do zwolnienia członka związku zawodowego.

KRYTERIA DOBORU DO ZWOLNIENIA

Jak najbardziej słusznie Sąd Najwyższy w wyroku z 18 września 2013 r., sygn. akt II PK 5/13, wrócił do poprzedniej, dominującej i ewidentnie prawidłowej linii orzeczniczej, nakazującej już w samym wypowiedzeniu umowy o pracę na czas nieokreślony wskazywanie kryteriów doboru do zwolnienia pracowników zatrudnionych na tych samych (podobnych) stanowiskach pracy.

Inne stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z dnia 7 kwietnia 2011 r., sygn. akt I PK 238/10, pozwalające owe kryteria wskazywać dopiero przed sądem pracy, Sąd w przedmiotowym wyroku uznał za „odosobnione”. Z tym poglądem oczywiście należy się zgodzić, skoro – jak powszechnie wiadomo – zakres kognicji sądu pracy jest ograniczony do przyczyny zawartej w oświadczeniu pracodawcy, takiej, a nie innej jej redakcji. Ponadto adresat pisma pracodawcy – zwalniany pracownik, znając owe kryteria, ma dużo większą możliwość oceny swoich szans przed sądem pracy i w zależności od tej oceny podejmować racjonalną decyzję, czy wszczynać postępowanie odwoławcze. Przedmiotowe orzeczenie ponadto nadal powoduje, że ochrona trwałości stosunku pracy nie jest iluzoryczna.

ZBYT KRÓTKI SIĘDMIODNIOWY TERMIN NA DOCHODZENIE ROSZCZEŃ Z TYTUŁU DYSKRIMINACJI

Wielokrotnie publicznie twierdziłem i podnoszę to po raz kolejny, że siedmiodniowy termin na złożenie przez pracownika odwołania do sądu pracy od wypowiedzenia umowy o pracę jest terminem – w dzisiejszych realiach z oczywistych powodów – kompletnie nie do zaakceptowania.

Wprawdzie wyrok Sądu Najwyższego z 14 lutego 2013 r., sygn. akt III PK 31/12, nie dotyczy wprost tego zagadnienia, ale, jakże słusznie, powołując się na orzecznictwo ETS, zrywa z koniecznością wniesienia roszczenia odszkodowawczego za naruszenie nakazu

równego traktowania w terminie 7 dni od daty doręczenia pisma wypowiedającego umowę o pracę. Sąd Najwyższy pisze, że 7 dni nie pozwala pracownikowi na rozsądne rozważenie, czy był dyskryminowany, i termin ten może rozpocząć bieg, zanim pracownik w ogóle miał możliwość powzięcia wiadomości o tym, że wypowiedzenie było spowodowane przyczynami dyskryminacyjnymi. Chodzi tu zwłaszcza o sytuacje, gdy jako przyczynę wypowiedzenia pracodawca podał okoliczność o charakterze niedyskryminującym, a przyczyna rzeczywista, mająca taki charakter, była początkowo ukryta. Może to dotyczyć dyskryminacji pośredniej (art. 18^{3d} § 4 k.p.), gdy na skutek pozornie neutralnej przyczyny i okoliczności wypowiedzenia występują niekorzystne proporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie rozwiązania stosunków pracy ze znaczną liczbą pracowników należących do grupy wyróżnionej za pomocą zakazanych przyczyn nierównego traktowania (art. 18^{3a} § 1 k.p.). Także skutki dyskryminującego wypowiedzenia umowy w postaci szkody na osobie mogą ujawnić się w późniejszym okresie.

Powyższe rozważania, zdaniem Sądu Najwyższego, prowadzą do wniosku, że dochodzenie przez pracownika roszczeń z tytułu wadliwego wypowiedzenia umowy o pracę (art. 45 § 1 w zw. z art. 264 § 1 k.p.) nie jest koniecznym warunkiem dochodzenia odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. za dyskryminacyjną przyczynę tego wypowiedzenia. Takim stanowisku wypada tylko przyklasnąć.

KIEROWNICTWO I PODPORZĄDKOWANIE W ZLECENIU

Uczestnicy (po stronie podmiotów zatrudniających) rynku pracy, a więc pracodawcy, zleceniodawcy, zamawiający, otrzymali właśnie, wyrokiem Sądu Najwyższego z 11 września 2013 r., sygn. akt II PK 372/12, kolejne istotne wzmocnienie ich pozycji.

Nie od dziś wiadomo, że stałą pracę, nawet przez całe lata, można świadczyć nie tylko w ramach stosunku pracy, ale także na podstawie cywilnoprawnych podstaw zatrudnienia, które to podstawy zdobyły sobie już dawno i definitywnie w polskiej praktyce prawo „pełnego obywatelstwa”.

Dotychczas jednak, jeżeli w relacjach zatrudniająco–zatrudniany była mowa o podporządkowaniu i kierownictwie, od razu elementy te w zasadzie przesądzały o prawnopracowniczej więzi łączącej oba ww. podmioty. Omawiany wyrok stanowi, moim zdaniem, kolejny wyraźny wyłom w postrzeganiu stosunków zatrudnieniowych i ich ewidentną liberalizację. Pokazuje też rolę orzecznictwa Sądu Najwyższego w dopuszczaniu w jeszcze większym zakresie zatrudniania cywilnoprawnego. Dotychczas bowiem wyraźnie widzieliśmy „polecenie” jako typowe dla stosunku pracy, a „wskazówkę” – jako raczej standard w zleceniu.

Sąd Najwyższy podkreślił raz jeszcze, co jest powszechnie akceptowane, że nie obowiązuje prawne domniemanie istnienia stosunku pracy, dodając przy tym, że podporządkowanie zatrudnjącemu nie stanowi przesłanki właściwej tylko stosunkowi pracy. Stwierdził także, że nie jest wystarczający argument zleceniobiorców, że ich praca nie różniła się istotnie od pracy innych zleceniobiorców zatrudnianych przez pozwanego na podstawie umowy o pracę. Nadzór i kierownictwo zatrudniającego nie jest zastrzeżone tylko dla stosunku pracy.

Przypomniał, że cechy zlecenia nie są diametralnie rozbieżne (odległe) z cechami umowy o pracę.

Praca w obu przypadkach ma być wykonywana starannie i w przypadku pracy określonej co do rodzaju (przedmiotu) zlecniodawcy nie można odmówić prawa do kontroli i nadzoru. Innymi słowy, ustawy Kodeks pracy i Kodeks cywilny są równorzędnymi źródłami prawa, stąd prawna definicja stosunku pracy nie oznacza, że wykluczone jest zatrudnienie na podstawie zlecenia. Umowa o pracę i stosunek pracy mają swój rodowód w prawie cywilnym (zobowiązań). Ich odrębność oznacza, że treść zlecenia nie może być taka sama jak stosunku pracy, co nie znaczy, że nie może być zbliżona. W zleceniu mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same, jak w zależności właściwej dla stosunku pracy.

W tym miejscu wypada wyraźnie zaznaczyć, co czyni również Sąd Najwyższy, że każdą sprawę należy oceniać indywidualnie, jednak granica między zleceniem a stosunkiem pracy będzie coraz bardziej płynna i nieostra. Bo, jak rozumiem Sąd Najwyższy, to określony poziom „intensywności” kierownictwa i podporządkowania będzie miał stanowić tę granicę.

Michał Jackowski

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO (listopad 2013–styczeń 2014)

Prawo małżeńskie w orzecznictwie TK

1. Na przełomie listopada i grudnia 2013 r. Trybunał Konstytucyjny wydał dwa istotne wyroki, w których zbadał zgodność przepisów ustaw z konstytucyjnymi wzorcami dotyczącymi ochrony małżeństwa i rodziny¹.

W dniu 26 listopada 2013 r., w sprawie P 33/12, zbadał konstytucyjność art. 71 k.r.o. oraz art. 456 § 3 k.p.c. Przepisy te wyłączają dopuszczalność zaprzeczenia ojcostwa po śmierci dziecka, stanowiąc w szczególności, że wszczęte postępowanie w takim wypadku ulega umorzeniu. Trybunał Konstytucyjny uznał, że takie unormowanie narusza art. 18 i art. 47 Konstytucji RP oraz art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

2. Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że art. 47 Konstytucji gwarantuje każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Przepis ten pozostaje w ścisłym związku w szczególności z art. 18 Konstytucji i powinien być odczytywany w jego kontekście. W myśl art. 18 Konstytucji małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną prawną. Artykuł ten jest podstawą formułowania przez TK konstytucyjnego prawa do prawnej ochrony życia rodzinnego, obejmującego w szczególności odpowiednią ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa jako wartości o szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa. Dodatkowo, w ocenie Trybunału, z Konstytucji można wyprowadzić prawo do ochrony rodzicielstwa, które przysługuje nie tylko rodzicom pozostającym w małżeństwie, ale także rodzicom dzieci pozamałżeńskich².

Pierwszym warunkiem zapewnienia prawnej ochrony rodzicielstwa jest ustalenie faktu rodzicielstwa. Prawna ochrona rodzicielstwa zakłada zatem w pierwszej kolejności prawo rodziców do ustalenia więzów pokrewieństwa z dzieckiem, zgodnie ze stanem rzeczywistym. Prawo to częściowo pokrywa się z prawem dziecka do ustalenia jego pochodzenia biologicznego. Trybunał Konstytucyjny podkreślił również, że kwestia fi-

¹ Oba omówione wyroki nie zostały jeszcze opublikowane w Zbiorze Urzędowym OTK.

² Wyrok TK z 16 lipca 2007 r., SK 61/06, OTK ZU 2007, nr 7/A, poz. 77.

liacji (wywodzenia syna od ojca) jest niezależna od zagadnienia władzy rodzicielskiej i praw rodziców, a ustalenie pochodzenia dziecka nie musi prowadzić automatycznie do powstania po stronie rodziców praw do sprawowania pieczy nad dzieckiem czy ogólnie praw związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej³.

Ochrona rodzicielstwa obejmuje m.in. prawo mężczyzny do ustalenia pochodzenia swojego dziecka pozamałżeńskiego, przy czym konkretyzacja tego prawa należy do ustawodawcy, który ma w tym zakresie szeroką swobodę. Konstytucja dopuszcza ustanawianie ograniczeń tego prawa, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia ochrony innych wartości konstytucyjnych, przy czym ustanowione ograniczenia muszą mieścić się w ramach wyznaczonych m.in. przez zasadę proporcjonalności. Ustawodawca, konkretyzując prawo ojca do ustalenia ojcostwa, musi mieć na uwadze nie tylko jego dobro, ale przede wszystkim dobro dziecka oraz dobro rodziny i małżeństwa. W niektórych sytuacjach może dojść do kolizji tych dóbr. Do ustawodawcy należy zatem staranne wyważenie wszystkich wymienionych dóbr. Dobro dziecka może uzasadniać ograniczenie możliwości ustalenia rodzicielstwa biologicznego.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego prawo do ochrony rodzicielstwa (w tym prawo rodziców do ustalenia ich rodzicielstwa zgodnie ze stanem rzeczywistym) obejmuje także aspekt negatywny, tj. możliwość zakwestionowania istnienia więzów pokrewieństwa między osobami. W kontekście powyższego prawa element ten ma znaczenie nie tylko samoistne, lecz często również związane z tym, że uprzednie zaprzeczenie macierzyństwa lub ojcostwa warunkuje ustalenie macierzyństwa innej kobiety niż wpisana jako matka w akcie urodzenia lub ustalenie ojcostwa innego mężczyzny niż mąż matki dziecka urodzonego w czasie trwania małżeństwa⁴.

Trybunał zaakcentował, że prawo do prywatności jest tak wykładane również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Przepis ten gwarantuje m.in. prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Obejmuje ono w szczególności prawo do tożsamości i osobistego rozwoju oraz prawo do nawiązywania i rozwijania więzi z innymi ludźmi oraz światem zewnętrznym⁵. Ochrona życia prywatnego zakłada m.in. prawo do ustalenia szczegółów swojej tożsamości jako istoty ludzkiej oraz uzyskania odpowiednich informacji w tym zakresie⁶. Sytuacja, w której domniemanie prawne przeważa nad rzeczywistością biologiczną lub prawną, bez względu na ustalone fakty i życzenia osób zainteresowanych i bez żadnych korzyści dla kogokolwiek, jest niezgodna z obowiązkiem zapewnienia skutecznej ochrony dla życia prywatnego i rodzinnego⁷.

Trybunał Konstytucyjny wskazał trzy konstytucyjne zasady dotyczące ustalania pochodzenia dziecka. Po pierwsze, wartością konstytucyjną o szczególnym znaczeniu jest dobro dziecka. Po drugie, z norm konstytucyjnych wynika prawo do prawidłowo

³ Wyrok TK z 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK ZU 2003, nr 4/A, poz. 32.

⁴ T. Smoczyński, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 11 i 126–127.

⁵ Wyroki ETPCz z 6 lutego 2001 r. w sprawie *Bensaid przeciwko Wielkiej Brytanii*, pkt 47, nr 44599/98; z 25 września 2001 r. w sprawie *P. G. i J. H. przeciwko Wielkiej Brytanii*, pkt 56, nr 44787/98 oraz z 28 stycznia 2003 r. w sprawie *Peck przeciwko Wielkiej Brytanii*, pkt 57, nr 44647/98.

⁶ Wyrok ETPCz z 7 lutego 2002 r. w sprawie *Mikulic przeciwko Chorwacji*, pkt 54, nr 53176/99.

⁷ Wyrok ETPCz z 2 czerwca 2005 r. w sprawie *Znamenskaya przeciwko Rosji*, nr 77785/01.

ustalanej filiacji. Relacje rodzinne powinny być kształtowane – co do zasady – zgodnie z istniejącymi więziami biologicznymi. Najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie możliwości jego wychowania w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną. Analiza mechanizmów filiacyjnych, na których tradycyjnie opierają się stosunki rodzinne, wyraża w sposób dość oczywisty tendencję do tego, aby relacje prawne na linii rodzice–dziecko odpowiadały rzeczywistości biologicznej. Po trzecie, ustalenie więzi biologicznych i ukształtowanie stosunków rodzinnych zgodnie z tymi więziami nie jest wartością bezwzględną i dopuszcza ograniczenia podyktowane koniecznością ochrony dobra dziecka i dobra rodziny. W polskim prawie rodzinnym nie respektuje się bowiem bezwzględnie prawa filiacji ojca biologicznego. Mimo że zakłada się zgodność stanu prawnego i tzw. prawdy biologicznej, nie istnieje bezwzględny obowiązek respektowania więzi biologicznej między prawnym ojcem a dzieckiem, przejawiający się np. koniecznością każdorazowo ingerencji w istniejące stosunki rodzinne w razie twierdzenia, iż kto inny jest ojcem biologicznym. Konstytucja dopuszcza ustanawianie ograniczeń prawa do ochrony rodzicielstwa (w tym do ustalenia rodzicielstwa), jeżeli mieszczą się one w granicach wyznaczonych przez zasadę proporcjonalności, a w szczególności gdy są one wprowadzane w imię ochrony dobra dziecka i dobra rodziny⁸.

Na tle tych zasad TK dokonał oceny instytucji zaprzeczenia ojcostwa. Podkreślił, że instytucja ta ma służyć obaleniu domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, przewidzianego w art. 62 § 1 i 2 k.r.o. Ma na celu zapewnienie stabilizacji statusu prawnego nie tylko dziecka, ale i małżonków, oraz doprowadzenie do zgodności stanu prawnego z biologicznym w kontekście stosunków rodzicielstwa. Odpowiada generalnemu postulatowi zgodności stanu cywilnego z tzw. prawdą biologiczną i tym samym respektuje jedno z podstawowych praw człowieka, jakim jest prawo do znajomości własnego pochodzenia⁹.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że regulacja zakazująca zaprzeczenia ojcostwa po śmierci dziecka stanowi nieuzasadnione konstytucyjnie ograniczenie opisanych wcześniej praw. Dążenie do realizacji ustawowej zasady niezmienniania stanu cywilnego po śmierci człowieka, ze względu na osobisty charakter spraw o prawa stanu cywilnego, jest niewspółmierne w stosunku do ingerencji w prawo do ochrony życia rodzinnego, w tym również prawo mężczyzny do ochrony rodzicielstwa. Dochodzi bowiem do konfliktu między dobrem w nich chronionym a interesami matki, męża matki oraz rzeczywistego ojca dziecka. W imię poszanowania ustawowej wartości w postaci definitywnego ustalenia, wskutek śmierci danej osoby, jej stanu rodzinnego i relacji majątkowych ze spadkobiercami, doszło do naruszenia doniosłych wartości konstytucyjnych. W opozycji do pożądanego przez ustawodawcę stanu rzeczy pozostaje donioślejsze konstytucyjne prawo mężczyzny do ustalenia rodzicielstwa zgodnie z rzeczywistością oraz dobro rodziny tworzonej przez matkę zmarłego dziecka i dobro rodziny jego domniemanego

⁸ Wyroki TK z 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK ZU 2003, nr 4/A, poz. 32 oraz z 16 lipca 2007 r., SK 61/06, OTK ZU 2007, nr 7/A, poz. 77.

⁹ T. Smyczyński, (w:) *Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009, t. 2, s. 1273.

ojca. Podkreślił również, że ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie odpowiednich mechanizmów gwarantujących, iż zaprzeczenie ojcostwa zmarłego dziecka będzie się łączyło z koniecznością jednoczesnego złożenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa przez innego mężczyznę albo sądowego ustalenia jego ojcostwa.

Trybunał wyartykułował szerszą myśl, że dalsze utrzymywanie zasady niezmienniania stanu cywilnego po śmierci budzi konstytucyjne wątpliwości¹⁰. Takie rozwiązanie nie służy ochronie żadnych uzasadnionych interesów.

3. Wyrokiem z 3 grudnia 2013 r. w sprawie P 40/12 TK uznał natomiast, że niezgodny z Konstytucją jest art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o krajowym systemie ewidencji producentów, ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności, w zakresie, w jakim nie przewiduje dopuszczalności nadania osobnych numerów identyfikacyjnych każdemu z małżonków, w sytuacji gdy istnieje między nimi rozdzielność majątkowa i posiadają odrębne gospodarstwa rolne. Trybunał przyjął, że przepisy te naruszają art. 18 i art. 32 Konstytucji RP.

Przepis ten ustanawia zasady nadawania małżonkom numeru identyfikacyjnego, niezbędnego do pozyskania niektórych dotacji unijnych. Przepis ten przewidywał, że małżonkom zawsze można nadać tylko jeden numer, wyłącznie dla jednego małżonka. Nie przewidywał możliwości nadania odrębnego numeru, nawet gdy małżonkowie posiadali dwa odrębne gospodarstwa rolne, i to również w sytuacji, gdy w ich małżeństwie panował ustrój rozdzielności majątkowej.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 18 Konstytucji określa cele działalności organów władzy publicznej. Przepis ten z jednej strony stanowi dyrektywę interpretacyjną pozostałych norm konstytucyjnych i ustawowych, nakazującą najpełniejszą realizację zasady ochrony macierzyństwa, rodzicielstwa i małżeństwa. Z drugiej zaś strony art. 18 Konstytucji pełni rolę normy programowej. Jest nadto elementem przyjętej przez ustrojodawcę aksjologii konstytucyjnej¹¹.

Trybunał podkreślił, że wynikający z kwestionowanego przepisu brak możliwości nadania obu małżonkom numerów identyfikacyjnych mógł wpływać na decyzje o niezawieraniu małżeństwa przez osoby, które nie pozostają w związku małżeńskim. Dla osób, które są posiadaczami odrębnych gospodarstw rolnych, korzystniejsze – zwłaszcza z punktu widzenia możliwości ubiegania się o środki finansowe związane z prowadzeniem działalności rolniczej – było pozostawanie poza związkiem małżeńskim. Ponadto kwestionowany przepis prowadził do sytuacji, która zagraża trwałości więzi pomiędzy małżonkami, ponieważ może skłaniać do rozwiązania małżeństwa osoby pozostające w związkach małżeńskich i posiadające odrębne gospodarstwa rolne.

Niekonstytucyjny przepis różnicował sytuację posiadaczy gospodarstw rolnych, którzy pozostają w związku małżeńskim, i posiadaczy, którzy nie pozostają w związku małżeńskim, a także sytuację samych małżonków, z których tylko jedno jest wpisane do ewidencji producentów. Trybunał Konstytucyjny uznał, że to różnicowanie nie pozostawało w bezpośrednim związku z celem przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma. Zostało wprowadzone dla wykluczenia nadużyć polegających na sztucznym

¹⁰ Podobnie wyrok TK z 16 lipca 2007 r., SK 61/06, OTK ZU 2007, nr 7/A, poz. 77.

¹¹ Wyroki TK z: 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04, OTK ZU 2006, nr 4/A, poz. 43 i z 11 maja 2011 r., SK 11/09, OTK ZU 2011, nr 4/A, poz. 32.

dzieleniu majątku małżonków albo składaniu wniosków o pomoc w odniesieniu do jednego gospodarstwa więcej niż jeden raz. Stosowanie go mogło jednak spowodować wyłączenie wsparcia z funduszy przewidzianych w ramach wspólnej polityki rolnej pewnej kategorii rolników pozostających w związku małżeńskim i posiadających odrębne gospodarstwo rolne, ale niewpisanych do ewidencji i z tego powodu pozbawionych statusu producenta rolnego. Nie spełniało zatem wymagań proporcjonalności, skoro efektem obowiązywania kwestionowanego przepisu było wyłączenie pewnej grupy podmiotów z systemów wsparcia. Trybunał nie dostrzegł również wartości konstytucyjnej, której miałyby służyć różnicowanie wprowadzone przez kwestionowany przepis, a nawet przeciwnie, uznał, że jest ono niezgodne z wyartykułowanymi wcześniej wartościami wyrażonymi w art. 18 Konstytucji.

Z wokandy Luksemburga

Tomasz Tadeusz Koncewicz, Anna Podolska

KARTA PRAW PODSTAWOWYCH W SĄDACH POLSKICH¹

Mit, marzenie czy rzeczywistość?

KARTA W EUROPEJSKIM PORZĄDKU PRAWNYM I PRELIMINARIA INTERPRETACYJNE

Minęły cztery lata od wejścia w życie Traktatu z Lizbony², a zarazem nadania Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: Karta)³ mocy równej Traktatom. Nie tylko ranga prawna Karty, ale również jej symboliczny wymiar, odzwierciedlający wspólnotę aksjologiczną państw członkowskich na płaszczyźnie praw człowieka⁴ decydują o wadze tego aktu w unijnej przestrzeni prawnej. Karta została napisana dla obywatela, który dba o swój status. Tym samym może stanowić instrument realizujący marzenie wyrażone na początku lat 90. XX wieku w opinii rzecznika generalnego F. Jacobsa, aby obywatel Unii mógł o sobie powiedzieć: *civis europeus sum*⁵. Skoro uprzywilejowanie Karty polega na tym, że obejmuje ona pewne wartości, które łączy to, że są jednomyślnie akceptowane

¹ Przedmiotem analizy jest jedynie orzecznictwo sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, bez uwzględnienia sądownictwa administracyjnego.

² Dz. Urz. UE C 306/10 z 17 grudnia 2007 r.

³ Kartę uchwalono i podpisano 7 grudnia 2000 r. Podczas szczytu w Lizbonie podpisano ją ponownie z poprawkami i dopiero od tego momentu nabrała ona mocy wiążącej.

⁴ W odniesieniu do używanej terminologii w obszarze prawa unijnego przyjęto niepodzielność w sferze znaczeniowej zwrotów: wolności indywidualne, prawa podstawowe, prawa człowieka, prawa jednostki, prawa indywidualne. Zob. T. Astramowicz-Leyk, *Geneza Karty Praw Podstawowych i jej znaczenie dla wspólnotowego porządku prawnego*, (w:) *Karta Praw Podstawowych. Nowa szansa dla praw człowieka?*, red. W. Waclawczyk, Warszawa 2010, s. 16; A. Gajda, *Zasada poszanowania wolności, demokracji, praw człowieka i podstawowych wolności*, (w:) *Zasady ustrojowe Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2010, s. 191. Szerzej zaś na temat różnic terminologicznych i próby zdefiniowania praw podstawowych zob. F. Jasiński, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 17–29.

⁵ Sprawa C-168/91, *Konstantinidis v. Stadt Altensteig*, [1993] ECR I-1191, s. 1211–1212.

przez wszystkie państwa członkowskie⁶, co umiejscawia je najwyżej w hierarchii wartości wspólnych państwom członkowskim, Karta może być dokumentem uzupełniającym status obywatela Unii Europejskiej i „podróżującym” w ślad za nim⁷.

Lektura Karty pozwala postawić tezę, że Karta jest dokumentem kompromisowym. Dominuje w nim element delimitacji i gwarancji obecnego *status quo*, a nie niekontrolowanej ekspansji i narzucania⁸. Karta ma węższy zakres regulacji *ratione materiae* w porównaniu z EKPC i Konstytucją RP. Z drugiej jednak strony Karta wykracza poza katalog praw fundamentalnych uznanych przez Trybunał Sprawiedliwości, ale nie wychodzi poza potencjalny zasięg *acquis communautaire* w kontekście praw fundamentalnych⁹. Wszystkie prawa zawarte w Karcie są albo uznane w Traktacie, albo należą do wspólnych dla państw członkowskich tradycji konstytucyjnych. Natomiast nie wszystkie prawa fundamentalne zawarte w Traktatach lub należące do tradycji państw członkowskich są odzwierciedlone w Karcie (na przykład wolności gospodarcze). Dlatego Karta zawiera jedynie przykładową listę praw, których przestrzeganie jest zapewnione przez Trybunał, ale nie wyczerpuje praw, które Trybunał jest władny chronić na podstawie art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE) w związku z art. 19 TUE. Na podstawie tzw. klauzul horyzontalnych (Tytuł VII Karty) wzajemną zależność pomiędzy Kartą a innymi źródłami praw człowieka (w tym Konwencją) można przedstawić za pomocą następujących reguł. Zgodnie z art. 52(2) Karty prawa, które nawiązują do¹⁰ Traktatów, są wykonywane na warunkach i w granicach określonych w tych Traktatach. W tym sensie Karta nie dodaje nic nowego, a jedynie spełnia funkcję confirmacyjną, porządkującą i transparentną. Jeśli chodzi o prawa zawarte w Karcie, które nie są oparte na Traktatach, prawa te mogą być wykorzystane i udzielać ochrony, ale tylko w zakresie, w jakim dotyczy to korzystania z kompetencji przez Unię lub państwa członkowskie implementujące prawo unijne. Brak takiego związku powoduje, że prawo zawarte w Karcie ma wymiar czysto polityczny¹¹. Wynika to z faktu, że interpretacja Karty musi pozostawać w zgodzie z delimitacyjnymi i gwarancyjnymi przepisami w niej zawartymi. Z kolei prawa z Karty odpowiadające („*rights which correspond*”) prawom zawartym w Konwencji muszą być interpretowane zgodnie z Konwencją, a poziom ich ochrony nie może zejść poniżej

⁶ Rzecznik Generalny P. Léger w sprawie C-353/99P, *Council v. Hautala*, [2001] ECR I-9565.

⁷ Karta interpretowana jako źródło praw człowieka wpisuje się doskonale w „filozofię *Van Gend en Loos*”. O tym zob. tryptyk poświęcony wyrokowi *Van Gend en Loos*: T. T. Koncewicz, *Van Gend en Loos i 50 lat integracji przez prawo*, „Palestra” 2013, nr 5–6, 7–8 i 9–10.

⁸ Jest to widoczne w wielu miejscach Karty. Posługuje się językiem zarówno negatywnym (gdy podkreśla, w duchu subsydiarności i kompetencji powierzonych, że nie tworzy nowych zadań oraz kompetencji i nie modyfikuje systemu kompetencji już istniejącego), jak i pozytywnym (gdy wskazuje, że przestrzega tożsamości narodowych państw członkowskich, a prawa w niej zagwarantowane są interpretowane w świetle tradycji konstytucyjnych państw członkowskich i orzecznictwa ETPCz). Przede wszystkim już nowy art. 6 ust. 1 akapit 2 TUE podkreśla, że przepisy Karty nie zmieniają w żaden sposób kompetencji Unii określonych w Traktatach. Dalej, art. 6 ust. 1 akapit 3 tegoż podkreśla, że prawa, wolności oraz zasady w Karcie są interpretowane zgodnie z ogólnymi przepisami zawartymi w Tytule VII Karty, z należyty uwzględnieniem wyjaśnień do Karty.

⁹ Szczegółowo K. Lenaerts, E. de Smijter, A. „*Bill of Rights*” for the European Union, (2001) 38 „Common Market Law Review” 273.

¹⁰ Pierwotnie mowa była o „*rights based on*”. Obecna wersja Karty mówi o „*rights recognized by this Charter for which provision is made in the Treaties*”.

¹¹ Tak autorytatywnie K. Lenaerts, E. de Smijter, A. „*Bill of Rights*”, s. 289.

poziomu minimalnego wyznaczonego właśnie przez Konwencję art. 52(3)¹². Z kolei prawa uznane w Karcie, których źródłem są tradycje konstytucyjne wspólne państwom członkowskim, są interpretowane zgodnie z tymi tradycjami.

KARTA I POLSKA

Włączenie Karty do europejskiego porządku prawnego po pewnym okresie hibernacji i oczekiwania jest w doktrynie niejednolicie oceniane¹³. Bez wątplenia jednak jednostki zyskały instrument urzeczywistniający ich prawa i umożliwiający im obronę w obszarze stosowania prawa unijnego¹⁴. Treść aktu w powiązaniu z fundamentalnymi swobodami gwarantowanymi Traktatami, będącymi podstawą funkcjonowania Unii, daje podstawę do twierdzenia, że niezależnie od państwa obowiązuje wspólny, minimalny poziom gwarancji praw podstawowych. Dlatego też tak kontrowersyjne okazało się podpisanie protokołu polsko-brytyjskiego¹⁵. Przyjęcie protokołu było szeroko krytykowane zarówno ze strony polityków, jak i przedstawicieli nauki¹⁶. Zwłaszcza że jego treść, przy uwzględnieniu art. 6 TUE, wywoływała istotne wątpliwości co do rzeczywistego zakresu

¹² Podkreślić należy w tym miejscu, że pomiędzy Kartą a Konwencją zachodzi daleko idąca zbieżność. Karta przejmuje (czasami z pewnymi modyfikacjami językowymi) to, co znajduje się w Konwencji. W ten sposób zachowane jest obecne *status quo*. W zakresie rozbieżności pomiędzy Kartą a Konwencją ta ostatnia jest autorytatywnym wyznacznikiem poziomowi ochrony.

¹³ Spory dotyczą przede wszystkim funkcji, jaką spełnia Karta. E. H. Morawska jej postanowienia traktuje jako wizualizację aksjologii przyjętej przez Unię Europejską, E. H. Morawska, *Konstrukcja normatywna praw podstawowych Unii Europejskiej w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, (w:) *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009, s. 37; A. Gajda wskazuje zaś nowe prawa określone w Karcie, A. Gajda, *Zasada poszanowania wolności*, s. 196–197. W. Tomaszewski powstanie Karty uznaje za ważny etap budowania aksjologii Unii Europejskiej, W. Tomaszewski, *System aksjologiczny Unii Europejskiej – ewolucja i perspektywy rozwoju*, (w:) *Unia Europejska w XXI wieku. Polityczno-prawna wspólnota interesów*, red. R. Riedel, Toruń 2010, s. 115. K. Cymerys podkreśla znaczenie symboliczne aktu, który stanowi agregację wartości, jakimi kieruje się Unia, K. Cymerys, *Aksjologia, idee i zasady ogólne Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, (w:) *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2012, s. 499. K. Masło twierdzi, że zakres ochrony praw ujętych w Karcie musi być szerszy, niż dotychczas przyjmowano w praktyce stosowania Konwencji czy regulacjach przyjętych w państwach członkowskich, w przeciwnym razie jej funkcjonowanie będzie zbędne, K. Masło, *Do wolności i bezpieczeństwa osobistego w karcie praw podstawowych*, (w:) *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, red. C. Mik, K. Gałka, Toruń 2009, s. 277. Część przedstawicieli nauki uważa, że Karta stanowi jedynie wykrystalizowanie i umocnienie istniejących praw, bez wprowadzania czegośkolwiek nowego, zob. X. Groussot, L. Pech, *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, tekst dostępny na stronie: <http://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qa-173-en.pdf> (dostęp: 15 lutego 2014 r.). Z kolei Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej wskazuje, że walorem wpływającym na wagę Karty jest umieszczenie po raz pierwszy w Europie w jednym, wiążącym akcie prawnym praw cywilnych, politycznych, jak również ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych.

¹⁴ Przykładowe zakresienie zakresu stosowania Karty w stosunku do poszczególnych praw znaleźć można w *Sprawozdaniu Komisji ze stosowania Karty Praw Podstawowych UE*, dostępnym na stronie: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/annual_report_2010_pl.pdf (dostęp: 8 lutego 2014 r.).

¹⁵ *Protokół w sprawie stosowania Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa*, Dz. Urz. UE C 306/156 z 17 grudnia 2007 r.

¹⁶ Krytyczne uwagi co do znaczenia protokołu polsko-brytyjskiego zob. X. Groussot, L. Pech, *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, tekst dostępny na stronie: <http://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qa-173-en.pdf> (dostęp: 7 grudnia 2013 r.).

zastosowania. Wydaje się, że jego podpisanie przez Polskę stanowiło manifest niechęci i dystansu do Unii jako wspólnoty przekraczającej wymiar organizacji o znaczeniu czyisto gospodarczym oraz wyrażało ideologiczne eurosceptyczne przekonania ówczesnej partii rządzącej.

Minęły jednak cztery lata, zmieniła się scena polityczna, społeczeństwo przyzwyczało się do „dyktatu Brukseli”. Opadły także emocje związane z uchwaleniem Karty, zwłaszcza dotyczące jej preambuły¹⁷. Problematyczny protokół jednak pozostał i formalnie obowiązuje. Należy jednak rozważyć, czy ma on rzeczywiste znaczenie dla pozycji jednostki i stosowania Karty w Polsce i jak na przestrzeni tych kilku lat kształtowała się praktyka judykatury w tym zakresie¹⁸. Podnoszono, że protokół stanowi zagrożenie dla spójności systemu wartości w obrębie Unii. Potencjalnie umożliwia także dyskryminację jednostek będących na terytorium Polski czy Wielkiej Brytanii. Nie będą one mogły powoływać się na prawa zawarte w Karcie, podczas gdy obywatel polski czy brytyjski na terenie innego państwa członkowskiego może w pełni korzystać z gwarancji nią przyznanych. Z drugiej strony wskazywano, że klauzula *opt out* w powiązaniu z powołanym powyżej art. 6 TUE traci na znaczeniu¹⁹. Wielka Brytania oraz Polska są związane normami traktatowymi, co oznacza zobowiązanie do przestrzegania praw człowieka zawartych w Konwencji oraz wynikających z ogólnych zasad prawa. Oba kraje są ponadto sygnatariuszami Konwencji. Teoretycznie więc zabezpieczenie gwarancji przestrzegania praw człowieka jest wielowarstwowe, a ograniczenia wynikające z protokołu w rzeczywistości nie mogą uzasadniać niższego poziomu ochrony praw podstawowych. Mimo to uznanie, że Karta obowiązuje i może być przez polskie sądy uwzględniana, ułatwiłoby powoływanie się na prawa podstawowe w toku sprawy. Treść protokołu nie daje jednak jednoznacznej odpowiedzi co do jego rzeczywistego wpływu na stosowanie Karty.

Istniejące wątpliwości najlepiej obrazuje wypowiedź Sędziego Naczelnego Sądu Administracyjnego J. Chlebnego, zawarta w kwestionariuszu sporządzonym przez Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union. Sędzia dość enigmatycznie wskazał, że Karta obowiązuje w polskim porządku prawnym, aczkolwiek jej zastosowanie jest ograniczone²⁰. Co więcej, wyjaś-

¹⁷ Szerzej na temat źródeł uregulowanych w Karcie praw, jak również kontrowersyjnego odwołania do religijnego dziedzictwa państw europejskich, zob.: W. Tomaszewski, *System aksjologiczny Unii Europejskiej*, s. 113–124; K. Lankosz, *Europejska przestrzeń prawna u progu XXI wieku*, (w:) *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, red. A. Łazowski, R. Ostrihansky, Kraków 2005, s. 27–33. Odnośnie do sporu co do preambuły Karty zob. L. Gęsiak, *System wartości Unii Europejskiej – Karta Praw Podstawowych*, „Forum Philosophicum” 2002, nr 7, s. 90–93. Zaś o genezie powstania Karty i wpływu elementów politycznych na jej brzmienie zob. także K. Cymerys, *Aksjologia*, s. 494.

¹⁸ W doktrynie od początku istniała dyskusja co do rzeczywistego oddziaływania postanowień protokołu na ochronę praw podstawowych w Polsce i Wielkiej Brytanii, zob. N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 163–164; S. Biernat, *Czy Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej obowiązuje w Polsce?*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 61–77.

¹⁹ Zob. F. C. Mayer, *Schutz vor der Grundrecht – Charta oder durch die Grundrechte Charta? – Anmerkungen zum europäischen Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon*, (w:) *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?*, red. I. Pernice, Baden-Baden 2008, s. 93–97.

²⁰ *The Charter is legally binding in Poland, however, its application will be limited*. Pełny tekst dostępny na stronie: <http://www.aca-europe.eu/colloquia/2012/Poland.pdf> (dostęp: 7 grudnia 2013 r.).

nił, że czasownik „stosuje się” – zawarty w polskiej wersji językowej Karty – podlega autonomicznej egzegezie, rozszerzającej jego językową treść²¹. Powyższa odpowiedź uzasadnia przypuszczenie, że także praktycy nie potrafią jednoznacznie stwierdzić, czy podpisanie protokołu odniosło jakiegokolwiek prawny skutek.

Udzielając odpowiedzi na te same pytania, sir Robert Carnwath – Lord Justice at the Court of Appeal of England and Wales – wskazał, że znaczenie protokołu w brytyjskiej przestrzeni prawnej nie jest dostatecznie wyklarowane²². Istotną wymowę miało więc orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości wydane w trybie prejudycjalnym w sprawie, w którym to orzeczeniu Trybunał wyjaśnił skutki protokołu dla stosowania Karty w Zjednoczonym Królestwie i w Polsce²³. Potwierdzając opinię rzecznika generalnego, Trybunał uznał, że protokół nie wpływa na zobowiązanie do przestrzegania Karty. W wyniku interpretacji aktu dokonanej na podstawie jego motywów uznano treść protokołu za zbieżną z art. 51 Karty. Trybunał rozwiął więc ostatecznie jakiegokolwiek wątpliwości co do obowiązku stosowania Karty nie tylko przez sądy brytyjskie, ale również polskie. Podpisanie protokołu miało zatem bardziej wydzźwięk polityczny, bez przełożenia na rzeczywisty zakres związania Kartą.

Zanim jednak przejdziemy do orzecznictwa sądów polskich, warto kilka słów poświęcić orzecznictwu Trybunału, który dopiero krok po kroku zdobywa pewność w interpretacji i rekonstrukcji Karty.

KARTA W TRYBUNALE

Uwzględnianie postanowień Karty jest niezwykle istotne w postępowaniach sądowych mających związek z prawem unijnym. Adresatami Karty są przede wszystkim organy, instytucje i jednostki organizacyjne Unii, co ma głównie znaczenie w procesie tworzenia prawa. Biorąc jednak pod uwagę zakres kompetencji Unii w sferze współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, polityki celnej, imigracji, azylu czy walki z terroryzmem – zastosowanie regulacji Karty jest bardzo istotne²⁴. Przy uwzględnieniu zaś okoliczności, że celem Unii jest harmonizowanie poszczególnych rozwiązań w ramach postępowań krajowych, zaś organy, instytucje czy jednostki organizacyjne Unii nie mają kompetencji do wydawania aktów o charakterze indywidualno-konkretnym, gwarancje zawarte w Karcie odnoszą się przede wszystkim do organów państw członkowskich. Szczególnie istotne znaczenie Karta ma przede wszystkim w mechanizmach współpracy sądowej dotyczącej migracji orzeczeń, zwłaszcza że obecnie dąży się do budowania nowych instytucji ułatwiających ob-

²¹ *Article 51 para 1 has an autonomous meaning and must not be limited to the application of the general norms but should cover also „making national laws”, i.e. issuing general norms. He also indicates that this notion embraces not only implementation of the Union Law but also applicability national law in the „context of the UE law”.*

²² *Response from the United Kingdom to ACA – Europe questionnaire on the Charter of Fundamental Rights*, tekst dostępny na stronie: <http://www.aca-europe.eu/colloquia/2012/UK.pdf> (dostęp: 7 grudnia 2013 r.).

²³ Wyrok Trybunału w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10 N.S. przeciwko *Secretary of State for the Home Department* (C-411/10), M.E. i inni przeciwko *Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform* (C-493/10), orzeczenie dostępne na stronie: www.curia.europa.eu

²⁴ Zob. K. Masło, *Do wolności*, s. 242.

rót prawny z zagranicą. W zakresie zaś już istniejących mechanizmów obserwuje się stały wzrost spraw z elementem obcym. Zarówno więc postępowanie krajowe w pierwotnej sprawie, jak i postępowanie w państwie uznania lub wykonania orzeczenia powinno spełniać gwarancje ochrony praw podstawowych. W perspektywie europejskiej trend umacniania znaczenia praw człowieka wynikających z Karty w postępowaniach krajowych przekłada się na liczbę pytań prejudycjalnych odnoszących się do treści i zakresu stosowania Karty, a co za tym idzie – na aktywność Trybunału w tym obszarze. W roku 2010 sądy krajowe skierowały 18 takich pytań, w 2011 – 27, zaś w 2012 – 41²⁵. Również liczba orzeczeń, w których Trybunał odwołał się do Karty w uzasadnieniu, systematycznie wzrasta – z 27 w 2010 r. do 42 w 2011 r. i 87 w 2012 r. Priorytetowe znaczenie mają przy tym gwarancje dotyczące wymiaru sprawiedliwości. Prawo do skutecznego środka prawnego jest najczęściej przywoływane w orzecznictwie Trybunału dotyczącym Karty – w 2011 r. wymieniono je w jednej trzeciej tych orzeczeń²⁶.

KARTA W SĄDZIE POLSKIM

Dotychczasowa praktyka polskich sądów stoi jednak w opozycji do wskazanego nurtu. Dość nieśmiało odnoszą się one do postanowień Karty, raczej nie zauważając jej regulacji. Liczba orzeczeń, które w ogóle wskazują na istnienie tego aktu, jest dość skromna. Jedynie zaś nieliczne z nich uwzględniają Kartę jako podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś wyłącznie informacyjny element uzasadnienia. W rzeczywistości więc oddziaływanie jej gwarancji na kształt postępowania i jego zakończenie jest nikłe. Nie jest jednak jednoznaczne, czy jej pomijanie wynika z wciąż istniejącego eurosceptycyzmu polskich sądów (o czym świadczy także liczba pytań prejudycjalnych skierowanych przez polskie sądy do Trybunału), braku świadomości możliwości stosowania Karty czy z ogólnej niechęci do odwoływania się do praw podstawowych²⁷.

Przykład promowania praw podstawowych powinien iść „z góry” – od sędziów będących autorytetami w interpretacji i stosowaniu prawa. Stanowisko Sądu Najwyższego w stosunku do Karty jest jednak bardzo wstrzemięźliwe²⁸. Jak dotąd jedynie kilkakrotnie

²⁵ Zob. *The European Union as a Community of values: safeguarding fundamental rights in times of crisis. Annual Report*, tekst dostępny na stronie: http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012-focus_en.pdf (dostęp: 8 grudnia 2013 r.).

²⁶ *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Sprawozdanie ze stosowania Karty praw podstawowych UE za 2011 r.*, tekst dostępny na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0169:FIN:PL:PDF> (dostęp: 12 grudnia 2013 r.).

²⁷ Dotychczas wniesiono 63 pytania prejudycjalne, które w większości sformułowane były przez sądy administracyjne.

²⁸ Wobec wejścia w życie Traktatu z Lizbony traci na aktualności wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2005 r. w sprawie III PK 83/04, orzeczenie dostępne na stronie: www.sn.pl, oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 8 czerwca 2004 r., sygn. akt II KZ 27/04, Legalis 102858, postanowienie Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2005 r., sygn. akt I CK 834/04, Legalis 89812, w których wskazano, że regulacje Karty nie są bezpośrednio skuteczne, a więc jednostki nie mogą się na nie powoływać, prawa te nie mogą być także podstawą oceny zgodności prawa krajowego z przyjętymi standardami ochrony praw człowieka.

w uzasadnieniu odniósł się on do postanowień tego aktu, i to głównie w celu poparcia swojego rozstrzygnięcia.

Po raz pierwszy Sąd Najwyższy odwołał się do Karty w wyroku z 14 kwietnia 2010 r.²⁹, tak więc stosunkowo szybko po wejściu w życie Traktatu z Lizbony. Zdawkowo odniósł się on do Karty i wskazując jej art. 47 oraz zasadę ogólną prawa unijnego ochrony praw podstawowych, uzasadnił konieczność uwzględniania w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej gwarancji oskarżonego w postępowaniu karnym. Z kolei w wyroku z 7 lipca 2011 r. Sąd Najwyższy powołał się na zasadę ogólną prawa ochrony praw podstawowych i art. 47 Karty w kontekście interpretacji przepisów prawa krajowego implementujących przepisy dyrektywy w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej³⁰. Znowelizowana dyrektywa dopuszczała nakładanie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dotkliwych kar finansowych³¹. Wykładnia dokonana przy uwzględnieniu prawa do rzetelnego postępowania uniemożliwiła pogorszenie sytuacji przedsiębiorcy i zdeterminowała konieczność stosowania przepisów interpretowanych na podstawie treści dyrektywy sprzed nowelizacji.

W obu przypadkach odwołanie do Karty uzasadnione było stosowaniem przepisów implementujących prawo europejskie. W uchwale z 29 października 2012 r. Sąd Najwyższy powołał w uzasadnieniu Kartę – w sprawie, która nie miała związku z prawem unijnym³². Pytanie prawne zostało skierowane w toku postępowania karnego, dotyczącego obrazy uczuć religijnych w trakcie występu artystycznego poprzez znieważenie przedmiotu czci religijnej. Sąd Najwyższy, rozstrzygając, czy przestępstwo z art. 196 k.k. można popełnić, jedynie działając w zamiarze bezpośrednim, czy także w zamiarze ewentualnym, wskazał kluczowe akty regulujące wolność religijną, wolność wyrażania opinii oraz możliwość ograniczania praw podstawowych.

W każdej sprawie Sąd Najwyższy regulacje Karty umieszczał obok norm umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, zwłaszcza Konwencji. Traktował je raczej jako inspirację dla swojego stanowiska, nie zaś jako akt, który jest rzeczywistą i konkretną podstawą orzeczenia. Z drugiej jednak strony Sąd Najwyższy nie odnosi się w ogóle do protokołu polsko-brytyjskiego, pomijając fakt jego podpisania.

W podobnym duchu orzekają sądy powszechne. Liczba orzeczeń, w których odniósł się do Karty, jest równie „imponująca”. W większości przypadków odwołanie do tego aktu jest czysto formalnym zabiegiem uzupełniającym orzeczenie o normy prawa ponadnarodowego. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 19 stycznia 2012 r. odwołał się do gwarantowanej także Kartą ochrony zdrowia oraz życia³³. Z kolei w postanowieniu

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SK 1/10, orzeczenie dostępne na stronie: www.sn.pl

³⁰ Dyrektywa 2002/20 Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L 108 z 24 kwietnia 2002 r.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2011 r., sygn. akt III SK 52/10, orzeczenie dostępne na stronie: www.sn.pl

³² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt I KZP 12/11, orzeczenie dostępne na stronie: www.sn.pl

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt I ACa 1337/11. Wszystkie powołane w tekście orzeczenia sądów powszechnych dostępne są na stronie: www.orzeczenia.ms.gov.pl

Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 17 kwietnia 2013 r. uwzględniono wymóg humanitarnego traktowania skazanych³⁴. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 19 kwietnia 2013 r. powołał się zaś na prawo do zabezpieczenia społecznego³⁵. Żadna ze spraw nie miała elementu transgranicznego uzasadniającego stosowanie Karty, z drugiej jednak strony jej powołanie miało jedynie charakter informacyjny.

Na tym tle wyraźnie wyróżnia się stanowisko Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 5 grudnia 2013 r., wydane w sprawie I Acz 1479/13. W tym przypadku Karta Praw Podstawowych stanowiła rzeczywistą i istotną podstawę rozstrzygnięcia. Co więcej, Sąd Apelacyjny regulacje Karty potraktował nie jako ogólną gwarancję wymagającą konkretyzacji w przepisach ustawowych, ale jako normę bezpośrednio kształtującą postępowanie krajowe.

Sąd odwoławczy uchylił postanowienie sądu pierwszej instancji odrzucające zażalenie. Przyczyną odrzucenia było wniesienie środka odwoławczego po terminie. W rzeczywistości został on złożony we właściwym czasie w niemieckim urzędzie pocztowym, jednak doręczono go po upływie przepisane siedmiodniowego terminu. Głównym motywem rozstrzygnięcia był art. 47 Karty. W stanie prawnym stosowanym przez sąd odwoławczy obowiązywał art. 165 § 2 k.p.c. w brzmieniu sprzed nowelizacji, a więc uniemożliwiający oddanie pisma w odpowiedniej placówce pocztowej w innym państwie członkowskim dla zachowania terminu. Sąd uznał jednak, że wskazany przepis był sprzeczny z art. 1 ust. 1 Rozporządzenia 1393/2007³⁶, interpretowanym zgodnie z wykładnią dokonaną przez Trybunał w sprawie C-215/11, oraz niezgodny z gwarancją rzetelnego procesu³⁷. W związku z tym nie należało go w takim kształcie stosować. Mimo pewnych braków w przyjętej terminologii oraz uznania, że Unia związana jest Konwencją, stanowisko Sądu należy w pełni podzielić. Prawa podstawowe zawarte w Karcie oraz Konwencji były bezpośrednią i wyraźnie wskazaną podstawą rozstrzygnięcia. Regulacje Karty zostały zauważone przez sędziów, właściwie zinterpretowane i odpowiednio zastosowane dla dobra uczestników postępowania. Ponadto odwołano się do orzecznictwa Trybunału z Luksemburga i Strasburga, co tym bardziej przemawia za godną pochwałą otwartością Sądu i umiejętnością szukania argumentów wynikających nie tylko z przepisów krajowych.

Z analizy orzecznictwa wynika, że protokół w rzeczywistości nie ma wpływu na stosowanie i obowiązywanie postanowień Karty. Martwić jednak może stosunek do Karty Praw Podstawowych. Po pierwsze, jest ona niezwykle rzadko zauważana przez sędziów. Po drugie, postanowienia tego aktu wykorzystywane są jedynie jako element uzasadniający, co najwyżej inspirujący treść orzeczenia. Powołuje się na nią przeważnie w sąsiedztwie innych aktów służących ochronie praw człowieka, przede wszystkim Konwencji. Gwarancje zawarte w Karcie traktowane są jako ogólniki bez konkretnej treści, mogącej być podstawą judykatu. Wydają się zbyt patetyczne dla orzeczenia rozstrzyga-

³⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt II AKzW 665/13.

³⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt III AUa 208/13.

³⁶ Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, Dz. Urz. UE L 324 z 10 grudnia 2007 r.

³⁷ Wyrok Trybunału z 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-215/11 *Iwona Szyrocka przeciwko SiGer Technologie GmbH*, orzeczenie dostępne na stronie: www.curia.europa.eu

jącego „przyziemne” sprawy. Odnieść można wrażenie, że sądy boją się bezpośredniego odwołania do praw człowieka. Może rezerwują je dla spraw ich zdaniem najwyższej rangi, cokolwiek miałyby to znaczyć, pomijając okoliczność, że dla większości stron procesowych ich indywidualna sprawa jest tą priorytetową. Prawa wynikające z Karty uznawane są za wzniosłe hasła, które co prawda mają znaczenie dla systemu, jednak dla urzeczywistnienia i oddziaływania na przebieg procesu potrzebują wykonujących je aktów prawa wewnętrznego³⁸. Stawia to strony procesowe w niekorzystnej sytuacji, zwłaszcza że zarzuty odnoszące się do praw fundamentalnych, a oparte jedynie na aktach prawa unijnego lub międzynarodowego, są często przez nie powoływane³⁹. Tymczasem większość praw zawartych w Karcie ma bezpośrednie zastosowanie w każdej sprawie, która ma jakikolwiek związek z prawem unijnym. Wskazany związek może być przy tym bardzo luźny, co potwierdza także orzecznictwo Trybunału. W sprawie C-279/09 niemiecka spółka wniosła powództwo w celu pociągnięcia do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa z powodu naruszenia prawa Unii⁴⁰. W toku postępowania odmówiono powodowi prawa do pomocy prawnej z urzędu, mimo że niemieckie prawo przewidywało w tego typu sprawach przymus adwokacki. Trybunał oceniał, czy niemieckie przepisy proceduralne dotyczące przesłanek ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika dla osób prawnych nie naruszają gwarancji wynikających z Karty. Mimo więc braku bezpośredniego stosowania prawa unijnego w aspekcie proceduralnym Trybunał uznał się za kompetentny – a gwarancje Karty muszą zostać uwzględnione w postępowaniu krajowym. Z drugiej jednak strony związek ten nie może być tylko potencjalny, jak w sprawie *Anton Winkow przeciwko Naczelnik Administrativno-nakazatelna dejnost*. Oskarżony uzasadniał związek z prawem Unii, a przez to konieczność stosowania Karty, okolicznością, że odebranie mu prawa jazdy za punkty karne uniemożliwi mu jazdę po innych krajach członkowskich⁴¹. Trybunał uznał jednak pytanie za niedopuszczalne ze względu na brak związku z prawem unijnym.

Ze względu na wzmożoną mobilność społeczeństwa europejskiego, generującą intensyfikację sądowego obrotu międzynarodowego, zwiększa się liczba spraw z elementem unijnym. W takich wypadkach konieczne jest stosowanie regulacji Karty do postępowań krajowych, niezależnie od gwarancji wynikających z aktów wewnętrznych. Istnieją także głosy opowiadające się za jeszcze głębszą integracją w obszarze praw podstawowych – G. Dannecker dostrzega wręcz niezbędność rozszerzenia uprawnień Trybunału do oceny także krajowych procedur w postępowaniach, które nie mają związku z prawem unijnym. Pozwoliłoby to uniknąć różnic w stosowaniu minimalnych standardów proceduralnych i zapobiegałoby niejednolitości orzeczniczej. Dotyczy to przede wszystkim

³⁸ Zob. powołane powyżej postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, sygn. akt II AKz w 665/13 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 24 września 2009 r., sygn. akt II KK 170/09, *Legalis* 453346.

³⁹ Abstrahując od zasadności podnoszonych zarzutów, należy stwierdzić, że strony często podnoszą regulacje Karty dla obrony swojego stanowiska, zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2007 r., sygn. akt IV KK 82/07, R-OSNKW 2007, poz. 2610, *Lex Omega* 450805; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 23 października 2012 r., sygn. akt III AUa 169/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 14 marca 2013 r., sygn. akt III AUa 86/13.

⁴⁰ Wyrok Trybunału z 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-279/09 *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, zbiór orzeczeń 2010 I-13849.

⁴¹ Wyrok Trybunału z 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-27/11 *Anton Winkow przeciwko Naczelnik Administrativno-nakazatelna dejnost*, dotychczas niepublikowany.

gwarancji niewynikających wprost z Konwencji⁴². Założenie takie jest uzasadnione, zwłaszcza że pozornie „czysto krajowa” sprawa może stać się „unijną” choćby poprzez zmianę miejsca zamieszkania jednej ze stron.

Ostatecznie jednak to od krajowego wymiaru sprawiedliwości zależy umiejscowienie Karty w wewnętrznym porządku prawnym. Dlatego też obowiązywanie Karty w dziedzinach niezwiązanych bezpośrednio z integracją wynika już teraz z orzecznictwa niektórych kompetentnych organów państw członkowskich. Judykaty sądów państw Unii wskazują, że sędziowie odwołują się do Karty, uzasadniając swoje stanowisko, również gdy niekoniecznie istnieje związek z prawem Unii⁴³. Zdarza się, że Karta stanowi wprost podstawę rozstrzygnięcia. Pod tym względem na szczególne wyróżnienie zasługuje stanowisko austriackiego Trybunału Konstytucyjnego. W 2012 r., badając zgodność przepisów z Konstytucją, wydał on przełomowe orzeczenie dotyczące Karty⁴⁴. Uznał on bardzo szczególną rolę Karty w ramach systemu prawnego Unii oraz podkreślił jej odmienny charakter w porównaniu ze zbiorem praw i przepisów, które Trybunał wypracowywał na przestrzeni lat. Przyjął pogląd, że Karta stanowi podstawę zaskarżenia w postępowaniach wszczynanych przed austriackim Trybunałem Konstytucyjnym, w celu przeprowadzenia kontroli sądowej krajowego ustawodawstwa – a zatem podmioty indywidualne mogą powoływać się na prawa i przepisy uznane w Karcie, gdy podnoszą niezgodność z prawem ustawodawstwa krajowego. Austriacki Trybunał Konstytucyjny dostrzegł wyraźne podobieństwa między rolą, jaką Karta odgrywa w systemie prawnym Unii, a rolą, jaką odgrywa Konwencja, która ma w Austrii moc prawa konstytucyjnego. Orzeczenie jest istotnym elementem w budowie kultury praw podstawowych w obszarze Unii. Sędziowie potrafili spojrzeć na sprawę z szerszej perspektywy, rozstrzygając nie tylko konkretny problem, lecz także tworząc rozwiązanie systemowe. Dali oni przykład, że prawotwórcza kompetencja sądów wynika przede wszystkim z dostrzeżenia funkcji, nie zaś tylko z suchej treści przepisu. Wyrok podkreśla wagę Karty i daje asumpt do szerszego, niż wynika z jej regulacji, zakresu stosowania tego aktu.

KARTA, SĄD I ŻYCIE NA GRANICY

Orzecznictwo sądów polskich pozwala postawić tezę, że sądy sięgają po Kartę nadzwyczaj rzadko i jedynie jako element uzasadnienia, bez bezpośredniego wpływu

⁴² G. Dannecker, *Europäische Grundrechtsstandards bei der Verhängung repressiver Sanktionen: Verfahrensfairness und Beweisverbote im Recht der Europäischen Union*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 203–204.

⁴³ Zob. przypis 45 poniżej.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawach U 466/11 i U 1836/11 z 14 marca 2012 r., treść orzeczenia dostępna na stronie http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/9/6/0/CH0006/CMS1353421369433/eu-grundrechte-charta_u466-11.pdf (dostęp: 15 lutego 2014 r.). Rozstrzygnięcie austriackiego Trybunału Konstytucyjnego politycy unijni przyjęli z entuzjazmem, określając je mianem „austriackiego modelu inkorporacji Karty”. Zob. wystąpienie Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner Observations Viviane Reding na XXV Kongresie FIDE w 31 maja 2012 r. w Tallinie – *I would hope that this „Austrian model of Charter incorporation” might also be taken up by other constitutional courts – because it allows for an effective, decentralised application of the Charter within the national constitutional orders*. Tekst dostępny na stronie http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_en.htm (dostęp: 7 grudnia 2013 r.).

na treść rozstrzygnięcia. Można odnieść wrażenie, że sądy nie dostrzegają możliwości oparcia orzeczenia wprost na prawach podstawowych, które nie są skonkretyzowane w przepisach ustawowych. Traktują je jako górnolotne hasła, zbyt patetyczne i niedookreślone. Tymczasem większość regulacji wynikających z Karty, podobnie jak z Konwencji, należy stosować bezpośrednio i przy uwzględnieniu orzecznictwa Trybunału w Strasburgu oraz Luksemburgu. Konieczna jest jednak zmiana postrzegania praw podstawowych. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku daje nadzieję, że postawa sądów może ewoluować⁴⁵.

Chodzi o dostrzeżenie, że Karta stanowi wprawdzie nowy element, ale wpisuje się w już istniejące, skomplikowane otoczenie, w którym wielość sądów zapewniających ochronę praw człowieka nie jest postrzegana jako wada systemu, ale wprost przeciwnie – jako jego atut. Jednostka znajduje się w sytuacji, którą istotnie można przyrównać do życia na „granicy systemów”⁴⁶. Jej aktywność nie jest wyznaczona tylko i wyłącznie przez jedną przestrzeń życiową, ale zmusza do ciągłej zmiany i dokonywania wyborów optymalizujących standard własnego życia i swój los. Dotyczy to także wyboru przestrzeni, w obrębie której będziemy dochodzić przestrzegania swoich praw podmiotowych. Konkurencja praw i zasad, często nawet niejasności w przeprowadzeniu linii granicznej pomiędzy nimi, są nieodzownym elementem tej nowej rzeczywistości, a prawnicy nie powinni za wszelką cenę dążyć do definicyjnej racjonalizacji. Dopiero orzecznictwo, na tle konkretnych kontrowersji, powinno zmierzać w kierunku wyjaśnienia tego, co politycy świadomie zostawili sędziom do sprecyzowania i dookreślenia. Rezultat może być oczywiście różny, ale nie zmienia to faktu, że w ostateczności o kształcie i roli Karty zawsze zadecyduje sąd wspólnotowy, nie tylko ten luksemburski, ale także krajowy. Warto o tym pamiętać i oczekiwać od polskiego sądu, że powołując i interpretując Kartę, dowiezie, iż dumny tytuł „wspólnotowy sąd wyposażony w jurysdykcję o charakterze generalnym” to nie tylko elegancka figura orzecznicza, ale przede wszystkim olbrzymie zobowiązanie wobec obywateli, którzy przed tym sądem chcą uzyskać efektywną ochronę swoich praw podmiotowych. Próbujemy więc zająć stanowisko wobec pytania postawionego w tytule, nasza odpowiedź na dzisiaj brzmiałaby: „na pewno już nie mił i marzenie, ale jeszcze nie do końca rzeczywistość”.

⁴⁵ Z tej perspektywy na szczególną uwagę zasługuje zawisła w Trybunale sprawa C-28/14, *Ryszard Pańczyk v. Dyrektor Zakładu Emerytalno-Rentowego MSWiA*, przekazana w trybie prejudycjalnym przez Sąd Okręgowy w Częstochowie. W tej sprawie Sąd zadał Trybunałowi pytania w przedmiocie interpretacji m.in. art. 1 Karty (godność) w kontekście preambuły i przepisów ustawy z 23 stycznia 2009 r. (tzw. ustawa dezubekizacyjna). Uzasadnienie przez Sąd Okręgowy postanowienia o przekazaniu pytań w tej sprawie wydaje się być jak dotąd najwyszczególniejszym i najbardziej pogłębionym wykorzystaniem Karty przez sąd polski.

⁴⁶ Termin za: S. Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis*, (2006) 43 „Common Market Law Review” 629, s. 664.

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY PODMIOT ODPOWIEDZIALNY ZA SZKODĘ ZAWSZE MOŻE SKUTECZNIE POWOŁAĆ SIĘ, W CELU UNIKNIĘCIA BĄDŹ ZMNIEJSZENIA ROZMIARU SWEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI, NA TZW. PRZYCZYNĘ REZERWOWĄ, CZYLI TAKĄ OKOLICZNOŚĆ, KTÓRA SPOWODOWAŁABY POWSTANIE USZCZERBKU NIEZALEŻNIE OD ZACHOWANIA OWEGO PODMIOTU?

Przez dziesięciolecia dominował w polskim orzecznictwie nurt całkowicie wykluczający powoływanie tak zwanej *causa superveniens*, czyli rezerwowej przyczyny szkody. W ostatnim czasie jednak zaczęto w judykaturze coraz częściej dopuszczać stosowanie takiej konstrukcji – co należy odnotować z aprobatą. Posługiwanie się nią wymaga jednakże dużej precyzji.

Najnowsza linia orzecznicza potwierdza przydatność w polskim porządku prawnym – i niesprzeczność z nim – konstrukcji przyczynowości rezerwowej jako oddziałującej na rozmiar szkody i legalnego zachowania alternatywnego jako wpływającego na odpowiedzialność sprawcy. Dokładniejszą zaś instrukcję przykładania tego pojęcia do stanów zdarzających się w praktyce zawiera wyrok siedmioosobowego składu Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2013 r., o sygnaturze I CSK 404/11. Teza podawana w programach informacji prawnej mogłaby wprawdzie sugerować stosunkowo wąski zasięg znaczenia tego orzeczenia, jednak wywody uzasadnienia noszą charakter zdecydowanie uniwersalny. Dlatego też kanwa sprawy, którą w ramach postępowania ze skargi kasacyjnej rozpatrzył Sąd Najwyższy w powiększonym składzie, oraz wynikła z niej teza powinny być traktowane tylko jako przykład traktowania konstrukcji przyczyny rezerwowej.

W tym konkretnym postępowaniu powódki domagały się od Skarbu Państwa odszkodowania za niekorzystne dla nich skutki majątkowe wynikłe z odmowy przyznania im w 1954 r. prawa własności czasowej do gruntu na terenie Warszawy. Negatywna decyzja administracyjna podjęta na mocy art. 7 tak zwanego dekretu warszawskiego została w 2004 r. w trybie nadzorczym uznana za wydaną z rażącym naruszeniem prawa. Samorządowe kolegium odwoławcze wydało takiej treści orzeczenie, ponieważ nie było możliwe unieważnienie wadliwej decyzji z 1954 r., jako że wywołała ona nieodwracalne skutki prawne.

Przedmiotowy grunt został w początkach lat 60. XX w. oddany w wieczyste użytkowanie jednej z warszawskich spółdzielni mieszkaniowych i do dziś spółdzielnia ta zachowuje doń uprawnienia użytkownika wieczystego, właścicielem nieruchomości jest zaś Gmina m.st. Warszawa. Pozwany Skarb Państwa dowodził, że nawet gdyby tzw. wniosek dekretowy powódek został w latach 50. rozpoznany dla nich pozytywnie, to i tak nieuchronnie nastąpiłoby w kilka lat potem wywłaszczenie na rzecz i na potrzeby owej spółdzielni mieszkaniowej. A ponieważ odszkodowania za wywłaszczenie przyznawane na podstawie przepisów obowiązujących w tamtym czasie miały nieomal symboliczny charakter, zatem uszczerbek po stronie powódek, wyrażający się współcześnie kilkumilionową wartością nieprzyznanego prawa rzeczowego do gruntu, nie powinien być im skompensowany. Nieuniknione wywłaszczenie, a zatem alternatywne potencjalne działanie legalne ówczesnej władzy, Skarb Państwa wskazał właśnie jako rezerwową przyczynę uzasadniającą uchylenie się od obowiązku zapłaty odszkodowania za finansowe skutki niezgodnej z prawem decyzji „dekretowej”.

Sąd Najwyższy – w ślad za sądem okręgowym i sądem apelacyjnym, które wcześniej w sprawie wyrokowały – nie podzielił takiego rozumowania strony pozwanej i w konkluzji uznał, że wywłaszczenie nie może być poczytane za przyczynę rezerwową szkody i że tym samym na wysokość odszkodowania przysługującego w związku z wydaniem z rążącym naruszeniem prawa decyzji o odmowie przyznania prawa własności czasowej gruntu (art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy, Dz.U. nr 50, poz. 279 ze zm.) nie ma wpływu okoliczność, iż grunt ten podlegałby wywłaszczeniu.

Rzecz po pierwsze w tym, że nie sposób mówić o nieuchronności wywłaszczenia – wszak po uwzględnieniu wniosku dekretowego, gdyby prawidłowo taką decyzję w 1954 r. podjęto, niekoniecznie musiałyby nastąpić odjęcie powódkom ich prawa tą drogą na rzecz spółdzielni mieszkaniowej, gdyż ówczasie wciąż jeszcze obowiązujący plan zabudowania z 1931 r. zawierał postanowienia o zwartej zabudowie do czterech kondygnacji – a zatem powódki same mogłyby takową zabudowę równie dobrze realizować. Świadczy o tym wprost treść decyzji nadzorczej z 2004 r. Pomiedzy odmowną decyzją z 1954 r. a szkodą po stronie powódek utrzymuje się zatem adekwatny i niczym niezakłócony związek przyczynowy. Po drugie, gdyby nawet istotnie miało dojść do wywłaszczenia, to potencjalną wysokość odszkodowania za odjęcie powódkom ich prawa rzeczowego należałoby określać według przepisów wywłaszczeniowych obecnie obowiązujących, czyli z poszanowaniem wartości rynkowej, nie zaś według zasad wypłacania skrajnie zaniżonych kompensat z połowy XX w. Po trzecie, niedopuszczalne byłoby opieranie rozstrzygnięcia na spekulacjach myślowych, zdarzeniach, co do których nijak sprawdzić, czy rzeczywiście miałyby miejsce, gdyby bieg wypadków potoczył się inaczej; pozwany musiałby udowodnić, że wywłaszczenie na pewno nastąpiłoby, co niewątpliwie byłoby bardzo trudne do przeprowadzenia. Po czwarte wreszcie – i tę myśl uzasadnienia wyroku SN wypada podkreślić w sposób szczególny – po to, by hipotetycznie mogące nastąpić wywłaszczenie stanowiło podstawę redukcji rozmiaru szkody, sąd musiałby nie tylko antycypować rozstrzygnięcie organu administracyjnego w sprawie, która nigdy nie była przekazana do jego kompetencji i nie stanowi nawet sprawy cywilnej w znaczeniu formalnym, ale nadto musiałby jednocześnie rozstrzygać o nieskuteczności działań obronnych podjętych przez właścicieli w takim postępowaniu

niu. Nie po to ustawodawca tworzy zespół norm materialnego i procesowego prawa administracyjnego, aby organ niepowołany do tego decydował o wyniku sprawy administracyjnej. Ponadto także i ustalanie wysokości odszkodowania za wywłaszczenie we wszystkich poprzednich stanach prawnych, a i obecnie, stanowi wyłączną domenę organów administracyjnych – zatem również w zakresie rozmiarów wierzytelności za potencjalnie możliwe odjęcie powódkom ich prawa sąd powszechny nie jest władny decydować na potrzeby wyrokowania.

Czyniąc ogólne spostrzeżenia na temat istoty przyczyny rezerwowej, Sąd Najwyższy zauważył, że jej stosowanie stanowi element określania wysokości szkody metodą dyferencjacji, to znaczy porównania stanu majątkowego osoby uprawnionej po wyrządzeniu szkody – z hipotetycznym stanem, który by zaistniał, gdyby nie miało miejsca zdarzenie ową szkodę wyrządzające. Swoistą „interwencją” w proste matematycznie odejmowanie może stać się właśnie *causa superveniens*.

Jednak warunkiem uznania jakiegoś zdarzenia za przyczynę rezerwową jest nie tylko omówiona wyżej niewątpliwość jego wystąpienia. Równolegle należy wykluczyć skuteczność powołania się pozwanego na możliwość wyrządzenia poszkodowanemu takiej samej szkody innym własnym działaniem legalnym, w sytuacji gdy tego legalnego postępowania nie przeprowadzono mimo braku ku temu przeszkód, uzyskując pożądaný wynik przez działanie bezprawne. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której bezprawne działanie sprawcze uwolniło sprawcę od przeprowadzania sformalizowanego, uregulowanego odrębnymi przepisami postępowania, przewidującego dla poszkodowanego procesowe środki ochrony jego prawa.

W tej konkretnej sprawie organy władzy publicznej zachowały się nielegalnie, odmawiając powódkom w 1954 r. przyznania własności czasowej do gruntu, pomimo że zgodnie z zapisami art. 7 tzw. dekretu warszawskiego miały taki obowiązek. Zatem wydając decyzję administracyjną niezgodną z prawem, postawiły się w położeniu dla siebie wygodnym, jako że tym samym uczyniły zbędnym prowadzenie żmudnej – legalnej – procedury wywłaszczeniowej.

Skład orzekający w omawianej tu sprawie uczynił dodatkowy argument z powszechnie znanego faktu, że aż do roku 1959 w ogóle nie pojawiały się orzeczenia administracyjne uwzględniające wnioski na podstawie art. 7 ust. 1 dekretu warszawskiego. Wskazuje to wprost na intencjonalny charakter zachowania władzy, której działanie bezprawne naruszyło nie tylko te, mające charakter gwarancyjny, normy dekretu, ale która swoje działanie bezprawne uczyniła środkiem uwalniającym ją od obowiązku respektowania interesów byłych właścicieli w sformalizowanym postępowaniu, którego wynik nie musiał być dla władzy pewny. W tych warunkach nie wolno wskazywać wywłaszczenia – nawet gdyby przeprowadzono udany dowód jego nieuchronności – jako legalnego zachowania alternatywnego sprawcy.

Trudno przecenić wagę tego orzeczenia dla praktyki. Można się bowiem spodziewać, że precyzyjne rozumowanie przeprowadzone w jego uzasadnieniu będzie przenoszone nie tylko do procesów mających w tle problem repywatyzacyjny, ale również do innych spraw o charakterze odszkodowawczym. Poza tym niezmiernie wartościowe wydaje się zaakcentowanie w motywach wyroku braku „osmotycznego przenikania” pomiędzy – hipotetycznymi nawet – rozstrzygnięciami należącymi do domeny administracji publicznej i sądownictwa powszechnego.

Pytanie o obronę (18)

Antoni Bojańczyk

OBRONCA A NOWELIZACJA PROCEDURY KARNEJ: CZY NOWELA ZMIENIA ROLĘ PROCESOWĄ OBRONCY W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM?

1. Szeroko zakrojona nowelizacja procesu karnego stała się faktem. Prezydent RP podpisał ustawę z dnia 25 października 2013 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego i innych ustaw (Dz.U. poz. 1247). Za niecałe półtora roku (1 lipca 2015 r.) w życie wejdzie bardzo obszerny pakiet zmian do ustawy postępowania karnego. Żaden obrońca nie może sobie pozwolić na zignorowanie tej ustawy, bo dla jego codziennej praktyki przynosi ona wiele zmian, i to wcale niekoniecznie takich, które (patrząc z partykularnej perspektywy obrońcy) należałoby witać z zadowoleniem. Chodzi zarówno o takie korekty tekstu ustawy, które wprost modyfikują status prawny obrońcy w postępowaniu karnym, jak i takie, które wyłącznie pośrednio (ale istotnie) będą wpływały na pracę obrońcy, „wymuszając” na nim inny standard pracy czy taktykę obrony. Nie sposób zatem kontynuować naszego cyklu „normalnym” torem, wyznaczonym przez zaplanowane z wyprzedzeniem zagadnienia dotyczące obrony. Te (istotne) tematy kolejnych odcinków „Pytania o obronę” trzeba więc chwilowo odłożyć na później. Dziś dla obrońcy nie ma bowiem nic istotniejszego niż nowela i jej implikacje dla praktyki. Kilka najbliższych odcinków należy zatem poświęcić szczegółowemu omówieniu newralgicznych z punktu widzenia pracy obrońcy zmian, które przynosi ze sobą nowelizacja.

2. Nie poddaje się ona łatwej ocenie. Trudno byłoby zresztą taką ocenę przeprowadzić na paru zaledwie stronach. Trzeba jednak powiedzieć, że zmiany, które niesie ze sobą nowela, są bardzo zróżnicowane, część z nich ma charakter ściśle technicznoprawny, bardzo wiele zmian (także tych dotyczących bezpośrednio statusu prawnego obrońcy, np. w zakresie kryteriów determinujących istnienie tzw. obrony obligatoryjnej) stanowi mniej lub bardziej udaną (i dosłowną) transpozycję wybranych linii orzeczniczych czy poszczególnych judykatów Sądu Najwyższego na język ustawy, liczna bardzo grupa korekt ustawowych wiąże się z powierzeniem pewnych czynności zarezerwowanych do tej pory przez ustawę dla sędziów – referendarzom. Wreszcie część zmian to mody-

fikacje o głębszym, nieco bardziej modelowym charakterze. Jednak określanie tej nowelizacji „Wielką Reformą Procedury Karnej” (z czym można się już spotkać w literaturze przedmiotu) nie tylko razi pewną bombastycznością, ale winno być potraktowane raczej w kategoriach starannie przemyślanego marketingu „produktu legislacyjnego”. Kwestia nazwy ma jednak znaczenie i nie da się jej zlekceważyć. Przez dobranie nazwy „ustawia” się przecież problem. Jedna sprawa to nazwa, inna – co się naprawdę pod tą nazwą kryje. Zaklinanie rzeczywistości niczego nie zmienia, w szczególności nie sprawi, że dzisiejsza nowelizacja przeistoczy się magicznie w „Wielką Reformę”. Nie dostajemy bowiem do rąk nowego, starannie pod względem kompatybilności aksjologicznej przemyślanego Kodeksu postępowania karnego, tylko (statystycznie rzecz ujmując) dość obszerną i bardzo niejednorodną przedmiotowo nowelizację, w wielu miejscach mało spójną, stwarzającą wrażenie owocu licznych kompromisów czy koncesji, które wcale nie wyszły na dobre zmienianym przepisom. Gdyby spojrzeć na nowelizację ze statystycznego punktu widzenia, to okazuje się, że dziś można sformułować tylko bardzo wstępną i bardzo prowizoryczną ocenę nowelizacji. W dodatku dokonywaną z perspektywy roli i zadań obrońcy w procesie karnym. Należy się oczywiście liczyć z tym, że czas i praktyka sądowa skorygują to wstępne stanowisko. Wiele jednak wskazuje na to (w tym także szereg doświadczeń związanych z „wielką” nowelizacją kodeksów karnych pod koniec lat 90.), że mamy do czynienia z projektem legislacyjnym budzącym skojarzenia z usiłowaniami zmiany kursu sunącego „całą naprzód” supertankowca o napędzie atomowym przez kilka małych, parowych kutrów holowniczych. Kutry zostaną po drodze zmiażdżone, a niewzruszony kolos będzie płynął swoim kursem, niezmiennym nawet o ułamek.

3. Prezentację i ocenę zmian dotyczących pozycji obrońcy wypada zacząć od zmian rzutujących na status prawny obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. I nie chodzi tu tylko o tę okoliczność (skądinąd bardzo istotną), że postępowanie przygotowawcze jest chronologicznie pierwszym etapem procesu karnego, w sposób naturalny determinuje dalszy kształt postępowania i – finalnie – rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Przede wszystkim chodzi tutaj o to, że nowelizacja dokonuje dość istotnej przebudowy trybu przeprowadzania dowodów w postępowaniu sądowym. Nie wdając się w szczegółową analizę nowego uregulowania zawartego w przepisie art. 167 k.p.k. (problematyce tej – niezmiernie istotnej z punktu widzenia roli i zadań obrońcy w procesie – zostanie poświęcony odrębny odcinek cyklu), wystarczy powiedzieć, że projektodawca podjął próbę (od razu powiedzmy, że niezbyt udaną, bo dotkniętą charakterystyczną dla projektu połowicznością) daleko idącego ograniczenia roli sądu w przeprowadzaniu dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym. Od 1 lipca 2015 r. w myśl przepisu art. 167 § 1 k.p.k. dowody w postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, będą „przeprowadzane przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd” (z reguły – bo „w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” dowody będzie jednak mógł przeprowadzać także sąd). W efekcie więc nowelizacja zmierza do przesunięcia ciężaru „aktywności dowodowej” i instytucjonalnego obarczenia nią w znacznie większym zakresie strony i ich przedstawicieli procesowych, z jednoczesnym odciążeniem sądu w sferze aktywności skierowanej na przeprowadzanie dowodów. Bez cienia przesady wolno powiedzieć, że to właśnie nowy przepis art. 167 stanowi ścisłe „serce” normatywne nowelizacji, której od samego początku (tj. od opublikowania tekstu projektu wraz

z uzasadnieniem) towarzyszyły hasła zwiększenia kontrydiktoryjności postępowania karnego. Co to wszystko oznacza dla obrońcy? Otóż niezależnie od tego, jak realnie oceniać szanse na ziszczenie się pokładanych w przepisie art. 167 k.p.k. nadziei związanych z wyrugowaniem z praktyki sądowej często obserwowanej „nadaktywności” sądu w zakresie przeprowadzania dowodów, nowa regulacja spowoduje, że obrońca od 1 lipca 2015 r. nie ma co liczyć na pomoc sądu w zakresie obrony interesów procesowych oskarżonego, może (i musi) polegać tylko na własnej aktywności dowodowej zmierzającej do obrony interesów mandanta. Przynajmniej tak ma się rzecz na papierze.

4. Rzeczą zupełnie oczywistą byłoby oczekiwać zatem – w związku z tak daleko idącym przebudowaniem reguł rządzących przeprowadzaniem dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym i dążeniem do wyeliminowania roli sądu w przeprowadzaniu dowodów na rzecz otwartego (i chyba – w założeniu przynajmniej – równego) „starcia” stron na polu aktywności dowodowej – że ustawodawca w sposób adekwatny przemodeluje kształt postępowania przygotowawczego, dokonując jego niezbędnego skorelowania z nowym kształtem postępowania dowodowego na etapie jurysdykcyjnym. Tymczasem nic takiego się nie stało i przepisy kodeksu w zakresie, w jakim regulują uprawnienia dowodowe stron w postępowaniu przygotowawczym, pozostają niezmienione. Poszerzając więc znacząco – z jednej strony – zakres obowiązków dowodowych stron na rozprawie, ustawodawca w zasadzie nie dokonał jakichkolwiek istotniejszych zmian w przepisach regulujących tryb postępowania przygotowawczego. W szczególności zaś chodzi o to, że ani oskarżony, ani jego obrońca nie dostają do ręki z a d n e g o narzędzia procesowego na etapie postępowania przygotowawczego, które chociażby w minimalnym zakresie pozwalałoby im na zrekompensowanie ich systemowej niejako ułomności w postępowaniu przygotowawczym i podrzędności wobec organu prowadzącego to postępowanie oraz na podjęcie r e a l n e j procesowej walki z organami ścigania w postępowaniu sądowym. Jest przecież rzeczą jasną, że aby w sposób rzeczywisty wykorzystać „nowe” uprawnienie dowodowe (zaznaczmy przy tym, że i dziś obrońca ma takie uprawnienie – tyle tylko, że nie musi na tym polu wykazywać się jakąś szczególną aktywnością, bo ma uzasadnione podstawy do tego, by liczyć w tym zakresie na obowiązkową aktywność dowodową sądu i tylko w procesowej „ostateczności” musi się sam wykazać „własną” aktywnością dowodową) przyznane im przez ustawodawcę, zarówno oskarżony, jak i jego obrońca powinni dysponować odpowiednimi instrumentami procesowymi pozwalającymi na gromadzenie i utrwalanie dowodów na najwcześniejszym etapie postępowania n a r ó w n i z organami procesowymi prowadzącymi postępowanie przygotowawcze. Naiwnością byłoby przecież uważać, że wyłącznie za sprawą dość delikatnego normatywnego zredefiniowania celów postępowania karnego (por. uwagi poniżej dotyczące celów postępowania przygotowawczego) cokolwiek zmieni się w f a k t y c z n y m modelu postępowania przygotowawczego, w którym dziś z reguły pieczołowicie utrwała się materiał dowodowy do ewentualnego wykorzystania podczas postępowania jurysdykcyjnego. Krótko mówiąc, w zderzeniu z prokuratorem i jego uprawnieniami w zakresie poszukiwania, gromadzenia i procesowo skutecznego utrwalania dowodów zarówno oskarżony, jak i obrońca są obecnie (ale będą także po 1 lipca 2015 r.) skazani na porażkę.

5. Przejdźmy obecnie do uwag szczegółowych. Wspomniano przed chwilą o korekcie przepisu określającego cele postępowania przygotowawczego. To już nie „zebranie, za-

bezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów” (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.) ma być jednym z celów postępowania przygotowawczego, lecz „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”. Mogłoby się zatem zdawać, że zostają istotnie przesunięte akcenty procesowe i miejsce większości czynności związanych z przeprowadzaniem dowodów ulegnie przesunięciu z postępowania przygotowawczego do postępowania sądowego; zmienić miałyby się zatem proporcja pomiędzy nie tylko ilością dowodów przeprowadzanych w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym, ale i „głębokością” (czy intensywnością) zarówno całego postępowania dowodowego, jak i poszczególnych, z osobna przeprowadzanych dowodów. W istocie jest to jednak tylko swoista (i bardzo niejasna) „gra pozorów” prowadzona przez ustawodawcę na płaszczyźnie deklaracji o bardzo ogólnym charakterze. Założenie, że przepis art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. skieruje postępowanie przygotowawcze na inne tory i sprawi, że dzięki niemu dokona się dowodowe „odchudzenie” tego postępowania, jest iluzoryczne i opiera się na całkowicie błędnej przesłance, że sam przepis programowy jest w stanie zmienić (rzeczywisty) kształt postępowania. Tymczasem – nie negując wcale istotnego waloru programowego tego typu przepisów i ich znaczenia dla kształtu postępowania – przekierowanie praktyki na inne tory i wybiecie jej z utrwalonych kolein jest z założenia niemożliwe wyłącznie na drodze nowelizacji przepisów programowych. Tym nowelizacjom musi towarzyszyć zmiana przepisów regulujących szczegółowo tryb i przebieg postępowania, a takich modyfikacji w nowelizacji zabrakło. Przypomnijmy zresztą, że omawiany przepis programowy miał od czasu wejścia w życie Kodeksu postępowania karnego już cztery (!) różne redakcje (pierwotnie – „zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów”; od 2003 r. – „zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu”; od 2007 r.: „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu tak, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej” i od czterech lat obecne brzmienie). Nie trzeba dodawać, że te wszystkie tak częste operacje na żywej tkance ustawy – z jednej strony – nie przyczyniają się do budowy szacunku dla prawa, z drugiej zaś – prowadzą do swoistego uodpornienia adresatów prawa wobec zbyt często zmienianej litery ustawy i w efekcie nie mają najmniejszego nawet wpływu na rzeczywisty kształt postępowania przygotowawczego, które jest od lat dotknięte chorobą przerostu, objawiającą się w mnożeniu dokumentacji procesowej bez rzeczywistej procesowej potrzeby. Zresztą nawet to „nowe”, piąte z kolei ujęcie redakcyjne brzmienia przepisu art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. nie tylko wcale nie koliduje z obowiązkiem prowadzenia postępowania przygotowawczego taką metodą, by w możliwie najpełniejszy sposób dokonać rejestracji dowodów na użytek przyszłego postępowania sądowego, ale taki kształt postępowania przygotowawczego wręcz wymusza. Skoro celem postępowania ma być m.in. „utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do [...] przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”, to jest jasne, że – uwzględniając ryzyko czynników uniemożliwiających przeprowadzenie dowodu w postępowaniu jurysdykcyjnym (niepamięć świadka, odmienne zeznawanie świadka *etc.*) – prokurator będzie szczegółowo rejestrował prowadzone przez siebie postępowanie.

Zatem mimo inaczej – po raz kolejny – zdefiniowanego celu postępowania przygo-

towawczego nie ma widoków na to, że w postępowaniu tym mniejszy wysiłek i nacisk zostanie położony na prowadzenie szeroko zakrojonych czynności dowodowych i żmudne utrwalanie dowodów dla celów postępowania sądowego. Dalekowzroczny prokurator będzie wybiegał myślą wprzód do postępowania sądowego i zakładał (najzupełniej słusznie), że – jeżeli chodzi o materiał dowodowy – to lepiej mieć go „więcej” niż „mniej”. Wszak materiał ten będzie można ewentualnie wykorzystać w postępowaniu jurysdykcyjnym. Stojąc przed alternatywą: dokumentować szeroko w procesowo przepisany sposób czynności dowodowe (nawet ze znacznym naddatkiem), czy też zrezygnować z takiej dokumentacji, poprzestając wyłącznie na wstępnym, prowizorycznym tylko zorientowaniu się w potencjalnym wachlarzu dowodów na poparcie oskarżenia, prokurator niechybnie opowie się za tą pierwszą opcją. Znacznie więcej przecież ryzykuje, rezygnując z rejestracji dowodów w formie przewidzianej przez przepisy postępowania. Potencjalne straty są przecież dla oskarżyciela publicznego „nieodwracalne”, a układ, w którym dowód należy przeprowadzić, z uwagi na niebezpieczeństwo niemożności jego przeprowadzenia na rozprawie (art. 316 § 1 i 3 k.p.k.), to w istocie margines procesowy praktyki. Prokurator będzie się liczył z niebezpieczeństwem odmowy składania zeznań przez świadków, zacierania przez czas szczegółowości zeznań *etc.* i na pewno te czynniki należycie i z ostrożnością procesową uwzględni w strategii śledztwa, utrwalając przesłuchania świadków. Jest jednak jeszcze jedna bardzo istotna okoliczność, o której nikt chyba nie pomyślał podczas prac kodyfikacyjnych, a która w praktyce nader skutecznie zablokuje deflację materiału dowodowego gromadzonego na etapie postępowania przygotowawczego, prowadząc albo do utrzymania objętości gromadzonych materiałów na dzisiejszym, wysokim poziomie, albo wręcz do istotnej ich inflacji. Skoro na sali rozpraw na każdym w zasadzie terminie rozprawy pojawia się inny prokurator (przynajmniej w wielkich miastach; sytuacja może wyglądać inaczej w mniejszych sądach), który tego samego dnia z rana dostał do rąk przypadkową wokandę, to nie sposób od niego wymagać znajomości akt sprawy i prowadzenia przemyślanego i wnikliwego przesłuchania świadków czy biegłych. Dziś „ratuje” sytuację aktywność sądu, który w razie pasywności oskarżyciela publicznego wyręcza go i na podstawie akt sprawy przeprowadza samodzielnie postępowanie dowodowe. Nowela zmierza do zmiany tego stanu i gdyby w istocie miała zmienić praktykę sądową (na co się raczej nie zanosi), to dowodów za prokuratora – w założeniu przynajmniej – po prostu nie będzie miał kto przeprowadzić. Otóż z tego punktu widzenia jest rzeczą zupełnie oczywistą, że w postępowaniu przygotowawczym organ procesowy będzie się starał wytworzyć maksymalną ilość materiału dowodowego. Odwrotny kierunek jego aktywności, tj. deflacja procesowej rejestracji dowodów, musiałby przecież prowadzić do katastrofy dla oskarżyciela publicznego. Prokurator zjawiający się *ad hoc* na sali sądowej nie tylko byłby nieprzygotowany do sprawy, ale także – dysponując wyłącznie szczupłym materiałem z postępowania przygotowawczego – nawet nie byłby w stanie zorientować się należycie co do stanu faktycznego sprawy i podjąć *a vista* wyrównaną walkę procesową. Także więc z tego powodu można powątpiewać w realne uruchomienie przez nowelę deflacji objętościowej materiału dowodowego gromadzonego w postępowaniu przygotowawczym (to samo tyczy się fakultatywnego sporządzenia uzasadnienia aktu oskarżenia – art. 332 § 2 k.p.k.). Zarówno zbyt ubogie przeprowadzenie postępowania dowodowego, jak i odstąpienie od sporządzenia uzasadnienia skargi

głównej stałoby się prawdziwym „pocałunkiem śmierci” dla prokuratora wstępującego do sprawy na etapie sądowym. Chyba żaden prokurator świadomie nie zgotuje takiej niespodzianki swej koleżance czy koledze po fachu. Na razie nic nie słychać o powołaniu czy wyodrębnieniu wyspecjalizowanego korpusu prokuratorów sądowych, którzy zajmowałiby się wyłącznie stawaniem przed sądem i prowadzeniem spraw na etapie jurysdykcyjnym czy – co byłoby pomysłem wręcz niezbędnym z uwagi na zmiany wprowadzane przez nowelę – instytucjonalnym „przypisywaniu” konkretnego prokuratora czy prokuratorów do sprawy od samego momentu jej wszczęcia aż po prawomocne zakończenie postępowania. Mamy zatem kolejny przykład braku skorelowania zmian na jednym „odcinku” ustawy z koniecznymi zmianami w innych obszarach postępowania karnego.

Nowe brzmienie przepisu art. 334 § 1 pkt 2 k.p.k. zakłada, że z aktem oskarżenia przekazuje się sądowi „jedynie” materiały postępowania przygotowawczego związane z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w tym akcie za czyny w nim zarzucane, w tym „protokoły z czynności dowodowych i załączniki do nich przewidziane przez ustawę”. Jeżeli chodzi o protokoły przesłuchania świadków, których wezwania na rozprawę żąda oskarżyciel, to „przekazuje się je sądowi w wyodrębnionym zbiorze dokumentów” (nowy art. 334 § 3 k.p.k.). Cóż stoi na przeszkodzie szerokiej „generacji” materiału dowodowego przez organ procesowy? Nie trzeba dodawać, że nie można przecież w żaden sposób „zaskarżyć” swoistego *superfluum* materiału procesowo utrwalonego w postępowaniu przygotowawczym i przekazywanego sądowi do postępowania jurysdykcyjnego wraz z aktem oskarżenia. Sąd także nie ma możliwości dokonywania z urzędu weryfikacji materiału dowodowego przekazywanego przez prokuratora wraz z aktem oskarżenia w kierunku jego redukcji ilościowej czy jakościowej. Za bardzo przy tym nie wiadomo, czym jest (czy też – czym ma być) ów enigmatyczny „zbiór dokumentów”, o którym mowa w nowym przepisie art. 334 § 3 k.p.k. Ustawodawca zastawił tu na organy stosujące prawo prawdziwą pułapkę. Kodeks nie zna takiego pojęcia – dziś ustawa operuje określeniem „akta postępowania przygotowawczego” (którego też nie definiuje); motywy do projektu nowelizacji nic na temat „zbioru dokumentów” nie mówią, zresztą oryginalna wersja projektu nie zawierała nawet przepisu przewidującego „zbiór dokumentów”. Nastąpiło tutaj zatem pewne przemodelowanie terminologiczne, co do tego nie ma wątpliwości. Wprowadzenie nowego terminu ma jednak chyba znaczenie tylko technicznoprawne. Przecież nigdzie nie zastrzega się, że nie wolno w postępowaniu jurysdykcyjnym korzystać z protokołów przesłuchania świadków zgromadzonych w owym „zbiorze dokumentów”. Prawdziwy problem interpretacyjny (o kapitalnym znaczeniu dla obrońcy) powstaje jednak na linii definicyjnej „zbiór dokumentów” (art. 334 § 3 k.p.k.) – „materiały postępowania przygotowawczego” (art. 334 § 1 pkt 2 k.p.k.). To pierwsze pojęcie zawiera „protokoły przesłuchania świadków, których wezwania na rozprawę żąda oskarżyciel”, to drugie (między innymi): „protokoły czynności dowodowych związanych z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w akcie oskarżenia”. Mimo więc pozornych różnic terminologicznych trzeba uznać, że wszystko, co jest w owym „zbiorze dokumentów”, jest (czy też musi być) jednocześnie w „materiałach postępowania przygotowawczego”. Nie sposób wszak wyobrazić sobie, by prokurator żądał wezwania na rozprawę świadka, którego zeznania

nie mają związku z kwestią odpowiedzialności karnej oskarżonego. Niejasna jest więc kwestia potraktowania protokołów zeznań świadków wezwanych na rozprawę przez oskarżyciela (czy mają być one tylko w „materiałach”, tylko w „zbiorze”, czy też i tu, i tu). Ostatecznie należy jednak uznać, że nie ma to jednak chyba większego znaczenia, bo temu chaosowi terminologicznemu ustawy postępowania karnego nie towarzyszą żadne wyraźne ograniczenia i obrońcy należy na jego żądanie udostępnić zarówno materiały postępowania załączone do aktu oskarżenia, jak i ów zbiór dokumentów.

6. Gdy obecnie uwzględnia się oba wyżej opisane czynniki, tj. istotną zmianę w zakresie uprawnień do występowania z inicjatywą dowodową w postępowaniu sądowym (w kierunku zwiększonej kontradiktoryjności) oraz brak jakichkolwiek istotniejszych zmian w zakresie (szerokich) uprawnień i dominacji organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sferze gromadzenia i utrwalania materiału dowodowego, i spojrzysz z tej właśnie perspektywy na pozycję procesową obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, to nie można oprzeć się wrażeniu, że wypada ona bardzo błado na tle potęgi procesowej prokuratora – gospodarza postępowania przygotowawczego. Tak jest i dziś – powie ktoś. To prawda. Ale trzeba jeszcze raz podkreślić, że nowelizacja zmierza w założeniu do radykalnego przekształcenia modelu postępowania dowodowego na etapie postępowania jurysdykcyjnego, zrównując pozycję procesową oskarżyciela publicznego i obrońcy jako równorzędnych przeciwników w sporze toczonym przed sądem i w rozwijanej przed sądem akcji dowodowej, jednocześnie nie dając obrońcy w zamian niczego w postępowaniu przygotowawczym. Organ procesowy nadal jest wyposażony w rozbudowaną normatywną maszynę procesową różnorodnych uprawnień umożliwiających mu gromadzenie dowodów – obrońcy pozostaje tylko ubiegać się o dokonanie czynności postępowania przygotowawczego u swego przyszłego przeciwnika procesowego. Takie asymetryczne ukształtowanie statusu procesowego obrońcy (w postępowaniu przygotowawczym podmiot zależny od organu procesowego w zakresie czynności dowodowych – w postępowaniu sądowym przeciwnik procesowy tegoż) nie czyni raczej zadość zasadom słuszności i równości broni.

7. Gdybyż to jeszcze zmianom w zakresie zrównania pozycji obrońcy i oskarżyciela w sporze i uprawnieniach w zakresie czynności dowodowych w postępowaniu sądowym towarzyszyła stosowna „redukcja” dowodowa czy blokady procesowe w zakresie dopuszczalności wykorzystywania na rozprawie dowodów utrwalonych w postępowaniu przygotowawczym (przede wszystkim chodzi o zeznania świadków). Ale nie, tutaj poprawki mają charakter wręcz kosmetyczny. Nadal w przypadku niemożności przesłuchania świadka, jego „niepamięci” czy odmiennego zeznawania będzie się można posiłkować przed sądem zeznaniami utrwalonymi w postępowaniu przygotowawczym. Tyle tylko, że będzie to obecnie dopuszczalne w „niezbędnym zakresie” (por. przepis art. 391 § 1 i 1a k.p.k.). Jak łatwo zauważyć, zmiana w interesującym nas zakresie polega na zastąpieniu obecnego określenia, którym operuje kodeks („odczytywać w odpowiednim zakresie”), słowami: „odczytywać w niezbędnym zakresie”. Można wątpić, czy jest to coś więcej niż delikatne przestylizowanie przepisu: przecież odczytanie zeznań w odpowiednim zakresie to odczytanie, które pozostaje, z jednej strony, w pewnej relacji np. do „niepamięci” świadka i, z drugiej, do przedmiotu postępowania (dotyczy więc tylko kwestii procesowo relewantnych). A zatem z tego punktu widzenia zmiana ma raczej kosmetyczny charakter i przypomina zastąpienie w Kodeksie karnym

z 1997 r. „społecznego niebezpieczeństwa” „społeczną szkodliwością”. Zapewne otwiera ona pole do subtelnych dyskusji doktrynalnych, ale można powątpiewać, czy wpływ na zmianę praktyki sądowej, która pozostawia zazwyczaj mało miejsca i czasu na rozbudowany spór o niuanse i odcienie znaczeniowe przmiotników. W efekcie zatem prokurator w ryzykownych dla siebie sytuacjach (niepamięć świadka, odmienne zeznania świadka) będzie mógł przed sądem wykorzystać procesowo wcześniej utrwalone dowody. Obrońca też wprawdzie będzie mógł to uczynić, ale przecież to nie on jest gospodarzem postępowania przygotowawczego. Jego uprawnienia (a raczej ich brak) do utrwalania dowodów w postępowaniu przygotowawczym nie pozostają w żadnej sensownej proporcji do kompetencji prokuratora w tym zakresie.

8. Co w takim razie będzie mógł uczynić obrońca w „nowym” postępowaniu przygotowawczym? Nie pozostanie mu nic innego, jak tylko próbować korzystać z narzędzi tradycyjnie przyznanych obronie przez ustawodawcę w postępowaniu przygotowawczym.

Może zatem składać wnioski o dokonanie czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym (art. 315 § 1 k.p.k., w dochodzeniu: art. 315 § 1 w zw. z art. 325a § 2 k.p.k.; bez zmian w noweli). Jest jednak w tym zakresie zależny od organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze, sam nie może przeprowadzić żadnych czynności dowodowych postępowania przygotowawczego, „własnego” śledztwa czy dochodzenia, które mógłby ewentualnie spożytkować w przyszłym sporze sądowym.

Może żądać dopuszczenia do udziału w „innych czynnościach” w postępowaniu przygotowawczym (art. 317 § 1 k.p.k., w dochodzeniu: art. 317 § 1 w zw. z art. 325a § 2 k.p.k.; bez zmian w noweli). W zasadzie nie można obrońcy odmówić dopuszczenia do udziału w takiej czynności (por. art. 317 § 2 k.p.k.), jednak obrońca musi się – *primo* – skądś dowiedzieć o tym, że pewna czynność dowodowa będzie w ogóle przeprowadzana (a nie jest to łatwe z uwagi na niejawność postępowania przygotowawczego); *secundo* – odmowa dopuszczenia do udziału w czynności nie podlega zaskarżeniu, a zatem w praktyce nie podlega jakiegokolwiek kontroli merytorycznej. Regulacja ta powoduje, że wiele kluczowych dla dalszego biegu postępowania i jego ostatecznego rozstrzygnięcia czynności dowodowych „wymyka się” spod kontroli obrońcy i oskarżonego (ale także, co trzeba przyznać, również pokrzywdzonego i jego pełnomocnika). Przesłuchania takie są zatem prowadzone w warunkach całkowitej inkwizycyjności.

Wreszcie dysponuje obrońca informacją o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego albo instytucji naukowej lub specjalistycznej i może wziąć udział w przesłuchaniu biegłych i zapoznać się z pisemną opinią (art. 318 k.p.k., w dochodzeniu: art. 318 w zw. z art. 325a § 2 k.p.k., bez zmian w noweli). Mimo że w tym zakresie pozycja obrońcy jest nieco silniejsza niż w zakresie innych (niejawnych) czynności dowodowych postępowania przygotowawczego (art. 317 k.p.k.), to ma on jednak niewiele do powiedzenia w sprawie powołania biegłego i jest całkowicie zależny od organu prowadzącego postępowanie. Zresztą niczego nowelizacja nie zmienia w sferze od dawna palącej kwestii możliwości wykorzystania w procesie karnym tzw. opinii prywatnych. Opinie takie są nadal niedopuszczalne, przepisy regulujące dowód z opinii biegłego nie ulegają w tym zakresie żadnym korektom: zachowany zostaje monopol organów procesowych na tym polu. W art. 334 § 1 pkt 3 k.p.k. przewiduje się wprawdzie możliwość przekazania sądowi wraz aktem oskarżenia „opinii i dokumentów urzędowych i prywatnych”, ale nie

ulega żadnej wątpliwości, że przepis ten nie dotyczy opinii prywatnych. Po pierwsze, chodzi w nim o „opinie”, co nakazuje rozumieć ten zwrot w świetle zastanej terminologii ustawowej – ta zaś przez opinię rozumie tylko opinię biegłego powołanego przez organ procesowy. Po drugie, redakcyjnie wadliwe ujęcie przepisu może być interpretowane tylko w ten sposób, że chodzi w nim o opinie urzędowe (nie – prywatne) oraz („i”) dokumenty urzędowe i p r y w a t n e. Po trzecie w końcu, modyfikacja art. 393 § 3 k.p.k. (opuszczenie wymogu definicyjnego związanego z powstaniem dokumentów „dla celów postępowania karnego”) nadal niczego nie zmienia, w szczególności trzeba podkreślić, że także w tym przepisie ustawodawca nie zdecydował się wymienić wreszcie wyraźnie „opinii prywatnych” jako kategorii dokumentów, które mogą być odczytywane na rozprawie (inna sprawa, że zagadnienie to należałoby – o czym była już mowa – uregulować wprost w przepisach o dowodach).

Może wreszcie obrońca składać wnioski o uzupełnienie postępowania przygotowawczego przy zamknięciu postępowania przygotowawczego oraz wnioski dowodowe po wpłynięciu aktu oskarżenia do sądu i doręczeniu go oskarżonemu (art. 321 § 5 k.p.k.; art. 338 § 1 k.p.k.). Nowela niczego w tym zakresie nie zmienia, bo te uprawnienia i obecnie przysługują oskarżonemu i jego obrońcy. Nowością jest prawo do „złożenia wniosku o zobowiązanie prokuratora do uzupełnienia materiałów postępowania przygotowawczego dołączonych do aktu oskarżenia o określone dokumenty zawarte w aktach tego postępowania, gdy ma to znaczenie dla interesu oskarżonego” (art. 338 § 1 k.p.k.). *Prima facie* wydaje się, że jest to regulacja o wysokim stopniu gwarancyjności wobec oskarżonego. W praktyce przepis ten może jednak nie mieć jakiegokolwiek znaczenia, skoro w aktach (materiałach) postępowania przygotowawczego może nie być dokumentów „mających znaczenie dla interesu oskarżonego”. A to z tego prostego powodu, że organ procesowy ich po prostu nie „wytworzył” (np. nie zgodził się na przesłuchanie świadka czy powołanie biegłego wnioskowane wcześniej przez obrońcę). Próba wykorzystania instrumentu z art. 338 § 1 k.p.k. może się więc na niewiele przydać obrońcy.

9. Pora na konkluzję. Nowelizacja dotknięta jest wewnętrzną sprzecznością. Stawia przez to obrońcę w bardzo trudnej sytuacji w postępowaniu przygotowawczym. Z jednej strony (poprzez zmiany odnoszące się do rozkładu inicjatywy dowodowej w postępowaniu sądowym) próbuje wymusić na stronach i ich reprezentantach procesowych (w tym także na obrońcy) spór w postępowaniu jurysdykcyjnym. Jeżeli jednak zakłada się kontradiktoryjność postępowania sądowego i prowadzenie sporu przez równorzędne podmioty, to trzeba także założyć równość stron w zakresie przygotowania materiału do prowadzenia tego sporu. Tego zabrakło w reformie. W praktyce mamy więc „stare” postępowanie przygotowawcze (w którym dokonano kosmetycznych zmian, sprowadzających się głównie do przemodelowania po raz piąty na przestrzeni piętnastu lat ustawowo określonych celów postępowania) i częściowo „nowe” postępowanie sądowe, w którym został zintensyfikowany pierwiastek kontradiktoryjny. Mówiąc językiem sportowym i z pewną ironią: nowelizacja w obecnym kształcie prowadzi do tego, że rola prokuratora od 1 lipca 2015 r. będzie zbliżona do roli zawodnika, który sam wyznacza zasady i tor biegu, następnie może swobodnie na tym torze trenować, w dodatku decydując o tym, kiedy i czy dopuścić do treningów przeciwnika (obrońcę/oskarżonego), a wreszcie w dogodnym dla siebie momencie daje sygnał „START”, którym rozpoczyna zawody, wołając przy tym głośno: „Niechaj zmagania na-

sze oceni bezstronny sędzia!”. Niewiele jednak te zmagania mają wspólnego z zasadami *fair play*.

De lege ferenda należałoby zatem postulować realne równouprawnienie przeciwników procesowych na etapie postępowania przedsądowego (być może należałoby w ogóle zrezygnować z nazwy „postępowanie przygotowawcze” i z postępowania przygotowawczego w takiej formie, w jakiej je dziś znamy) i wprowadzić do procesu karnego (wzorem innych ustawodawstw) dochodzenia prowadzone przez obrońców, mające na celu gromadzenie i utrwalanie materiału procesowego niezbędnego dla ochrony interesów procesowych mandanta. Tego w nowelizacji zabrakło, a konsekwencje takiego zaniechania będą istotnie osłabiały możliwość prowadzenia efektywnej akcji obrończej w postępowaniu sądowym po 1 lipca 2015 r.

W następnym odcinku:

Obrońca a nowelizacja procedury karnej: jakie wyzwania (szanse/zagrożenia) stawia przed obrońcą nowa instytucja „posiedzenia organizacyjnego” przed rozpoczęciem rozprawy głównej (art. 349 k.p.k.)?

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

RYZYKOWNY MANEWR WYPRZEDZANIA PRZYCZYNĄ WYPADKU

W rejonie wypadku drogowego panowały następujące warunki drogowe. Pojazdy poruszały się w kierunku skrzyżowania. Na odcinku bezpośrednio poprzedzającym skrzyżowanie znajduje się teren niezabudowany. Nawierzchnia jezdni drogi jest asfaltowa, a po obu jej stronach występują nieutwardzone, trawiaste pobocza szerokości po 2,4 m. W rejonie skrzyżowania jezdni wskazanej drogi jest rozdzielona podwójną linią ciągłą na dwa pasy przeciwnych kierunków ruchu. Szerokość każdego z nich wynosi 3 m.

Krytycznego dnia w godzinach popołudniowych warunki jazdy w miejscu późniejszego wypadku były dobre. Było gorąco (temperatura powietrza wynosiła 30 stopni Celsjusza, a temperatura gruntu – 35 stopni), nie było wiatru ani opadów. Jezdnia była sucha, czysta i gładka, widoczność dobra.

Drogą w kierunku skrzyżowania późniejszy oskarżony jechał samochodem osobowym marki Opel Kadet. Jechał sam. Przed nim, w odległości większej niż 100 m, poruszał się autobus. Za nim (oskarżonym) jechały kolejno samochody: Opel Corsa, Kia, Audi i jeszcze jeden pojazd nieustalonej marki. W pewnej odległości za wskazaną kolumną samochodów poruszał się samochód osobowy marki Daewoo Tico.

Zbliżając się do skrzyżowania, oskarżony zamierzał skrócić na nim w lewo, zawczasu zasygnalizował ten manewr włączeniem lewego kierunkowskazu i zaczął zwalniać do prędkości wynoszącej około 50 km/h. Bezpośrednio przed rozpoczęciem manewru skręcenia w lewo poruszał się on z prędkością wynoszącą 20–30 km/h. Kierowcy pojazdów poruszających się za samochodem oskarżonego, dostrzegłszy, że zamierza on wykonać manewr skręcenia w lewo, zaczęli zwalniać wobec braku możliwości wyprzedzenia pojazdu oskarżonego z jego prawej strony, ze względu na brak miejsca.

W czasie gdy oskarżony kierowanym samochodem Opel Kadet już przygotowywał się do realizacji manewru zmiany kierunku, kolumnę pojazdów wyprzedzał, jadąc lewym pasem drogi, kierujący Daewoo Tico. Rozpoczął on manewr wyprzedzania w miejscu, w którym jezdni nie była jeszcze oznaczona znakiem poziomym zabraniającym rea-

lizacji określonego manewru, lecz kontynuował wyprzedzanie, nawet kiedy na jezdni pojawił się znak poziomy w postaci podwójnej linii ciągłej. Kierujący samochodem Kia, widząc wyprzedzający pojazd i dostrzegając zbliżanie się do skrzyżowania kolumny wyprzedzanych samochodów, podjechał do przodu, poruszający się zaś za nim kierujący samochodem Audi zwolnił, aby umożliwić podejmującemu ten ryzykowny manewr „schowanie” się w kolumnie samochodów i tym samym wjazd na prawy pas drogi. Wykorzystując tę możliwość, wyprzedzający na krótką chwilę zjechał na prawy pas drogi, lecz jedynie prawymi kołami prowadzonego przez siebie pojazdu, a następnie ponowił manewr wyprzedzania.

Będąc w bezpośredniej bliskości skrzyżowania, oskarżony spojrzął w lusterko wewnętrzne i w lusterko zewnętrzne lewe oraz upewniając się, że nikt go nie wyprzedza, a ponadto dostrzegłszy, iż nikt nie nadjeżdża z naprzeciwka, rozpoczął manewr skręcenia w lewo. Jednocześnie utwierdził się w przekonaniu, że kierujący jadącymi za nim pojazdami zrozumieli jego zamiar i podobnie jak on zwolnili. Manewr skręcenia oskarżony wykonywał pod kątem prostym.

Wyprzedzający, co jednoznacznie potwierdziły utrwalone w sprawie dowody, mimo dostrzeżenia zamiaru skręcenia w lewo samochodu Opel Kadet kontynuował manewr wyprzedzania, zwiększając równocześnie prędkość prowadzonego przez siebie pojazdu do 100–110 km/h. Cały czas poruszał się on lewym pasem drogi.

Skręciwszy w lewo i wysunąwszy pojazd na odległość około 0,5 m poza oś jezdni, oskarżony dostrzegł jadący lewym pasem drogi samochód Daewoo Tico, a zatem zareagował natychmiastowym zatrzymaniem pojazdu. Zaraz potem doszło do uderzenia prawym tylnym bokiem samochodu Daewoo Tico w lewy narożnik samochodu Opel Kadet. Po uderzeniu samochód oskarżonego pozostał na swym miejscu, wyprzedzający zaś stracił panowanie nad prowadzonym przez siebie pojazdem i zjechał na prawe pobocze, rezultatem czego było uderzenie w drzewo.

W wyniku zdarzenia w prowadzonym przez oskarżonego samochodzie osobowym doszło do zgięcia lewego przedniego błotnika i lewej strony przedniego zderzaka. Natomiast w samochodzie wyprzedzającego uszkodzeniu uległy: szyba czołowa, pas przedni, zderzak przedni, lewy reflektor, lewy przedni kierunkowskaz, lewy przedni błotnik, lewa część dachu, lewe przednie drzwi, prawe przednie i tylne drzwi oraz prawy tylny błotnik.

W wyniku zdarzenia ujawniono jako pokrzywdzoną pasażerkę samochodu wyprzedzającego, która doznała obrażeń ciała w postaci stłuczenia klatki piersiowej, złamania paliczka bliższego palca V i zwichnięcia paliczka dalszego palca IV lewej stopy, które spowodowały u niej naruszenie czynności narządów ciała i rozstrój zdrowia na okres powyżej 7 dni.

Z opinii biegłego wynika niezbicie, że wyprzedzający jechał z prędkością wynoszącą 100–110 km/h. Prędkość tę wyliczył na podstawie uszkodzeń obu pojazdów i śladów na jezdni. Biegły dokonał również oceny taktyki i techniki prowadzenia pojazdu przez obu kierujących, skręcającego w lewo i wyprzedzającego. Opinia prowadziła wprost do wniosku, że zderzenie pojazdów nie było następstwem błędu w prowadzeniu pojazdu przez oskarżonego, lecz spowodowane towarzyszącym kierującemu zjawiskiem tzw. „martwego pola”. Zjawisko to polega na tym, że jeśli pojazd wyprzedzający znajduje się w odległości do 8 m za pojazdem wyprzedzanym, to już nie widać go w lusterku

wewnętrzny pojazd wyprzedzany, a jeszcze nie widać go w lusterku zewnętrznym tego pojazdu. Oznacza to, że kierujący pojazdem wyprzedzonym nie ma realnych możliwości dostrzeżenia pojazdu wyprzedzającego. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Oskarżony wszak najpierw zasygnalizował manewr skręcenia w lewo włączonym kierunkowskazem, jednocześnie zwalniając, a następnie upewnił się, że jadące za nim osoby zrozumiały jego manewr i także zwolniły, obserwując ich jazdę w lusterkach: wewnętrznym i zewnętrznym lewym. Jednocześnie nie dostrzegł on będącego wtedy 5–6 m za nim samochodu, gdyż ten wyprzedzał go, będąc poza polem jego widoczności, właśnie z uwagi na owo zjawisko „martwego pola”.

W czasie zdarzenia oskarżony był trzeźwy, natomiast u wyprzedzającego stwierdzono zawartość alkoholu w wydychanym powietrzu wynoszącą 0,23 promille. W sprzeczności z wynikiem tym pozostaje wynik badania krwi na zawartość w niej alkoholu. Wynik ten był negatywny wskutek upływu czasu. Otóż badania przy użyciu alcosensora przeprowadzono wobec niego o godz. 14.04 i o godz. 14.23. Pobranie krwi na badanie natomiast dokonane zostało o godz. 15.30. Biorąc pod uwagę fakt, że wyniki badania alcosensorem wskazywały na niewielkie zawartości alkoholu we krwi (0,23 promille i 0,17 promille), a równocześnie wskazywały one tendencję malejącą, zatem do czasu pobrania krwi doszło do zupełnej eliminacji alkoholu z jego organizmu. Można to uzasadnić w dwojaki sposób. Po pierwsze, w piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, że badania krwi na zawartość w niej alkoholu, przy obecnym stanie techniki laboratoryjnej, obarczone są błędem mogącym sięgać 0,2 promille¹. Taka zaś różnica, a nawet mniejsza w przypadku drugiego pomiaru, występowała między wynikiem badania dokonanego za pomocą alcosensora a wynikiem badania krwi. Po drugie, urządzenie typu alcosensor charakteryzuje się znacznym stopniem dokładności². Dlatego, nie negując wyników badania krwi, należało przy ustalaniu stanu faktycznego posiłkować się wynikami badań jego trzeźwości przeprowadzonych przy użyciu alcosensora.

Oskarżony od samego początku, a więc zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i w postępowaniu sądowym, konsekwentnie nie przyznawał się do popełnienia zarzucanego mu czynu, podnosząc, że prowadził samochód prawidłowo, natomiast wyprzedzający, nagle i nie będąc przez oskarżonego zauważony, wykonywał manewr wyprzedzania, powodując zderzenie. Najistotniejsze jest to, że w toku postępowania potwierdzono, iż oskarżony włączył lewy kierunkowskaz w kierowanym samochodzie w takim czasie, który w pełni pozwalał na prawidłową ocenę jego zachowania osobom jadącym za nim.

Wskazane fakty były znane organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze, a zatem wystarczyła wnikliwa analiza zebranych dowodów zarówno materialnych, jak i osobowych, która niewątpliwie doprowadziłaby prokuratora do sformułowania aktu oskarżenia przeciwko faktycznemu sprawcy wypadku.

Na szczęście Sąd nie znalazł podstaw faktycznych do negowania dowodów z dokumentów, ich prawdziwości oraz autentyczności. Słusznie dał wiarę zeznaniom bie-

¹ Zob. R. A. Stefański, *Prawnokarna ocena stanu nietrzeźwości w ruchu drogowym*, Prok. i Pr. 1999, z. 3, s. 39; W. Olech, *Nietrzeźwi uczestnicy ruchu drogowego – problematyka wykroczeń z art. 87 k.w.*, (w:) *Prawno-ekonomiczne i techniczne aspekty bezpieczeństwa w komunikacji*, Rzeszów 1997, s. 152.

² Zob. R. A. Stefański, *Prawnokarna*, s. 41 i n.

głego z zakresu bezpieczeństwa ruchu drogowego i techniki samochodowej, uznając je za pełne, spójne, mające logiczny charakter, a ponadto w pełni korespondujące ze sporządzoną przez tego biegłego opinią. Analogicznie potraktowano opinie biegłych: z zakresu medycyny sądowej oraz z zakresu bezpieczeństwa ruchu drogowego i techniki samochodowej. Są one bowiem jasne, logiczne i pełne. Nadto wydane zostały na podstawie kompletnego materiału dowodowego oraz przy uwzględnieniu aktualnego stanu wiedzy, co w przypadku ostatniej ze wskazanych opinii potwierdzone zostało również zeznaniami samego jej autora.

Czy oskarżonemu można przypisać spowodowanie wypadku, ewentualnie przyczynienie się do niego, na tle zachowania wyprzedzającego, podejmującego w sposób wyjątkowo ryzykowny określony manewr, który w świetle obowiązujących zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym był zabroniony?

Przed odpowiedzią na to pytanie należy przypomnieć, że sprawcą przestępstwa określonego w art. 177 § 1 k.k. jest ten, kto naruszając, chociażby nieumyślnie, zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym (...) powoduje nieumyślnie wypadek, w którym inna osoba odniosła obrażenia ciała wskazane w art. 157 § 1 k.k. Innymi słowy, dla wypełnienia ustawowych znamion strony przedmiotowej analizowanego typu czynu zabronionego niezbędne jest naruszenie określonej zasady lub zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym. Może to nastąpić „chociażby nieumyślnie”.

Zasady bezpieczeństwa w ruchu lądowym mają charakter skodyfikowany oraz nieskodyfikowany. Pierwsze zostały ujęte przede wszystkim w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym³. Analiza konkluzji aktu oskarżenia, w zestawieniu z jego uzasadnieniem, wskazuje, że oskarżonemu zarzucano naruszenie zasady niezachowania należytej ostrożności przejawiające się w nieprawidłowej obserwacji drogi, prowadzące do niedostrzeżenia wyprzedzania przez inny pojazd. Ogólnie ujęta zasada ostrożności wyraża się natomiast w podjęciu przez kierującego takich czynności, jakie zwykle w takiej sytuacji przeciętny człowiek powziąć powinien, aby uniknąć nastąpienia skutku przestępnego. Zarazem wymagania stawiane uczestnikowi ruchu, a zatem także osobie prowadzącej pojazd mechaniczny, są wyznaczone w takim stopniu, aby mógł podolać im modelowy uczestnik ruchu⁴.

W prezentowanej sprawie nie budzi wątpliwości, że oskarżony podjął manewr skręcenia na skrzyżowaniu. Natomiast w świetle art. 25 ust. 1 p.r.d. już samo zbliżanie się kierującego pojazdem do skrzyżowania wymaga nie tyle zwykłej, co szczególnej ostrożności⁵. Wynika to z przyjęcia, że w omawianej sytuacji kształtuje się większe niż przeciętne niebezpieczeństwo⁶. Tak więc oskarżony zobowiązany był zwiększyć uwagę na tyle, aby móc odpowiednio szybko zareagować na zmianę warunków i sytuacji na drodze. W obowiązku tym zarazem zawierała się konieczność obserwowania przez oskarżonego całej szerokości jezdni i zachowania współuczestników ruchu⁷.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm. (p.r.d.).

⁴ Zob. K. Buchała, *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej. Komentarz*, Bydgoszcz 1997, s. 121.

⁵ Zob. W. Kotowski, *Prawne problemy ruchu drogowego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 194–198.

⁶ Zob. R. A. Stefański, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze. Zeszyt 24*, Warszawa 1999, s. 148.

⁷ Zob. wyrok SN z 7 stycznia 1981 r., sygn. V KRN 366/80, OSNPG 1981, nr 8–9, poz. 90.

Ocena całokształtu materiału dowodowego wskazuje jednoznacznie, że oskarżony należycie wypełnił powinności kierującego. Poza sporem pozostaje, że w czasie zdarzenia był on trzeźwy. Nie przekroczył także prędkości administracyjnie dozwolonej w miejscu zdarzenia. Wręcz przeciwnie, podejmując próbę wykonania skręcenia na skrzyżowaniu, zwolnił do prędkości wynoszącej około 50 km/h, aby wykonując już ten manewr, jechał z prędkością wynoszącą 20–30 km/h. Mając na uwadze bardzo dobre warunki drogowe, należy uznać, że podane prędkości były w pełni dostosowane do warunków jazdy i rodzaju realizowanego manewru. Ponadto nie budzi wątpliwości, że prędkości te pozwalały w pełni zapanować nad prowadzonym pojazdem, dając możliwość prawidłowego wykonania manewru skręcenia na skrzyżowaniu. Z tych powodów należy uznać, że były to prędkości *in concreto* bezpieczne. Brak również jakichkolwiek podstaw faktycznych do postawienia oskarżonemu zarzutu nienależytego obserwowania całej drogi, sprowadzającego się tu głównie do obserwacji sytuacji za nim. Oskarżony zasygnalizował wolę wykonania manewru skręcenia w lewo włączeniem zawczasu kierunkowskazu. Jednocześnie zwolnił, przygotowując się do wykonania tego manewru. Jadący za nim nie mieli żadnych trudności z interpretacją zachowania oskarżonego, dostrzegając zamiar skręcenia. Z tego powodu także zwolnili. Oskarżony z kolei, widząc ich zachowanie, miał pełne prawo przypuszczać, że manewr może wykonać bezpiecznie. Z naprzeciwnka nie jechał żaden pojazd. To, że oskarżony nie widział wyprzedzającego go, spowodowane było wskazanym zjawiskiem „martwego pola”, które uniemożliwiło mu dostrzeżenie Daewoo Tico, mimo iż oskarżony sprawdzał stan drogi za sobą, patrząc zarówno w lusterko wewnętrzne, jak i zewnętrzne. Nie można w tej sytuacji postawić oskarżonemu zarzutu naruszenia jakiejkolwiek zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Powyższe w pełnym zakresie dotyczy również zasady ograniczonego zaufania. Nie może wszak umknąć uwagi, że zasady ograniczonego zaufania nie należy pojmować w sposób rozszerzający, gdyż stanowi ona wyjątek od podstawowej zasady zaufania uczestników ruchu drogowego, określonej w art. 4 p.r.d. W niniejszej sprawie właśnie dlatego nie można było wymagać jej nadmiernego przestrzegania przez oskarżonego, musiałoby to bowiem prowadzić do przewidywania, że wyprzedza go jakiś pojazd w warunkach naruszających podstawowe zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Kiedy oskarżony dostrzegł wyprzedzający go samochód Daewoo Tico, ten był od niego w tak niewielkiej odległości (5 m), że poza hamowaniem – co zresztą uczynił – nic więcej nie mógł zrobić dla uniknięcia zderzenia.

Powyższe rozważania, wskazujące, że oskarżony nie naruszył żadnej zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym, a zatem nie wyczerpał ustawowych znamion strony przedmiotowej zarzucanego mu czynu, są wystarczające dla zobrazowania przyczyn wydania w niniejszej sprawie wyroku uniewinniającego. Gwoli ich uzupełnienia, pozwalającego w pełnym zakresie unaocznić przebieg zarzucanego oskarżonemu czynu, wypada dodać, co następuje.

Analiza całokształtu materiału dowodowego wskazuje na to, że kierujący samochodem Daewoo Tico naruszył zasadę trzeźwości w ruchu drogowym, prowadząc pojazd mechaniczny po drodze publicznej w stanie po użyciu alkoholu. Ponadto zbliżając się do skrzyżowania, gdzie wymagana jest szczególna ostrożność, jechał z prędkością znacznie przekraczającą dopuszczalną w tym miejscu i dodatkowo, ignorując znaki poziome w postaci linii podwójnej ciągłej, wyprzedzał pojazdy. Jest to tym bardziej wyraziste

naruszenie wielu zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, gdy zwróci się uwagę na kolejne elementy. Przede wszystkim wyprzedzał kolumnę pojazdów. Mimo to, że zrobiono mu miejsce tak, aby wjechał na prawy pas jezdni, uczynił to tylko na chwilę i na dodatek jedynie częścią prowadzonego samochodu, a następnie niezwłocznie kontynuował manewr wyprzedzania. Ewidentnie zignorował on zachowanie oskarżonego, o zamiarze którego powinien wiedzieć. Wyprzedzający był wówczas w odległości 56–83 m od samochodu oskarżonego, a zatem miał pełne możliwości wykonania manewru obronnego w postaci awaryjnego hamowania i powrotu na prawy pas jezdni. Zamiast tego zwiększył prędkość prowadzonego pojazdu i bezprawnie wyprzedzał z lewej strony pojazd, który mógł być wyprzedzany tylko z prawej strony. Innymi słowy nic innego, jak tylko zachowanie wyprzedzającego, naruszającego wiele podstawowych zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, było przyczyną wypadku.

Nie ma wątpliwości, że był to kolejny czynnik przemawiający za słusznością rozstrzygnięcia uwalniającego oskarżonego od winy. Wyrok jest prawomocny.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

TOREBKA CHARLOTTY

Wyjątkowo zacząć trzeba od prasy, gdyż okazja jest szczególna. Po raz pierwszy w historii – 6 stycznia 2014 roku – brytyjscy barristerzy w charakterystycznych togach i perukach tłumnie wyszli przed budynki sądów, aby zaprotestować przeciwko rządowemu planowi 30-procentowych cięć w opłatach za pomoc prawną z urzędu w sprawach karnych.

Przewidywane okrojenie tej pozycji budżetowej o 220 milionów funtów wzburzyło brytyjskich obrońców karnych tak bardzo, że w wypowiedziach dla mediów porównywano to przedsięwzięcie do rozprawy rządu Margaret Thatcher z górnikiem w 1984 roku. „Posługując się kłamstwem, wtedy zdołowano przemysł górniczy, a teraz chcą zdołować praktykujących karnistów (*criminal bar*)” – miał argumentować jeden z protestujących, przekonując, że obrony karne nie są wcale tak lukratywnym zajęciem, aby określać obrońców mianem „tłustych kotów” („*fat cats*” – za „*Independent*” z 7 stycznia 2014 r.).

Prasa bulwarowa miała – jak się zdaje – inne zdanie. W „*Daily Mail*” zamieszczono fotografię strajkujących przed londyńskim Old Balley (dostępna na stronie <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2534669/Thousands-barristers-walk-protest-plans-slash-220m-legal-aid-budget.html>), na której zakreślono czerwonym kółkiem torebkę jednej z pań, z m.in. takim komentarzem:

„Twierdzą, że redukcja opłat pochodzących od podatników powstrzyma światło umysły prawnicze od pracy obrońcy karnego. Młodzi barristerzy zarabiają tylko 13 tysięcy funtów rocznie – powiedzieli ich liderzy. Może wszakże błędem jednej z protestujących było posiadanie ekskluzywnej widocznej tu torebki Mulberry Bayswater. Taki drobiazg, który kosztuje 1100 funtów, należy do Charlotty Hole (lat 31), której byłoby trudno go kupić za takie wynagrodzenie” („*Daily Mail*” z 7 stycznia 2014 r.).

Choć gazeta podała, że młoda Pani Mecenasa (*nota bene* absolwentka Oxfordu) wyjaśniła, iż otrzymała tę torebkę w prezencie od swojej matki, to w głowach czytelników – za sprawą torebki Charlotty – miała pozostać przede wszystkim wątpliwość co do dobrych intencji strajkujących „tłustych kotów”.

Pamiętajmy też o brytyjskim kontekście. Wciąż aktualna jest ocena George'a Orwella sprzed 70 lat: „Nawet najbardziej dramatyczne zmiany muszą być u nas wprowadzane w sposób pokojowy i z ostentacyjnym zachowaniem pozorów legalności; wszyscy wyjąwszy skrajnych wariatów z rozmaitych partii politycznych, są tego świadomi. Wszystko to stanowi podstawę angielskiego poglądu politycznego” (szkic *Anglicy* w zbiorze pt. *Anglicy i inne eseje*, Warszawa 2013, s. 339). Manifestacyjne wyjście barristerów przed sądowe budynki nie przekształci się ani w żadną zadymę, ani nawet wymianę inwektyw. Krytyka zaś tego protestu może mieć elementy kpiny czy sarkazmu, ale nie naruszy niczyich dóbr osobistych.

Strajk barristerów został skomentowany w polskiej prasie jako zachęta do twardego artykułowania przez adwokatów grupowych interesów, odstąpienia od dalszego przyzwolenia, by być traktowani „jak feudalni chłopci, zobowiązani do darmowej robocizny, nad którymi stoi ekonom z batem w postaci sądownictwa dyscyplinarnego”. Przy okazji dostało się i samorządowej reprezentacji: „polski samorząd adwokacki z trudnością przyjmuje do wiadomości, że jego głównym zadaniem jest obrona interesów ekonomicznych ogółu adwokatów. Nawet za cenę ostrej kolizji z Ministerstwem Sprawiedliwości. Niemala część działaczy samorządowych mentalnie tkwi, niestety, w minionej epoce, kiedy to podstawowym zadaniem samorządu adwokackiego było trzymanie w ryzach ogółu adwokatów” (A. Nogał, *Adwokaci strajkują w Anglii. Kiedy czas na nas?*, „Rzeczpospolita” z 14 stycznia 2014 r.).

Wielokrotnie wyrażałem publicznie przekonanie, że władze samorządowe nie mogą uchylać się od reprezentowania materialnych interesów środowiska. Jeśli pole to zaniebają, skupiając się wyłącznie na zadaniach adwokatury, zrobią miejsce demagogom i populistom, którzy będą licytować się obietnicami ku ucieście wyborców. Pierwszą zachętę do strajku uważa się za żart, dziesiątą już za propozycję godną rozważenia, pięćdziesiątą za oczywistość.

Dzisiaj jakkolwiek protest adwokacki, np. przeciwko zamrożonym od kilkunastu lat stawkom wynagrodzeń minimalnych, wykorzystany byłby przeciwko adwokaturze tak przez media, jak i przez władze. Znalazłaby się nie tylko jakaś „torebka Charlotty”, a może i usłyszelibyśmy o „tłustych kotach”, które chcą się bogacić na cudzej krzywdzie. Władze państwowe doskonale wiedzą, że polscy adwokaci nie będą palić opon w Alejach Ujazdowskich. Adwokaci wiedzą, że władze z reguły nie dbają o interesy tych grup zawodowych, które wypowiadają się zbyt subtelnie. Bo subtelność wypowiedzi to wciąż w Polsce oznaka słabości. Ze słabymi się nie dyskutuje, do słabych na Krajowy Zjazd nie przyjeżdża minister, ale delegowany urzędnik niskiego szczebla.

Co zatem czynić, aby to zmienić? Znakomity pisarz i inteligentnie złośliwy rozmówca, Andrzej Sapkowski (gorąco polecam jego zeszłoroczny powrót do Wiedźmina pt. *Sezon burz*), powiedział kiedyś w wywiadzie, że poglądy polityczne są jak d..., bo każdy je ma, ale nie musi wcale ich pokazywać. I tak, jak każdy, czy może prawie każdy, mam pomysły, jak należy skutecznie artykułować interesy ekonomiczne naszego środowiska, ale nie muszę ich ujawniać. Najpierw niech przedstawią je ci, którzy są dziś reprezentacją środowiska i ci, którzy – jak wzywający do strajku – do reprezentacji tej aspirują. Ja mogę – zgodnie z charakterem tej rubryki – skrócić Państwu oczekiwanie, zachęcając do lektury kilku godnych polecenia książek.

Zacznę od cytowanego już George'a Orwella, który oprócz autorstwa jakże znanego

Folwarku zwierzęcego i *Roku 1984*, pozostawił interesujące eseje, których zbiór wznowiło niedawno wydawnictwo Muza. Orwell był nie tylko wizjonerem, ale i mistrzem słowa (czemu sprzyja świetny przekład Bartłomieja Zborskiego), eseje dotyczą zaś tak problemów społeczno-politycznych, jak i literatury. Jakże smakowity jest tekst o Marku Twainie (*Mark Twain – licencjonowany kpiarz*) czy szkice o Karolu Dickensie i Lwie Tołstoj...

„W okresie gromadzenia fortun, jaki nastąpił po wojnie secesyjnej, ktoś o takim usposobieniu i charakterze jak Twain nie mógł nie dołączyć do ludzi sukcesu. Trwał zmierzch dawnej siermiężnej demokracji prostych, żujących tytoń obywateli, której symbolem był Abraham Lincoln, rozpoczął się okres wykorzystywania taniej pracy imigrantów i wzrostu siły Wielkiego Biznesu” – jakże plastycznie pisze Orwell, i tak ocenia autora *Przygód Tomka Sawyer’a*: „On, który mógłby zostać jakimś rustykalnym Wolterem, stał się czołowym światowym specjalistą od poobiednich przemówień, uwielbianym zarówno dzięki anegdotom, które opowiadał, jak i temu, że potrafił wpoić biznesmenom przekonanie, iż są dobroczyńcami publiczności” (s. 175, 176).

Czy nie czyta się tego z przyjemnością? Albo taka refleksja Orwella o jego ojczystym języku:

„Pisanie, a nawet mówienie po angielsku nie jest nauką, tylko sztuką. Nie istnieją w tej mierze żadne pewne i niezawodne reguły, lecz tylko jedna ogólna zasada, że słowa konkretne są zawsze lepsze niż abstrakcyjne oraz że wyrazić coś najkrócej oznacza zawsze – najlepiej” (szkic *Anglicy*, s. 353).

Są też bardziej kontrowersyjne, aczkolwiek godne refleksji tezy:

„Anglicy potrafią znacznie lepiej niż inne narody przeprowadzać rewolucyjne zmiany bez rozlewu krwi. Jedynie w Anglii można było zlikwidować biedę nie niszcząc demokracji. Gdyby Anglicy zadali sobie trud i uaktywnili swój system demokratyczny, objęliby przywództwo w Europie Zachodniej i zapewne również w innych częściach świata. Ich rządy byłyby pożądaną alternatywą zarówno dla rosyjskiego autorytaryzmu, jak i dla amerykańskiego materializmu” (szkic *Anglicy*, s. 360) – pisał w 1944 roku, czyli jeszcze przed rozpadem Imperium Brytyjskiego. Doprawdy, warto sięgać po Orwella, nie tylko dla przywołania ponurej wizji świata z *Roku 1984*...

Po dłuższej przerwie przypomniał o sobie inny Anglik – Frederick Forsyth, autor *Dnia Szakala*. To jeden z nielicznych twórców powieści sensacyjnych, który nie produkuje ich masowo, a mimo to czytelnicy o nim pamiętają. Wydana w Polsce kilka miesięcy po zachodniej premierze *Czarna lista*, opowieść o niezłomnych żołnierzach broniących zachodniej cywilizacji przed dżihadem, może razić tradycjonalizmem narracji, ale czyta się ją z przyjemnością. Przy okazji utwierdzać się mamy w przekonaniu o profesjonalizmie brytyjskich i amerykańskich wojskowych, co może i odbiega od rzeczywistości, ale odpowiada naszym oczekiwaniom w świecie pełnym niepewności.

Miłośników literatury poważniejszej, acz przyjemnej w czytaniu, nie zawiedzie lektura dwóch świetnych prac luminarza polskiej mediewistyki Henryka Samsonowicza. Pierwsza to pełna smaczków *Złota jesień polskiego średniowiecza*, nawiązująca do *Jesieni średniowiecza* Johana Huizingi. Można przekonać się, jakże logiczna może być narracja historyczna i że procesy dziejowe nie są li tylko stymulowane brzękiem oręża. Druga, pt. *Życie miasta średniowiecznego*, to choć książeczka ledwie 200-stronicowa (wielokrotnie wznawiana, ostatnio w 2012 roku przez Wydawnictwo Poznańskie), więcej mówi o życiu w średniowieczu niż niejedno opaste tomisko. Czytałem ją niedawno ze szczególnym

sentymentem, gdyż po pierwsze, jako student byłem słuchaczem pasjonujących wykładów monograficznych Profesora poświęconych tej tematyce, a po drugie, bo na egzaminie z historii średniowiecza wieńczącym drugi rok studiów historycznych Profesor (wówczas rektor Uniwersytetu) całkiem dobrze mnie ocenił.

Dzieliłem się już swoją fascynacją wydaną w Polsce w 1996 roku satyrą Toma Wolfe'a *Ognisko próżności* (*The Bonfire of the Vanities*). Poszukujących tej książki musiałem zmartwić, że nic mi nie wiadomo o jej polskim wznowieniu. W tej sytuacji warto wszakże obejrzeć jej ekranizację (polski tytuł *Fajerwerki próżności*), którą w 1990 roku wyreżyserował Brian de Palma. Film jest mniej gorzki, spłyca wiele wątków i odbiega od literackiego pierwowzoru, ale warto go zobaczyć dla ról Toma Hanksa, Melanie Griffith, Morgana Freemana, a przede wszystkim Bruce'a Willisa. Abyśmy wierzyli, że dziennikarzom chodzi o coś więcej niż tylko o wyszukiwanie „torebek Charlotty”, autor zjadliwych reportaży (Bruce Willis) pokazuje całkiem ludzkie oblicze. Abyśmy wierzyli, że świat nie jest taki zły, mamy patetyczne wystąpienie sędziego (Morgan Freeman) na temat sprawiedliwości (*justice*) i przyzwoitości (*decency*). Widzowi jest milej niż czytelnikowi. Pytanie tylko, która wersja wydarzeń – ta z powieści, czy ta z filmu, jest bliższa naszej rzeczywistości.

Po lekturze

Andrzej Bąkowski

PIERWSZY ZESZYT JUBILEUSZOWY „PALESTRY” Z 1988 R.

Nie ucichły jeszcze echa obchodów 95-lecia istnienia niepodległej Adwokatury Polskiej, uroczystego posiedzenia plenarnego Naczelnej Rady Adwokackiej w dniu 9 stycznia br., w tym samym dniu spotkania i pięknego koncertu w Pałacu Krasieńskich w Warszawie, w historycznej już sali posiedzeń Sądu Najwyższego i Naczelnej Rady Adwokackiej z okresu II Rzeczypospolitej Polskiej. Zebrało się tam wielu zaproszonych adwokatów i gości: sędziów Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Odnotować należy krótkie, ale wyraziste wystąpienia Prezesa NRA adw. Andrzeja Zwary oraz animatora kultury adwokackiej adw. Stanisława Kłysa.

Zainspirowany owym spotkaniem, chciałbym się odnieść do obchodów siedemdziesięciolecia naszego samorządu adwokackiego, które się odbyły w czasie schyłkowego PRL-u, w 1988 roku. Jednakże już wtedy Polacy, a szczególnie adwokaci, jak zwykle uczuleni na wszelkie zmiany klimatu politycznego, wiedzieli, że okres komunizmu kończy się właśnie krachem politycznym, socjalnym i ekonomicznym. Cenzura nagle złagodniała. Odbyły się, jak pamiętam, uroczystości 11 listopada 1988 r. przy Grobie Nieznanego Żołnierza. Ówczesny Prezes NRA adw. dr Kazimierz Łojewski, żołnierz AK i powstaniec warszawski, z delegacją składał w tym świętym dla Polaków miejscu wieniec. Widzę Go podpisującego się w imieniu Adwokatury w Księdze Pamiętkowej. Odbyły się także jakieś inne uroczystości. Wraz z grupą kolegów adwokatów otrzymałem wielki medal pamiątkowy. Panowało uczucie pewnej ulgi po narodowym zmęczeniu stanem wojennym. Za nami był okres wielkich i mniejszych procesów politycznych, w których adwokaci w różnych częściach kraju zdawali egzamin zarówno z patriotyzmu, jak i ze sztuki występowania w tych procesach.

Z pewnym miłym – jak pamiętam – zaskoczeniem przyjąłem wskazanie mnie z adw. Stanisławem Mikke jako redaktorów owego jubileuszowego numeru „Palestry”, o czym informacja widniała w tytule tego tekstu, wraz z nazwiskami przewodniczącego komisji redakcyjnej adw. Edwarda Mazura i adw. Józefa Bielskiego (opracowanie redakcyjne), czyli współtwórców zeszytu nr 11–12 z 1988 r.

Grono autorów składało się z adwokatów: Witolda Bayera, Zbigniewa Czerskiego, Zdzisława Czeszejko-Sochackiego, Zdzisława Krzemińskiego, Kazimierza Łojewskiego, Wiesława Łukawskiego, Romana Łyczynka, Edwarda Mazura, Franciszka Sadurskiego, Henryka Szczurka oraz niżej podpisanego.

Pozwolę sobie pokrótce przedstawić idee, jakie przyświecały autorom w tekstach przedstawionych Komisji Redakcyjnej.

Zacznijmy od ówczesnego Prezesa NRA adw. dr. Kazimierza Łojewskiego, który swoje refleksje przedstawił zarówno w przedmowie do całego numeru „Palestry”, jak i w artykule pt. *Adwokatura a ochrona praw i wolności obywatelskich. W Przedmowie Prezes NRA podniósł doniosłe znaczenie historyczne Dekretu z 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego*, podpisanego przez Naczelnika tegoż Państwa Józefa Piłsudskiego. Dekret ten zapoczątkował niepodległy byt Adwokatury w wolnym państwie. Dzieje Adwokatury od grudnia 1918 r. do dnia dzisiejszego są częścią polskiego losu. Byliśmy zawsze integralnie związani z narodem, ze społeczeństwem we wszelkich przejawach życia politycznego, społecznego, naukowego. Adwokatura stała zawsze u boku słabszego w jego zmaganiach o prawo w pogmatwanym labiryncie życia prawnego i politycznego. Nie była zbyt rozpieszczana przychylnością i uznaniem ze strony dysponentów władzy. Początek lat osiemdziesiątych (XX wieku), gdy przemiany wyrosłe z gniewu społecznego i z troski obywatelskiej były dla Adwokatury sprawdzianem słuszności jej działania. Podejmowane przez adwokatów w okresie stanu wojennego obrony stanowią jedną z najchlubniejszych kart w historii minionego 75-lecia. Powyższe słowa (w moim streszczeniu) napisał Prezes adw. Łojewski.

W artykule o stosunku adwokatury do ochrony praw i wolności obywatelskich Prezes K. Łojewski omówił podstawowe zadania Adwokatury sformułowane w art. 1 ustawy PoA z 1982 r. „Nie będzie przesady w twierdzeniu, że obowiązująca ustawa – Prawo o adwokaturze składa się z owego art. 1 oraz z całej pozostałej reszty. Z mocy tej normy Adwokatura po raz pierwszy w dziejach przedwojennego i powojennego prawodawstwa została uznana za zawód umocowany nie tylko do udzielania tradycyjnej pomocy prawnej, ale również do współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa. Żaden zawód inteligencki w Polsce nie ma w katalogu swych powinności obowiązku odnoszącego się do ochrony praw i wolności obywatelskich, a więc praw uznanych przez ludzkość za najważniejsze dla jednostki ludzkiej”. Cały artykuł jest zdominowany rozwinięciem powyższej zasady.

Były Prezes NRA adw. Zdzisław Czeszejko-Sochacki zajął się usytuowaniem *Adwokatury w strukturze politycznej państwa*. Mocno podkreślił podniesienie roli i znaczenia Adwokatury w państwie. Zanalizował treść innych publikacji, jakie powstały w owym „gorącym” klimacie politycznym lat osiemdziesiątych dwudziestego wieku. *In fine* swojej wypowiedzi autor wskazał dochodzenie do głosu koncepcji „konstytucjonalizacji adwokatury”. Jest to jego zdaniem postulat *de lege ferenda*.

Niezwykle ciekawy z historycznego spojrzenia na adwokaturę jest obszerny tekst adw. Edmunda Mazura *Organizacja Adwokatury w latach 1918–1988*. Ten artykuł, w zamierzeniu autora, miał być inspiracją dla przyszłych historyków adwokatury. Pisze on wszak o tym, w jakich okolicznościach powstawały izby adwokackie, znikwały lub przybierały inny kształt terytorialnego zasięgu działania. Adwokat E. Mazur dał – jak widać – mocny impuls w swoim elaboracie dla późniejszych opracowań, które rzeczywiście powstały. Tytułem

przykładu wskazuję tu obszerne i znakomite opracowanie adw. dr. hab. Adama Redzika na temat historii samorządu adwokackiego (wyd. 2007 i 2010), liczne publikacje adw. dr. Tomasza J. Kotlińskiego, czy też ich wspólny podręcznik *Historia Adwokatury* (2012)

Mój artykuł nosi tytuł *Regulacje prawne ustroju Adwokatury Polskiej w latach 1918–1988*. Oprócz oceny zmieniających się tekstów ustaw i rozporządzeń o adwokaturze, zawartych zarówno w „Dzienniku Ustaw RP”, jak i „Monitorze Polskim”, sięgnąłem do wszystkich tekstów dotyczących adwokatury zamieszczonych w obu publikatorach urzędowych. W tym celu „odwiedzałem” biblioteki obydwu sądów wojewódzkich w Warszawie, bibliotekę SN, bibliotekę ORA w Warszawie, a nawet w poszukiwaniu najwcześniejszych numerów „Monitora Polskiego” – Bibliotekę Sejmu RP.

Zestaw wszystkich źródeł prawa traktujących w jakimkolwiek stopniu i wymiarze o adwokaturze zamieściłem jako aneks do ww. artykułu.

Adwokat Zdzisław Krzemiński, żołnierz NSZ i AK, w obszernym szkicu *Adwokatura Polska w latach 1918–1939*, podzielonym na pięć rozdziałów: I. *Przy odbudowie państwa*, II. *Samorząd adwokacki*, III. *Działalność zawodowa*, IV. *Działalność publiczna*, V. *Pamiętny rok 1939*, przedstawił działalność samorządu adwokackiego i działacze adwokatury oraz wielu wybitnych adwokatów na wszystkich polach, na których pracowali, zyskiwali szacunek w społeczeństwie i Państwie Polskim, nauce i wzięli udział w kampanii wrześniowej. Przedstawił tematykę szkicu z właściwym sobie talentem i nieukrywaną miłością do adwokatury. Temat ciągle aktualny, nazwiska choć znane, zawsze warte odświeżenia. Jest to w istocie znakomity skrót owego okresu w historii odrodzonej po 123 latach niewoli Polski, to, co należało powiedzieć i napisać w numerze jubileuszowym „Palestry”.

Z kolei adw. Witold Bayer opracował szkic *Adwokatura Polska podczas okupacji hitlerowskiej 1939–1945*. W osobie tego autora mamy postać całej adwokaturze dobrze znaną. Żołnierz Armii Krajowej, w okresie stalinowskim więzień polityczny, wybitny prawnik, przedstawił dzieje i losy polskich adwokatów w okupowanej Polsce w sposób adekwatny do ich odwagi, zaangażowania w konspirację antyniemiecką. Zrobił przegląd wydarzeń związanych z oporem adwokackim stawianym okupantowi ze strony Tajnej Naczelnej Rady Adwokackiej, Rady Warszawskiej, Rad Adwokackich w Krakowie, Lublinie i Lwowie. Adwokaci ratowali na dużą skalę Żydów, prowadzili działalność konspiracyjną oraz jawną w zakresie samorządowym, kształcili aplikantów, organizowali egzaminy adwokackie, zbiórki pieniężne dla rodzin kolegów aresztowanych przez okupanta, przebywających w obozach koncentracyjnych. Dbali nieustannie o zachowanie powagi i honoru polskiego adwokata. Autor podaje przerażające w swej wymowie dane statystyczne co do strat osobowych adwokatury. 59% adwokatów i przeszło 90% aplikantów adwokackich (izby warszawskiej) poniosło śmierć podczas wojny i okupacji. Adwokaci byli grupą inteligencją najbardziej prześladowaną przez okupanta.

Kolejny autor, adw. Franciszek Sadurski, w artykule *Adwokatura Polska w latach 1944–1988* naszkicował obraz adwokatury, sposób reaktywowania adwokatów i aplikantów adwokackich przez tzw. władzę ludową zaraz po wojnie, które przebiegało dość poprawnie do roku 1950, kiedy to uchwalono pierwszą „ludową” ustawę adwokacką. Zerwano wówczas z zasadą koncepcji adwokatury jako wolnego zawodu, tworu systemu burżuazyjno-liberalnego. Ministrowi Sprawiedliwości przyznano wyłączną gestię w sprawach wpisu na listę adwokacką, ograniczania uprawnień organów adwokatury, zwłaszcza Naczelnej Rady Adwokackiej. Przyjmowano do zawodu adwokackiego niejednokrotnie

kandydatów bez pożądaných kwalifikacji zawodowych i moralnych. Nazwano to później w Sejmie w debacie nad ustawą z 1956 r. „zaśmiecaniem adwokatury”. Modne były wtedy przemówienia obrończe z powoływaniem się na teorię Andreja Wyszyńskiego, a nawet Lenina. Obrońcami czasami byli ludzie zajmujący się rzemiosłem np. szewca. Sam znałem takiego osobnika występującego przed sądami warszawskimi. Artykuł adw. F. Sadurskiego, działacza ludowego, wiceministra sprawiedliwości z lat 1957–1959, jest szczególnie ciekawy z uwagi na bezkompromisowość przedstawienia tego bardzo smutnego okresu w historii adwokatury. Autor docenił też charakter Krajowego Zjazdu Adwokatury w Poznaniu w dniach 3–4 stycznia 1981 r.

Adwokat Roman Łyczywek, żołnierz AK i powstaniec warszawski, autor bardzo licznych artykułów pisanych do „Palestry”, członek izby adwokackiej w Szczecinie, napisał *Zarys historii polskich procesów politycznych (1918–1988)*. Dokonał analizy istoty przestępstwa politycznego w Polsce przedwrześniowej. Ustosunkował się do obron politycznych w tzw. okresie stalinowskim, przeprowadzonych w wyniku wydarzeń z lat 1956, 1968, 1970, 1976. Każdy okres miał swoją specyfikę. Zastrzeżenia w środowisku adwokatury warszawskiej obudził opis tzw. procesu szesnastu w Moskwie w czerwcu 1945 roku. Jak wiadomo, następnie porwano i wywieziono do ZSRS szesnastu czołowych przywódców politycznych Polskiego Państwa Podziemnego. Autor proces moskiewski nazwał kierunkowym, obliczonym na zmianę w Polsce orientacji prołondyńskiej na moskiewską. Warszawscy adwokaci, którzy uczestniczyli w spotkaniu z autorem, skonkludowali, że nie można tego zdarzenia określić jako polskiego procesu politycznego, ponieważ nie odbył się w Polsce, a sądzili oskarżonych – wedle prawa sowieckiego – sowieccy sędziowie wojskowi.

Kolejny autor, adwokat Henryk Szczurek, w artykule *O etyce adwokackiej w praktyce* dokonał szerokiej oceny wartości etyki adwokackiej i godności zawodu jako fundamentu praktycznego wykonywania profesji adwokackiej w społeczeństwie. Adwokat, który nie może sprostać moralności ogólnej przykrojonej na potrzeby adwokatury, prędzej czy później zostanie z niej wyeliminowany. Tekst adwokata H. Szczurka przypomniał mi, że przez wiele lat byłem członkiem Komisji NRA ds. etyki pod przewodnictwem adw. Zdzisława Krzemińskiego, a następnie adw. Stanisława Mikke.

Adwokat Zbigniew Czernski opracował zagadnienie immunitetu adwokackiego na podstawie literatury przedmiotu oraz orzecznictwa sądów dyscyplinarnych.

Adwokat dr Wiesław Łukawski, żołnierz AK i powstaniec warszawski, dyrektor Ośrodka Badawczego Adwokatury od 1987 roku, dość szeroko opisał działalność tegoż Ośrodka od początków jego istnienia w roku 1973. Jest to instytucja jedyna i niepowtarzalna nie tylko w skali krajowej. Celem Ośrodka było i jest inicjowanie i prowadzenie prac naukowych dotyczących zagadnień adwokatury oraz wprowadzanie w życie wyników tychże badań w celu doskonalenia adwokackiego warsztatu pracy. Pierwszym kierownikiem OBA był adwokat Witold Bayer, który pracą i działalnością „dobrze zasłużył się” Adwokaturze Polskiej, podobnie jak jego następcy adw. Jadwiga Rutkowska.

Przewracając kartki wydania jubileuszowego „Palestry” nr 11–12 z 1988 roku, które współtworzyłem jako członek Komisji Redakcyjnej, sądzę, że dobrze jest przypomnieć Czytelnikom naszego korporacyjnego pisma, czym żyła, jakim zasadom służyła Adwokatura Polska w latach 1918–1988.

I to jest przesłanie niniejszego tekstu.

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik

ZBRODNIA I KONSTERNACJA (cz. 4)

Kres bezwolnej wolności

Jeszcze niezatarte wspomnienia z poprzedniej rozprawy. Element niezamierzonego tragikomizmu wniosły na salę sądową próby odczytywania wierszy Bobrzeckiego. Na ich żenujący poziom i bezczelne zapożyczenia, więcej, kradzieże całych fraz z utworów głośnych poetów mogły się dawać nabierać niewiasty nigdy nieczytające albo tacy faceci jak Doniec, zapatrzony w kumpla, który wprowadza go na salony.

Udane było natomiast odczytywanie fragmentów utworów literackich Schenkirzyka¹. Nie da się ukryć, talent wszechstronny. Ludzie słuchali historii i wynurzeń, które wyszły spod jego pióra, z większym zainteresowaniem niż zeznań matki autora tych eseistycznych opowiadań, która mówiła m.in., że jej mąż, a ojciec Schenkirzyka, urzędnik skarbowy, zmarł 15 maja 1933, a syn, jednak, tańczył po dokonaniu zbrodni, bawiąc

¹ Fragmenty interesujących utworów literackich Schenkirzyka można poznać dzięki wnioskowi adwokata Tomasza Aschenbrennera, skierowanemu do przewodniczącego po następującej wymianie zdań z oskarżonym, na którego, po gradzie oskarżycielskich słów przewodniczącego i prof. Jankowskiego, chciałby rzucić nieco korzystnego światła:

ASCHENBRENNER: Jaki proces psychiczny przeszedł pan w okresie od czasu, kiedy pan był zupełnie przyzwolonym człowiekiem aż do chwili zbrodni?

SCHENKIRZYK: Nie pracowałem, nie miałem co robić, gnębiło mnie to strasznie. Nie byłem zdolny przeciwstawić się realizacji planu. Było za późno, żeby się cofnąć.

ASCHENBRENNER: A czy pan wie, że z pańską egzystencją jest związana egzystencja pańskiej matki – a wobec niej ma pan większe obowiązki niż obowiązki przyjaźni?

(Schenkirzyk milczy)

ASCHENBRENNER: A czy pan zastanawiał się nad tą zbrodnią? W formie jakiegoś traktatu?

SCHENKIRZYK: Pisałem taką rzecz.

Wobec wagi tych zeznań Aschenbrenner postawił wniosek, żeby trybunał dopuścił do odczytania opracowań literackich, które pisał Schenkirzyk, a także do pokazu jego prac malarskich, bo to może rzucić światło na charakter i usposobienie oskarżonego. Wnioskowi obrońcy przeciwstawił się prokurator Boryczko. Przewodniczący odroczył decyzję w tej sprawie; we właściwym momencie odczytano fragmenty rzeczonych utworów. Na temat obrazów (których nie pokazywano) wypowiadali się osobno profesorowie i studenci ASP.

się z kobietami dokładnie w pierwszą rocznicę śmierci ojca. A z czego ona żyje i z czego utrzymuje syna? Dostawała 68 zł wdowiej pensji, teraz dostaje tylko 54 zł!

Schenkiryk całuje w czoło przechodzącą matkę. Scena jak z Dostojewskiego.

Kwestie obyczajowe odsuńmy na chwilę na bok. Sprawa robi się trudna. Zbrodnię przy ul. Potockiego należy uznać, a raczej zaklasyfikować, za jeden czyn. „Ustawa austriacka – tłumaczyli prawnicy dziennikarzom – nazywała taki czyn morderstwem rabunkowym, ustawa polska zna tylko zabójstwo i osobno rabunek, jeżeli natomiast oba te przestępstwa schodzą się w jednym czynie, wówczas podpadają pod przepis jednego artykułu”.

25 września 1934 rozpoczął się ponowny proces o zamordowanie Anny Garnarczówny. Ludzie mówią, że do tej pory najdotkliwiej została ukarana właścicielka kiosku, z którego nie ostała się nawet deseczka. Kara za co? Za to, że właścicielka pomogła Stanisławowi Bobrzeckiemu (bratu późniejszego bandyty), kiedy był w wielkiej biedzie?²

Zmiana oskarżyciela. Zamiast Boryczki – prokurator Marian Spólnik.

Uwaga, następnego dnia – jak to później ogłosi prasa – „sensacyjne zeznania Dońca na miejscu zbrodni”.

Sensacyjna była już poprzednia wizja lokalna, z końca czerwca. Z elementami makabry. „Celem zrekonstruowania sceny mordu ułożono obecną służącą dr. Nüssenfelda na ziemię jako żywego modela”. Zachowały się zdjęcia z tego widowiskowego działania. Kobieta jako element inscenizacji musiała mieć mocne nerwy. A raczej dobrą posadę do stracenia.

Wtedy, w czerwcu, kiedy po wizji sprawcom założono kajdany i sprowadzono z mieszkania na dół, na ulicę, tłumy ruszyły i rozerwały kordon policyjny. Pośród złorzeczeń – próba linczu na skutych zbrodniarzach. Udało się jednak wsadzić ich do karetki.

Teraz znowu ich wiozą na wizję lokalną „Zielonym Jasiem” – tak się nazywa w gwarze złodziejskiej karetka więzienna, zielony samochód.

W nowej, by tak rzec, sytuacji Doniec robi z Schenkiryka pierwszego napastnika. Ni z tego, ni z owego zmienia zeznania.

Uderza poufały ton, z jakim Doniec się odnosi do Schenkiryka!

– Janek, nie kłam! – upomina Schenkiryk.

Na to Doniec grozi. I wspomina o „kimś z Wieczystej” (dzielnica, wtedy pod Krakowem). I wrzeszczy.

Bobrzecki obstaje przy tym, że niewiele pamięta.

Schenkiryk traci znów zimną krew, wyprowadzony z równowagi płacze się w zeznaniach. W końcu w rozpacz zwraca się do Dońca: – Czego ty chcesz, człowieku?

Prokurator Spólnik o rewelacjach Dońca: – Niech w to wierzy, kto chce. Ja nie.

Śledczy Pilarski mówi: – No tak, tylko Doniec nie miał rękawiczek – a na szyi ofiary były ślady paznokci.

Mecenas Hofmokl-Ostrowski tymczasem zarzuca śledczemu brak precyzji, mówiąc: – Schenkiryk miał tylko jedną rękawiczkę.

Śledczy Pilarski nie daje się wyprowadzić z równowagi. I dodaje ze specjalnym błyskiem: – To Doniec wiał ten b a b s k i węzeł!

Wotant Horst pyta Dońca, czy była mowa o tym, że Garnarczówna nie żyje?

Doniec wreszcie wydusza z siebie: – Była mowa!

² Zob. przypis 5 w części 2.

A do tej pory wszyscy trzej zgodnie zeznawali, że nie wiedzieli, że Garnarczówna nie żyje. I że o tym dopiero przeczytali w gazetach.

Bobrzecki płacze.

Nagle Schenkirzyk do Bobrzeckiego: – Władek, tyś przecież do mnie powiedział, że możesz załatwić Garnarczównę.

Hofmokl-Ostrowski apeluje, żeby wreszcie przestali zmyślać.

Schenkirzyk: – Prawda jest taka, że były tylko, na dansingu, powracające myśli, że może ona nie żyje.

Wizja lokalna będzie trwać dwie godziny. Przed domem w tym czasie stoją tłumy. Każdy chce zobaczyć mordercę.

Hofmokl-Ostrowski uważa za jedynie sprawiedliwe wykrycie jednego jedyne go sprawcy mordu.

Jan Olbrycht z przekąsem: – Musiało być dwóch sprawców morderstwa, a może i więcej.

Hofmokl do niego: – Panie profesorze, może pan ręką w czoło z katedry pukać, a nie w sądzie!

Wszyscy się śmieją, bo z orzeczenia lekarskiego wynika, że w tym przypadku możliwe było duszenie tylko prawą ręką – a Hofmokl-Ostrowski, bez zapowiedzi i wstępów, demonstrowa na żywym modelu, tzn. na adwokacie Augustynku, że można dusić i lewą.

Profesor Stanisław Jankowski, psychiatra, mówi: – Nie w afekcie popełniono tę zbrodnię, lecz na zimno.

W tym coraz trudniejszym czasie w Rzeczypospolitej na zimno fałszowano alkohole, fałszerzy zupełnie nie obchodziło, czy nabywca, bliźni, oślepnie po spożyciu, umrze, czy już do końca nie będzie zdolny do w miarę przyzwoitego życia. Na zimno fałszowano i wprowadzano do obrotu sacharynę, dodawano przytruty produkt do lemoniad i cukierków dla dzieci. Węszenie oszustw i mizerny procent wykrywania oszustów.

Tego samego dnia po południu w sali sądowej: lekarz więzienny, dr Ciećkiewicz, mówi, że Schenkirzyk w więzieniu nie miał krwotoków z nosa. (Chodzi o to, że w czasie szamotaniny krwawił, grupa krwi się zgadza z tym, co pozostawił na chusteczce; możliwe więc, że to prawda, co mówi Doniec: został zraniony przez służącą, która do pewnego czasu broniła się dzielnie). Schenkirzyk, przesłuchiwany, potwierdza, że wtedy w mieszkaniu przy ul. Potockiego był nieprzytomny, że działał w transie, jakby pod wpływem hipnozy (alkohol i medykamenty).

– Istotnie, nie bardzo pan był przytomny – zwraca uwagę sędzia – skoro nie rozbił pan kufra Garnarczówny...

– Straszna zbrodnia! – wykrzykuje Schenkirzyk.

– W kufrze Garnarczówny było 5000 zł i książeczka Kasy Oszczędności – dodaje sędzia.

– Straszna zbrodnia! – powtarza Schenkirzyk.

– Miał pan wyrzuty sumienia, więc poszedł pan na dansing, żeby podczas wesołych zabaw przywitać o północy piętnasty dzień maja, pierwszą rocznicę śmierci własnego ojca!

Schenkirzyk macha ręką, podnosi głowę na widownię, prostuje się, z ręką na gorsie, jak aktor, i wygłasza następującą kwestię: – Poza tym, co się stało przypadkiem, to przecież nic strasznego odebrać pieniądze człowiekowi, który nie umie używać życia!

– Już pan mówił wcześniej, że to, co pan zrobił, było świetnym wyczynem sportowym.

– Ja miałem coś takiego powiedzieć?

– Tak, mówił pan w więzieniu to do biegłego lekarza, doktora Cieckiewicza.

– Coś podobnego!?

– To znaczy, że pan zaprzecza?

– Zaprzeczam.

– Na co panu były te zrabowane pieniądze? Czy chciał pan wyjechać za granicę, kształcić się, czy to pan uważał za główną rzecz?

– Może.

Emerytowany urzędnik, pan Kędra, wuj Schenkirzyka, wydał „chłopcu” dobre świadectwo.

Czy ktoś jeszcze patrzył na dobre świadectwo bez przymrużenia oka? Czytelnicy rzadziej sięgali po książki Żeromskiego, których bohaterowie nie wahali się złożyć własnego szczęścia w ofierze publicznego dobra. Księgarnie zalewał chłam „powieści” półpornograficznych, których bohaterowie kręcili na wszystkie strony i w ten sposób mogli sobie sprytnie zмайstrować niczego sobie karierę. To wpływało na życie codzienne w odrodzonej Rzeczypospolitej. Zdarzały się coraz częściej sfałszowane esencje octowe, sublimaty i inne płyny oraz proszki, popularne, by tak rzec, wśród samobójców. W narastającej liczbie prób samobójczych coraz więcej było nieudanych z powodu sfałszowanych specyfików.

– Bobrzecki – mówi nazajutrz nadkomisarz Reszczyński – przyznał się do sfałszowania świadectwa szkolnego. Zeznaje Stefania Sojówna, dawna przyjaciółka Bobrzeckiego, służąca, która uchodziła za jego narzeczoną. Sojówna pożyczała Bobrzeckiemu pieniądze, Bobrzecki Sojównie kupował prezenty, lecz jej pieniędzy nie oddał. Zerwał z nią – po trzech latach znajomości.

– Czy pani jeszcze kocha się w nim? – pyta prokurator.

Sojówna, po długiej chwili: – Władziu!

Podchodzi, chce go pogłaskać po głowie, powstrzymuje się, czy on ją powstrzymuje w pół ruchu. Oboje płaczą.

Władysław Bobrzecki był zatrudniony przy kolei jako rysownik, potem był tam telegrafistą. Został jednak zwolniony, ponieważ wskutek uderzenia pioruna w telegraf, przy którym pracował, doznał rozstroju nerwowego i przestał się nadawać do pracy. Z Schenkirzykiem poznał się w restauracji dworcowej.

Matka Bobrzeckiego ma 48 lat, wygląda młodziej, z nowego męża Madejowa. Bobrzecki drży cały na jej widok. Za zezwoleniem przewodniczącego opuszcza salę, prowadzony przez posterunkowego.

Matka: – Wychowałam go starannie, a on był dzieckiem posłusznym wprawdzie, ale bardzo nerwowym.

Wieczorami w miastach Rzeczypospolitej ulice, na których między prostytutkami można było bezceremonialnie przebierać³.

³ O tym problemie piszą naoczni świadkowie: sławny pisarz francuski pochodzenia żydowskiego Romain Gary, publikujący również pod pseudonimem Émile Ajar (właśc. Roman Kacew) (w *Obietnicy poranka* przed-

Maria Cielewska, przyjaciółka Dońca, „dziewczyna lekkiego prowadzenia się”, nie widziała, żeby Doniec kradł. Nic takiego nie było. – Dziwiłam się tylko, że mój Janek, dorożkarz, utrzymuje bliskie stosunki z akademikami. Coraz bardziej się temu dziwiłam. I kiedy do nich szedł, wreszcie nie wytrzymałam i zadałam mu pytanie, czy on kocha się w tym Władku, czy co?... Na to Doniec tłumaczył, że tak mu zależy na tych spotkaniach, ponieważ Bobrzecki i ten artysta Schenkirzyk starają się dla niego o jakąś posadę w ASP.

Dońcowa, matka Jana, przyjechała z Wiednia. Nie pozwala się fotografować na sali sądowej. – Miałam męża łajdaka. Chciała się z dzieckiem rzucić do wody, bo tak ją mąż katował... Janek, cóż, tamte przeżycia zrobiły swoje, pił benzynę, chciał się wieszać.

Na kilka dni przed tragedią doktor Nüssenfeld był niepokojony głuchymi telefonami.

Bobrzecki był obrzydliwie łasy na forszę, a żona Bobrzeckiego wiedziała, że doktor niekiedy bierze pieniądze do domu. Na przechowanie. Nüssenfeld jednak, pytany osobno, skąd ktoś mógł wiedzieć, że on ma w domu takie pieniądze, odpowiada, że zgoła nie wie.

Jakieś plotki krążą o Nüssenfeldzie – a on je dementuje. Nie urządzał pijatyk ani zebrań. Był grzeczny, wszyscy w kamienicy to wiedzą, a w domu przyjmował tylko pacjentów. – Miałem ich – mówi ze smutkiem – niewielu.

Nagle oburzony, podniesionym głosem zwraca się do Zygmunta Hofmokla-Ostrowskiego, który właśnie nadmienił o teauuryzowaniu w mieszkaniu pieniędzy w złocie. O przetrzymywaniu czy podmianianiu przez Nüssenfelda walorów z Towarzystwa Lekarskiego? Może tak, może nie. W każdym razie Hofmokl-Ostrowski zaczeplił doktora w kwestii nieuczciwości. I właśnie Hofmokl, w stylu nie do podrobienia, mówi do oburzonego: – Powinien mi pan być wdzięczny za to, że panu stworzyłem możliwość wyjaśnienia sprawy.

Znakomity obrońca, podchodząc tak profesjonalnie w drodze do celu, pokazał, że nie wszystko jest tak czarne i nie wszystko tak białe.

Na pytania Aschenbrennera odpowiadają studenci.

Sperczyński: – Schenkirzyk na zabawach nie pił dużo, wiele natomiast tańczył. Miał powodzenie. Bobrzecki natomiast był znany z rękoczynów. Zrzucił stół z II piętra w holu Akademii, potłukł rzeźbę, został relegowany.

Józef Fusek: – Mówiło się o Schenkirzyku jako o jednym z najzdolniejszych w ASP (potwierdzają to inni zeznający studenci). Na pytanie Aschenbrennera, czy Schenkirzyka cechowała tendencja używania, Fusek odpowiada: – Nie. On był najskromniejszy w swoich wymaganiach. Na to sędzia Pilarski: – A więc to, co zaszło, jest załamaniem się, dekadencją? – Fusek potwierdza.

Zeznaje artysta malarz Ignacy Pinkas⁴. Znał Schenkirzyka od siedmiu lat! (Przybra-

stawił m.in. znany z autopsji obraz takiej warszawskiej ulicy, widziany i przeżywany przez dorastającego chłopca), Zbigniew Unilowski, Tadeusz Dołęga-Mostowicz, Marian Trzebiński, malarz, wolnomularz [*Pamiętnik malarza* (oprac. M. Masłowski), „Ossolineum”, Wrocław 1958].

⁴ Ignacy Pinkas (1888–1935), polski artysta malarz. Syn urzędnika sądowego w Jasle, był urodzonym artystą, szybko opuścił dom rodzinny i utrzymywał się z własnej pracy; dzięki pewnemu uznaniu jego malowideł w hali nowego dworca kolejowego w Tarnowie zdobył możliwość studiowania w krakowskiej ASP pod kierunkiem Jacka Malczewskiego i Stanisława Dębickiego jako wolny słuchacz. Studia artystyczne uzupełniał w Pa-

nym dzieciom Pinkasa – dziewczynie i chłopcu, uciekinierom z porewolucyjnej Rosji – Schenkiryk dawał coś więcej niż korepetycje; poprzez rozmowy o literaturze i sztuce przybliżał im, Polakom, Polskę tak dotąd oddaloną. Swych podopiecznych skutecznie doprowadził do matury⁵). Rokował jak najlepsze nadzieje – i wielce krzywdzące jest ze strony ASP nieudzielenie mu ostatnio stypendium⁶. Gdyby miał stypendium – uważa Pinkas – nie brałby udziału w zbrodni.

Mieszkali niedaleko – przy ul. Lubomirskiego, w pierzei ul. Topolowej, miał Pinkas w mansardzie piękne, malownicze atelier po zmarłym malarzu Piotrze Nizińskim. Schenkiryk tak często bywał u państwa Pinkasów, że sąsiedzi uważali przystojnego młodzieńca za narzeczonego pasierbicy, Marysi Kazanowicz. – Sympatyzował z Marią, ale nie był jej naręczonym – mówią zgodnie państwo Pinkasowie.

Film *Cyganeria krakowska* być może niedługo można będzie oglądać w kinach. Być może – bo trwają trudne rozmowy z dystrybutorem. Reżyser – którego nazwiska nie

ryżu. Służył w 1. Pułku Artylerii I Brygady Legionów. Nazywany przez kolegów „Pinkacy”, tak podpisywał portrety legionów. Odznaczony Krzyżem Walecznych, już jako niezdolny do służby wojskowej towarzyszył – jako rysownik i malarz wojenny – dywizji gen. Lucjana Żeligowskiego, skierowanej do Wilna. Stworzył tam cykl widoków Wilna i typów charakterystycznych. W 1924 roku, powracając z podróży artystycznej z Paryża, gdzie malował pejzaże Nancy, zahaczył o Pragę... i tam pozostawał przez rok, utrwalając piękno miasta na kilkudziesięciu płótnach. Od 1926 działał w życiu artystycznym Lwowa i Warszawy. Założył rodzinę i osiadł w Krakowie. W 1930 roku zdiagnozowano u niego poważne stadium gruźlicy; leczyl się w sanatorium w Bystrej na Śląsku; pejzaże, które tam namalował, zakupiła dyrekcja sanatorium, powstała także teka litografii oparta na motywach obrazów. Pinkas leczyl się także i malował w Jastarni. Na sali sądowej podczas krakowskiego procesu widzimy go, w towarzystwie żony-opiekunki, jako niespełna czterdziestosześcioletniego mężczyznę, wycieńczonego chorobą. Artysta, któremu pozostał niecały rok życia, pracował jeszcze nad szeroko zakrojoną teką graficzną krajobrazów Krakowa. Po śmierci Ignacego Pinkasa bliscy natrafiają w jego pracowni na wciąż niedoschnięty obraz *Chrystus na krzyżu*.

⁵ Pinkas w roku 1919, podczas wspomnianego pobytu w Wilnie, poznał Marię z Koców Kazanowiczową, która z nieletnimi dziećmi, czteroletnim synem Władysławem Sergiuszem K., późniejszym znanym wrocławskim bibliofilem (1915–1969), i pięcioletnią córką Marią, schroniła się przed rewolucją. W 1920 Pinkas przywiózł Kazanowiczową z dziećmi do Krakowa i zamieszkał z nimi na stałe. Kiedy ponawiane wciąż przez Pinkasa poszukiwania męża i ojca, generała lejtnanta Władysława Sergiusza Kazanowicza (1871–1943), białego emigranta rosyjskiego, nie przyniosły rezultatów, w 1928 malarz pojechał do Wilna, tam się ożenił z Marią Kazanowiczową, wrócili do mieszkania i pracowni w Krakowie.

⁶ Z zeznań kolegów z krakowskiej ASP, m.in. Jana Świderskiego, znakomitego malarza, późniejszego działacza ZPAP i długoletniego profesora krakowskiej ASP (byłem jego studentem – M. S.) oraz Władysława Sperczyńskiego, po II wojnie światowej prezesa ZPAP w Katowicach, wynika, że podczas przeglądu obrazów olejnych, studiów pejzażu w Zakopanem, profesor Pautsch (o, autorytet!) najbardziej spośród nich chwalił Schenkiryka i przewidywał dlań świetną przyszłość (zob. przypis 9 w poprzednim odcinku). Profesorowie natomiast, m.in. Władysław Jarocki (zięć Jana Kasprowicza, realista, piewca Podhala i Huculszczyzny) oraz Stanisław Kamocki (światny plenerzysta, uważany za najwybitniejszego ucznia Jana Stanisławskiego) utrzymywali przed sądem, że Schenkiryk jako malarz był uczniem średnich zdolności, a pochwały, cóż – otrzymał je dla zachęty.

– Jakie noty otrzymywał Schenkiryk? – pyta mecenas Aschenbrenner.

– Bardzo dobre – odpowiada profesor Kamocki.

– Jak można wpisywać dobre noty na dokumencie, kiedy one nie odpowiadają wartości? – pyta Aschenbrenner.

– Dokumentem malarza jest nie świadectwo, lecz obraz – odpowiada Kamocki.

Jeszcze koledzy z ASP w kwestii poważnych spraw bytowych: – Schenkiryk miał stypendium przez dwa lata, ale ostatnio nie miał. Buty zniszczone – mówi Władysław Sperczyński, były prezes Bratniej Pomocy ASP – Schenkiryk – dodaje – przy wszystkich swoich zaletach jest łatwowierny. I nie ma własnego zdania.

ujawniono – wybrał do odtwarzania głównej roli Schenkirzyka, mężczyznę o doskonałych warunkach zewnętrznych, wysokiego, fotogenicznego. – Wybór okazał się trafny – mówi reżyser. – To inteligentny aktor. Zapamiętałem go jednak jako człowieka o nierównym usposobieniu. Nieodgadniony. Nieopanowany – niektóre sceny trzeba było kręcić po kilka razy. Nie daje mi spokoju zagadka psychologiczna: – Co się z tym człowiekiem stało?!

1 października 1934. IKC krzyczy: „Finał procesu morderców śp. Garnarczówny!”. Szósty dzień rozprawy – trybuna dla publiczności na dole i na galerii przepełnione. Niezwykle zainteresowanie – ludzie ciekawi wywodów końcowych ławy przysięgłych. Tym razem otrzymują 24 pytania. Przewodniczący Pilarski. Oskarżyciel publiczny, Marian Spólnik, przypomniał „paniczny nastrój Krakowa” 14 maja 1934. Potworny mord dokonany w biały dzień na jednej z głównych ulic miasta. Dwaj oskarżeni mieli rewolwery. Garnarczówna milczałaby na widok wyciągniętej broni, a oni nie – tylko od razu rzucili się na nią. Lepka tajemnica... Prokurator realistycznie przedstawił przebieg zbrodniczego napadu i mękę Garnarczówny.

Grobowa cisza. Wzruszenie. Prokurator twierdzi, że Bobrzecki jest głównym sprawcą. To człowiek bez skrupułów. Schenkirzyk przed laty napisał interesujące, znakomite literacko zadanie maturalne, które ponadto uderzyło pedagogów radykalizmem poglądów na dobro i zło. Ale żaden z nich nie wziął go na stronę i nie spytał: „Co myślisz, chłopcze?”. Jeden z profesorów ASP wskazał nie bez słuszności zgubny wpływ filmu i prasy na młodzieńca.

Hofmokl-Ostrowski apeluje do ławy przysięgłych jako do „ostatniej twierdzy swobodnej myśli sędziowskiej”. Kreśli obraz powojennej demoralizacji społecznej (życie teatralne, kabaretowe). No i jego klient Doniec – jak twierdzi – jest przytępiony umysłowo.

Drugi obrońca, Józef Augustynek: – Jedyne Doniec mówi prawdę.

Obrońca Schenkirzyka, dr Tomasz Aschenbrenner: – Oskarżeni mają prawo, żeby wnikać w ich dusze i w warunki, w jakich kształtowały się ich dusze. *In dubio – libertes* – tam, gdzie jest wątpliwie – wolność. To zasada starochrześcijańskich sądów.

Obrońca Bobrzeckiego, Franciszek Bardel, twierdzi, że szli tylko po rabunek. Cytuje Pascala: „Wszystko zrozumieć to znaczy wszystko przebaczyć”.

Schenkirzyk, który dotąd milczał i nie był w stanie wyjąkać słowa, teraz mówi głosem pewnym, o bardzo dobrej dykcji:

– O jedno was proszę, żebyście mi panowie uwierzyli, że nie tylko ja, ale żaden z nas ani nie pomyślał o tym, że Garnarczówna straci życie. Proszę, żebyście nie sądzili nas jako zwyczajnych złoczyńców. My jesteśmy tylko ludźmi, tylko bardzo nieszczęśliwymi. Jakieś fatum zagnało nas do tego. Umożliwcie nam powrót do życia, a ja wierzę, że staniemy się jeszcze pożytecznymi jednostkami społeczeństwa. Proszę was, żebyście nie odbierali nam ostatniej wiary.

O godzinie 16.20 przysięgli udali się na naradę. Po powrocie zwierzchnika ławy odczytuje on werdykt przysięgłych, po czym o godzinie 18.00 trybunał opuszcza salę, a po naradzie sędziego przewodniczący dr Pilarski odczytuje wyrok:

Doniec – 12 lat więzienia i orzeczenie utraty praw obywatelskich i honorowych na 10 lat.

Bobrzecki – 14 lat więzienia i utratę praw na 10 lat.

Schenkirzyk – 10 lat więzienia i utratę praw na 6 lat.

Oskarżeni przyjęli wyrok spokojnie.

Ta sprawa wchodziła dwa razy na wokandę krakowskiego sądu.

Od poprzedniej rozprawy minął zaledwie kwartał, a tłum już nie domaga się głów. Bieg historii ma wpływ na nastroje. Wyrok – mówią komentatorzy – to długie lata pokuty.

Cztery grube tomy akt. Dziennikarz potem, po oddaniu tekstu, nad ranem, w krakowskiej restauracji: – Nikt nigdy nie rozwiąże zagadki przedziwnego porozumienia się ludzi na wysokim stopniu kultury z człowiekiem zupełnie jej pozbawionym, w układzie socjalnym z dala od nich stojącym.

Doktor Nüssenfeld szybko się wyniósł z feralnego mieszkania. Od 19 października 1934 roku mieszkał już w jasnym pałacowym domu pod nr 20, przy dobrze strzeżonej ulicy Karmelickiej⁷.

⁷ Źródło: kehalalinks.jewishgen.org/Nussenfeldorg/krakow/kra_1935_voters.htm – The Jews of Krakow and its Surrounding Towns (dostęp: 10 czerwca 2013 r.).

Recenzje i noty recenzyjne

Prawnicy i dziennikarze – współpraca, rywalizacja, manipulacja
red. Elżbieta Łojko

z serii: Monografie, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa
i Administracji UW, Warszawa 2013, ss. 216.

Jest to książka, która już w samym tytule niesie przewrotne przesłanie. Jest próbą zdefiniowania, a może raczej nazwania relacji zachodzących pomiędzy tymi dwoma środowiskami, których tłem jest sala sądowa.

Autorzy przyjęli metodę badawczą pozwalającą na wielostronne zdiagnozowanie problemów pojawiających się w komunikacji pomiędzy prawnikami a dziennikarzami. Przeprowadzono bowiem 15 wywiadów z prawnikami (w grupie tej byli sędziowie, adwokaci i prokuratorzy) i 10 z dziennikarzami sprawozdawcami sądowymi. Osoby te nie były dobrane przypadkowo: każda z nich posiadała wieloletni staż zawodowy i doświadczenie w kontaktach międzygrupowych. Obszerny kwestionariusz badawczy (realizacja wywiadu zajmowała ok. półtorej godziny) był odpowiednio modyfikowany w zależności od profesji respondenta. Niektóre wypowiedzi są cytowane, co przydaje książce autentyzmu i ubarwia przedstawiane w niej wywody.

Analizie poddano także materiały prasowe publikowane w wybranych tytułach o różnej orientacji politycznej („Rzeczpospolita”, „Gazeta Wyborcza”, „Nasz Dziennik”, „Trybuna”, „Super Express”), dotyczące czterech ówczesnych *causes célèbres*. Przedmiotem sprawozdań były sprawy: Mirosława Garlickiego, linczu we Włodowie, Krzysztofa Piesiewicza i osób odpowiedzialnych za wprowadzenie stanu wojennego. Autorzy oceniali publikacje pod kątem ich rzetelności w prezentowaniu faktów i ocen. Doskonałym pomysłem było porównywanie sprawozdań i notek prasowych dotyczących tej samej sprawy w kilku tytułach. Okazuje się, że profil polityczny gazety ma znaczący wpływ na jakość i styl komentarzy. Aż prosi się przypomnieć słowa Kalinina, który pisał, że proces karny jest najlepszą formą agitacji...

Część pierwsza opracowania, autorstwa Elżbiety Łojko, poświęcona jest koncepcji zamierzenia badawczego, jego metodologii i uzasadnieniu podjęcia tematu. Druga, nosząca tytuł *Pośrednie i bezpośrednie źródła wiedzy o prawie*, jest przedstawieniem jawności (publiczności) postępowań sądowych z punktu widzenia modeli komunikacyjnych. Autorka A. Raczkowska upatruje w sprawozdawczości sądowej „socjalizacji prawnej”, a więc sposobu stawania się odbiorcy informacji o prawie uczestnikiem świata prawa.

Kontynuacją tych rozważań jest rozdział trzeci, którego przedmiotem jest wpływ sprawozdawczości sądowej na świadomość prawną. Porównanie warunków działania prasy w Polsce do 1989 roku z sytuacją obecną prowadzi A. Raczkowską do gorzkiej refleksji, że paradoksalnie w czasach cenzury informacje o postępowaniach sądowych były rzetelniejsze. Służyły one naturalnie doraźnym celom polityki karnej, ale informacja wówczas nie była jedynie towarem. W epoce prasy wolnej dziennikarze muszą produkt swej pracy sprzedać, co osiągnąć można poprzez epatowanie czytelnika sensacyjną narracją. Nie mają więc poczucia misji kształtowania świadomości prawnej, bo cnota obiektywizmu i rzetelności nie przekłada się bezpośrednio na sprzedawalność gazety.

Autorka powołuje znamienne wyniki badań M. Boruckiej-Arctowej (2002) i IBC Group & Homo Homini zleconych przez Ministerstwo Sprawiedliwości (2009), z których wynika, że społeczeństwo czerpie wiedzę o wymiarze sprawiedliwości przede wszystkim z telewizji (86%), a zaledwie 4% miało osobiste doświadczenia z sądem lub prokuraturą. Wymiar sprawiedliwości negatywnie ocenia jednak aż 44% Polaków. 70,9% ankietowanych twierdzi, że wyroki wydawane w Polsce są niesprawiedliwe, a ponad połowa uważa, że powszechna jest w nim korupcja.

Zdaniem Autorki dzieje się tak z kilku powodów: dziennikarze koncentrują się wyłącznie na elementach sensacyjnych, tworzą emocjonalny klimat wokół sprawcy, ferują samodzielnie wyroki, a następnie krytykują orzeczenia sądu, które nie odpowiadają ich oczekiwaniom. Nie posiadają elementarnej wiedzy prawniczej, co sprzyja błędnym i najczęściej krytycznym komentarzom o przebiegu postępowania. Agata Raczkowska słusznie zauważa, że do pewnego stopnia takiemu „stylowi” uprawiania dziennikarstwa sądowego sprzyja zawilość procedur i sztapowaty, minimalistyczny sposób udzielania informacji przez rzeczników sądów i prokuratur.

Bardzo interesujący jest piąty rozdział książki, poświęcony porównaniu relacji prasowych kilku budzących zainteresowanie opinii publicznej procesów w wybranych tytułach prasowych o różnej konotacji politycznej. Z zestawienia zakresu informacji i komentarzy dotyczących tych samych postępowań wynika, że rzetelność relacji pozostaje w bezpośrednim związku z profilem politycznym gazety.

Rozdział szósty, *Medialne wizerunki działalności zawodowej prawników*, autorstwa Elżbiety Łojko, zasługuje na szczególną uwagę. Z przeprowadzonych wywiadów wynika, że dziennikarze opisujący działania wymiaru sprawiedliwości posługują się stereotypami: sędziowie są zadufani i nieprzystępni, prokuratorzy niekompetentni i politycznie uwikłani, a adwokaci są „manipulatorami wrażeń”. Taki obraz środowiska powoduje powstanie u prawników „syndromu obłożonej twierdzy”, przy braku jakichkolwiek zintegrowanych działań mających na celu poprawę ich medialnego wizerunku.

Paweł Rochowicz w rozdziale siódmym przedstawia rzeczywistość reportażu sądowego. Z badań wynika co prawda, że dziennikarze mają poczucie pełnienia funkcji informacyjnej i edukacyjnej, ale to kryterium sensacyjności jest dla nich priorytetem. Zafałszowanie relacji z procesów są spowodowane także brakiem wiedzy prawniczej i zawodowego przygotowania, nieznajomością terminologii prawniczej i procedur. Autor stwierdza, że oczekiwana przez wydawcę sensacyjność przekazu przeważa nad rzetelnością dziennikarską i prowadzi do swoistego kreowania rzeczywistości w publikacjach sądowych.

I wreszcie ostatni rozdział, autorstwa Moniki Dziurnikowskiej-Stefańskiej, stanowi próbę sformułowania zasad strategii współpracy prawników z dziennikarzami. Znaj-

dziemy w nim apel o wzajemne zrozumienie i współpracę oraz o większą aktywność medialną sędziów i prokuratorów. Należyte wykonywanie funkcji edukacyjnej przez prasę stanie się możliwe po przełamaniu bariery nieufności pomiędzy środowiskami dziennikarzy i prawników, które łączyć powinna troska o zbudowanie rzetelnego obrazu wymiaru sprawiedliwości w opinii społecznej.

Powstała znakomita praca o charakterze socjologicznym, opisująca realia związków pomiędzy dziennikarzami a prawnikami sądowymi.

Pewnym mankamentem jednak wydaje się pominięcie uregulowań prawnych, kształtujących relacje te formalnie. Mam tu na względzie przede wszystkim przepisy regulaminów wewnętrznego urzędowania sądów i prokuratur, które wyraźnie i jednoznacznie określają kompetencje w zakresie kontaktów z prasą, przepisy prawa prasowego i przepisy proceduralne, odnoszące się do jawności postępowań. Wydaje się, że skrócony, uproszczony zarys odpowiednich regulacji prawnych pozwoliłby czytelnikowi na głębszą ocenę prezentowanych w książce spostrzeżeń.

Wyniki badań i analiz doprowadziły Autorów do sformułowania kilku istotnych tez, które skłaniają do przemyśleń.

Prawnicy doceniają siłę medialnych przekazów, ale jednocześnie się jej obawiają. Sędziowie uważają, że wypowiadać się mogą jedynie w uzasadnieniu wyroku, każda inna forma wypowiedzi może zaś uchybiać ich niezawisłości lub zagrażać niezależności. O tym, że spostrzeżenie to jest słuszne, świadczy burza rozpętana wokół wywiadu sędziego Igora Tulei, w którym rozwijał on szczególnie bulwersujące wątki procesu Mirosława Garlickiego. Decyzją zwierzchników został odwołany ze stanowiska zastępcy rzecznika prasowego Sądu Okręgowego w Warszawie.

Materiały prasowe bywają w ocenie sędziów potencjalnie niebezpieczne, gdyż podburzona i sterowana opinia publiczna niesprawiedliwie ocenia ich pracę oraz zasadność wydawanych przez nich wyroków. Sędziowie mają skłonność do traktowania krytyki prasowej w kategoriach celowego ataku na środowisko, wykazują „syndrom obłąkanej twierdzy”, a dziennikarzy postrzegają jako zagrożenie dla powagi i prestiżu wymiaru sprawiedliwości.

Sprawozdawcy z kolei przyznają, że w pogoni za medialną atrakcyjnością koncentrują się na tropieniu dysfunkcji w wymiarze sprawiedliwości, wynajdują negatywne przykłady i wyolbrzymiają je. Czują się lekceważeni przez sędziów, a manipulowani przez prokuratorów (kontrolowane przecieki) i adwokatów (reklama, budowanie popularności). Skarżą się na hermetyczność języka prawniczego, zawilość procedur i trudności w relacjonowaniu długotrwałych i mało dynamicznych procesów.

Efektom tych wzajemnych żalów, pretensji i nieufności jest wypaczony w mediach obraz wymiaru sprawiedliwości, ale nadto – co gorsza – brak rzetelnej edukacji prawnej społeczeństwa i deformowanie społecznej świadomości.

Słusznie więc podsumowuje Elżbieta Łojko: „(...) wzajemne relacje postrzegają jako rywalizację i manipulację, choć jednocześnie zdają sobie sprawę, że muszą współpracować (...)” (s. 216).

Obraz naszkicowany w książce nie jest optymistyczny. Jest jednak prawdziwy. Zarówno realia sądowe, jak i publikacje dotyczące tematu sprawozdawczości sądowej potwierdzają ten stan.

Hanna Gajewska-Kraczkowska

Kronika adwokatury

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 28 STYCZNIA 2014 R.

Wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc otworzył zebranie i powitał zebranych członków Prezydium. Przyjęto protokół z poprzedniego posiedzenia. W głosowaniu tajnym podjęto uchwały merytoryczne w sprawach osobowych.

Adwokat Bartosz Grohman, z-ca sekretarza NRA, zreferował sprawy izbowe ORA w: Gdańsku, Częstochowie, Katowicach, Opolu (trzy protokoły), Poznaniu, Radomiu, Siedlcach, Szczecinie, Toruniu, Warszawie, Wałbrzychu i we Wrocławiu.

Prezydium NRA podjęło uchwałę nr 14/2014 o powołaniu przewodniczącego Centralnego Zespołu Wizytacyjnego NRA w osobie adw. Henryka Stabli oraz wiceprzewodniczącego tegoż Zespołu adw. Marka Brudnickiego.

Prezydium NRA powzięło uchwałę nr 15/2014 poszerzającą składy poszczególnych komisji NRA o jedną lub dwie osoby.

W toku dyskusji adw. B. Grohman zwrócił uwagę, że należy zracjonalizować koszty związane z posiedzeniami Komisji działających przy NRA. Adwokat Mirosława Pietkiewicz, skarbnik NRA, stwierdziła, że zapotrzebowanie przewodniczących komisji na zbyt częste ich zbieranie się nie jest możliwe, szczególnie wobec postulatów obniżenia składki na rzecz NRA. Należy omówić warunki funkcjonowania komisji i realizacji ich budżetów. Prezydium NRA zdecydowało, że koszty przejazdów członów komisji, co do zasady, nie będą zwracane, a każdy planowany przez komisję wydatek będzie musiał uzyskać akceptację Prezydium NRA.

Prezydium NRA wyznaczyło adw. prof. dr. hab. Dariusza Dudka na przedstawiciela NRA w Zespole do współpracy przy realizacji zadań związanych z koordynacją uznawania kwalifikacji w zawodach regulowanych i działalnościach pracujących przy Ministerstwie Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Adwokat Jerzy Zięba poinformował, że Parlament Europejski i Rada Europy przyjęły zmianę dyrektywy 2005/36/WE i innych rozporządzeń. Jest to obszerny akt prawny, który dotyczy m.in. uznawania kwalifikacji zawodowych i europejskiej legitymacji zawodowej. Omówił szczegóły i dodał, że niektóre przepisy dotyczą głównie innych zawodów, ale warto, aby dżekani otrzymali tekst tej dyrektywy do wiadomości. Poinformował także, że 23 stycznia br. Komisja Eu-

ropejska upomniwała Polskę, aby ta przestrzegała reguł dotyczących uznawania kwalifikacji zawodowych prawników. Zastrzeżenia dotyczyły przepisów Prawa o adwokaturze w zakresie zwolnień od zdawania egzaminu zawodowego.

Adwokat Jerzy Zięba poinformował, że projekt instrukcji księgowej funduszu szkolenia aplikantów adwokackich został przygotowany przy udziale Komisji Kształcenia Aplikantów Adwokackich, przy szczególnym zaangażowaniu adw. Henryka Stabli. Prezydium przyjęło Instrukcję księgową funduszu szkolenia aplikantów adwokackich jako rekomendację dla wszystkich ORA.

Adwokat Rafał Dębowski poinformował, że Prezydium NRA w dniu 16 stycznia 2014 r. w trybie obiegowym podjęło uchwałę nr 13/2014 dotyczącą powołania Głównego Administratora Bezpieczeństwa Informacji Krajowego Rejestru Adwokatów i Aplikantów Adwokackich w osobie adw. Michała Szpakowskiego.

Prezydium NRA delegowało adw. Dominikę Stępińską-Duch jako przedstawiciela NRA do składu delegacji polskiej do *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), na spotkaniu CCBE *Criminal Law Committee*, które odbyło się w dniach 14–15 lutego br. w Brukseli, oraz na posiedzenie *Standing Committee* CCBE, które odbyło się w dniach 26–27 lutego br. w Wiedniu. Prezydium NRA delegowało adw. Bartosza Grohmana na konkurs Mistrzowie Mediacji organizowany przez Stowarzyszenie Studentów Prawa ELSA Poland.

Prezydium NRA zdecydowało zaprosić na kolejne posiedzenie adw. Czesława Jaworskiego, Redaktora Naczelnego „Palestry”, w celu omówienia bieżących spraw redakcyjnych.

Adwokat Jerzy Zięba poinformował, że w dniach 13–15 stycznia 2014 r. w Popowie odbyła się konferencja zorganizowana przez Ministerstwo Sprawiedliwości, poświęcona ocenie przebiegu egzaminów na aplikację i egzaminów zawodowych. W konferencji uczestniczyli dziekani wydziałów prawa z poszczególnych uczelni. Dodał, że reprezentował adwokaturę wraz z Prezesem NRA i obaj zabierali głosy w dyskusji. Na konferencji przedstawiono zestawienia statystyczne, w których ujęto również poziom zdawalności egzaminu na aplikację adwokacką absolwentów poszczególnych uczelni. Pierwsze miejsce zajmuje Uniwersytet Jagielloński. Poruszył także problem wiążący się z wprowadzeniem państwowego egzaminu na aplikację adwokacką.

Wiceprezes NRA adw. Jerzy Glanc wobec wyczerpania porządku obrad zamknął posiedzenie.

Andrzej Bąkowski

Muzyka integruje. Jeszcze o III Dniach Kultury Adwokatury Polskiej w Krakowie

Inicjatorem i *spiritus movens* imprezy jest członek NRA, krakowianin, adwokat Stanisław Kłys, który podtrzymując dawne tradycje polskiej palestry, od lat dba o to, by integrować wielopokoleniowe środowisko adwokackie poprzez jego uczestnictwo w wysokiej kulturze. Wspólne przeżywanie dzieła sztuki wzmacnia bowiem wrażliwość i empatię, pomaga otworzyć się na innych, rodzi refleksję. Dowodzą tego choćby zorganizowane przez adw. Kłysa spotkania w krakowskim Klubie Adwokata im. Janiny Ruth

Buczyńskiej, o zróżnicowanej, ale zawsze wartościowej tematyce, oprawione muzyką, czasem wcale niełatwą w odbiorze, ale podaną w możliwie najlepszym wykonaniu i w sposób umożliwiający właściwe jej przeżycie.

Tegoroczne III Dni Kultury Adwokatury Polskiej także miały ważny muzyczny akcent. Obok spektaklu teatralnego, występu kabaretowego, wernisażu wystawy malarstwa, zwiedzania wybranych krakowskich muzeów i cyklu wykładów przygotowanych tym razem przez Katedrę i Zakład Medycyny Sądowej *Collegium Medicum* UJ. Tym akcentem był koncert inauguracyjny w sali Filharmonii Krakowskiej. Muzyczny wieczór był nie tylko otwarciem Dni Kultury. Promował też album płytowy wydany przez Naczelną Radę Adwokacką (również z inicjatywy adw. Stanisława Kłysa) w hołdzie zmarłemu przedwcześnie arcybiskupowi Józefowi Życińskiemu, wybitnemu kapłanowi i filozofowi. Nietuzinkową postacią księdza arcybiskupa, którego niegdyś Naczelna Rada Adwokacka obdarzyła odznaką „Adwokatura Zasłużonym”, przypomniał tekst prezesa NRA adw. Andrzeja Zwary, zamieszczony w programie koncertu. To właśnie prezes NRA wraz z dziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie adw. Pawłem Gierasem oraz adw. Stanisławem Kłyssem witali gości zgromadzonych tłumnie w filharmonicznej sali. Oglądając tę liczną a dostojną publiczność, pomyślałam, że przyciągnęła ją do filharmonii nie tylko miłość do muzyki czy chęć spotkania się w gronie przyjaciół, nie tylko zamiar pokreślenia swoją obecnością znaczenia samej imprezy, ale właśnie wewnętrzna potrzeba złożenia hołdu arcybiskupowi Józefowi Życińskiemu i wyznawanym przez niego wartościom. A na koncert przybyli m.in.: przedstawiciel Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego Maciej Rybicki, wdowa po ostatnim Prezydencie Polski na Uchodźstwie Karolina Kaczorowska, wojewoda Jerzy Miller, prezydent Krakowa prof. Jacek Majchrowski, reprezentujący kardynała Stanisława Dziwisza ksiądz biskup Grzegorz Ryś, prezes Gminy Wyznaniowej Żydowskiej Tadeusz Jakubowicz, profesorowie Andrzej Zoll i Stanisław Waltoś, adw. Zbigniew Dyka oraz prowincjałowie księży Jezuitów i Misjonarzy św. Wincentego à Paulo. Wśród zgromadzonych byli też: dyrektor Muzeum Narodowego w Krakowie Zofia Gołubiew, brat księdza arcybiskupa prof. Wojciech Życiński SDB i siostry Duchaczki de Saxia, których kapelanem przez wiele lat był ksiądz Józef Życiński, prezes Sądu Apelacyjnego w Krakowie Andrzej Solarz i prezes Sądu Okręgowego w Krakowie Barbara Baran. Obecni byli dziekani wszystkich izb adwokackich w Polsce, a polskie środowisko prawnicze reprezentowali nie tylko adwokaci, ale i radcowie prawni, sędziowie, prokuratorzy, notariusze i pracownicy nauki.

Program koncertu był w dużej mierze streszczeniem muzycznej zawartości albumu, który zawiera także homilie i wykłady arcybiskupa Życińskiego. Muzyki – podobnie jak na płytach – słuchaliśmy w wykonaniu prof. Andrzeja Białki, jednego z najwybitniejszych (a może nawet najwybitniejszego) polskich wirtuozów gry organowej.

Pierwszą część wieczoru wypełniły utwory solowe. Artysta rozpoczął od *Preludium i fugi G-dur* BWV 541 Johanna Sebastiana Bacha, trafnie budując architektonikę utworu, podkreślając muzyczną logikę bachowskich fraz. Po tym potężnym początku zabrzmiał chyba najbardziej znany utwór organowy Cesara Francka, czyli *Preludium, fuga i wariacja h-moll* op. 18. Andrzej Białko pięknie dobrał barwy organowe, dał rozjaśnioną i pełną zadumy wizję muzycznego świata belgijsko-francuskiego późnego romantyka. Jeszcze inne barwy i nastroje wydobyl z *Wariacji na temat „Święty Boże”* Mieczysława Surzyńskiego, polskiego kompozytora i wirtuoza gry organowej pierwszych dziesiątek

lat XX wieku. Była w tej interpretacji potęga i delikatność, nawiązanie do mistycznego wręcz zapamiętania tłumy wiernych wyśpiewujących błagalne suplikacje i do intymności pojedynczej, prywatnej modlitwy. Podobnie ostatnia część cyklu *Hiob* Petra Ebena, współczesnego czeskiego kompozytora, posługującego się bardzo oryginalnym, indywidualnym językiem muzycznym i piszącego utwory bardzo ekspresyjne, znalazła w Andrzeju Białce znakomitego odtwórcę o głębokiej wrażliwości. W zrozumieniu przesłania tej muzyki walnie pomógł biblijny tekst, który niegdyś inspirował kompozytora, a na koncercie pięknie przekazany został przez wybitnego krakowskiego aktora Tadeusza Malaka. Na bis, po długiej owacji, Andrzej Białko zagrał wirtuozowską *Toccatę* Charlesa Marii Widora.

Po przerwie artysta ponownie pojawił się na estradzie, ale tym razem z towarzyszeniem orkiestry Sinfonietta Cracovia. Muzycy pod dyrekcją Stanisława Gałońskiego wykonali dwa koncerty na organy i orkiestrę Georga Friedricha Haendla (*g-moll* op. 4 nr 1 i *F-dur* op. 4 nr 4). Przed blisko trzystoma laty koncertami organowymi Haendla zachwycał się ówczesny londyński świat muzyczny. I teraz ich wykonanie godne było zachwytu, bo solista pięknie dialogował z orkiestrą, uwypuklił lekkość szybkich części utworów oraz szlachetny liryzm i powagę fragmentów utrzymanych w wolnym tempie.

Po koncertach Haendla Sinfonietta Cracovia, ciesząca się mianem najlepszej krakowskiej orkiestry, już bez solisty, potwierdziła swą klasę brawurowym wykonaniem *Orawy* Wojciecha Kilara i zagranym na bis *Walcem z Serenady na smyczki* Piotra Czajkowskiego.

Żyjący na przełomie XV i XVI wieku Johannes Tinctoris, wybitny teoretyk muzyki, formułując jej zadania, zwracał uwagę przede wszystkim na dwa aspekty: muzyka miała według niego ludzi uwznioślać oraz dawać im godziwą rozrywkę. Gorące owacje, jakimi 10 października obdarzono orkiestrę i dyrygenta (podobnie jak wcześniej organistę), najlepiej świadczyły o tym, że te zadania zostały spełnione, a prezentowana muzyka trafiła do serc słuchaczy.

III Dni Adwokatury Polskiej zamykała msza święta odprawiona za spójność duszy arcybiskupa Józefa Życińskiego oraz w intencji Adwokatury Polskiej, w samo południe 13 października w Bazylice oo. Dominikanów przez o. prof. Jana Andrzeja Kłoczowskiego. W czasie nabożeństwa prof. Wojciech Życiński SDB mówił o roli Adwokatury, m.in. w niej upatrując odnowienie myślenia o polskim Kościele. To byłoby wielkie i piękne wyzwanie.

Anna Woźniakowska

SPROSTOWANIE

W zeszycie 1-2 z 2014 r. błędnie wskazano autora sprawozdania z III Dni Kultury Adwokatury Polskiej. Jest nim adw. Stanisław Kłys. Za błąd przepraszamy Autora i Czytelników.

95 lat nowoczesnej samorządnej Palestry Państwa Polskiego

Adam Redzik

JAK RODZIŁ SIĘ NOWOCZESNY POLSKI SAMORZĄD ADWOKACKI¹

Świeżo odrodzona Polska przygotowywała się do świętowania pierwszego od lat „niepodległego” Bożego Narodzenia; na ulicach miast można było kupić od rana drzewka choinkowe. Tymczasem w Warszawie Józef Piłsudski, od miesiąca Naczelnik Państwa, zakończył porządki na swoim belwederskim biurku i przygotowywał się do Wigilii. Wśród licznych przedstawionych mu do podpisu dokumentów znajdowała się nieobszerna regulacja zatytułowana *O statucie tymczasowym palestry Państwa Polskiego*. Pilność tej regulacji była niewątpliwa, bo nie ma niezawisłego sądownictwa bez niezależnej adwokatury, a tylko niezawisłe sądownictwo jest gwarantem demokratycznego państwa. Być może sprawcą złożenia pod owym dokumentem pilnego, wigilijnego, a przez to niemal mitycznego podpisu przez Naczelnika Państwa był pracujący od 15 listopada w jego kancelarii na stanowisku referenta prawnego adwokat wiedeński, a potem żołnierz Legionów Antoni Chmurski. Być może. Uczestniczył on wszak w ostatniej fazie prac nad projektem jako referent (obok Dominika Anca, Stanisława Cara, Cezarego Ponikowskiego i sędziego Bolesława Pohoreckiego).

Projekt ów gotował się od września 1915 r. Już na pierwszym etapie prac pojawiła się myśl utworzenia „Rady Naczelnej”, jako przedstawicielki całego stanu obrończego. Pomysł był typowo polski i w zasadzie nowy, choć prapoczątków można doszukiwać się już w projekcie Józefa Tomaszewskiego z 1791 r. (*Adwokat polski za cnotą*), który proponował utworzenie *Collegium Generalnego*. Pomysł okazał się na tyle interesujący i ważki, że – mimo epizodu z lat 1930–1931, kiedy to projekt ministerialny prawa o ustroju adwokatury nie przewidywał „Rady Naczelnej” – ugruntował się. Naczelna Rada Adwokacka pełniła i pełni swoje zadania w strukturze samorządu adwokackiego, choć sposób wyłaniania jej oraz zakres kompetencji ulegały przez niemal

¹ Artykuł został zamieszczony na stronie www.adwokatura.pl oraz na stronie dziennika „Rzeczpospolita” w Wigilię Bożego Narodzenia, 24 grudnia 2013 roku.

stulecie istnienia zmianom. Dodać należy, że stała się też Naczelna Rada Adwokacka organem wzorcowym, który stopniowo zaczęły przewidywać kolejne ustawodawstwa europejskie – ostatnio, w 2012 r., podobną instytucję utworzono na Ukrainie – Radę Adwokatów Ukrainy.

Wigilia Bożego Narodzenia 1918 roku była dniem pełnym wydarzeń w kraju i za granicą. Do Gdańska dotarł gen. Józef Haller ze sztabem swojej armii, a delegacja Naczelnej Rady Ludowej z Poznania oczekiwała na przybycie Ignacego Jana Paderewskiego, to zaś opóźniało się. Tymczasem głowę Naczelnika Państwa zaprzętała wojna, której końca nie było widać... Wielkopolska, Śląsk, Galicja, Wileńszczyzna... i tam daleko na wschodzie rosnąca w siłę armia bolszewicka, pragnąca wylać się wraz z rewolucją na całą Europę.

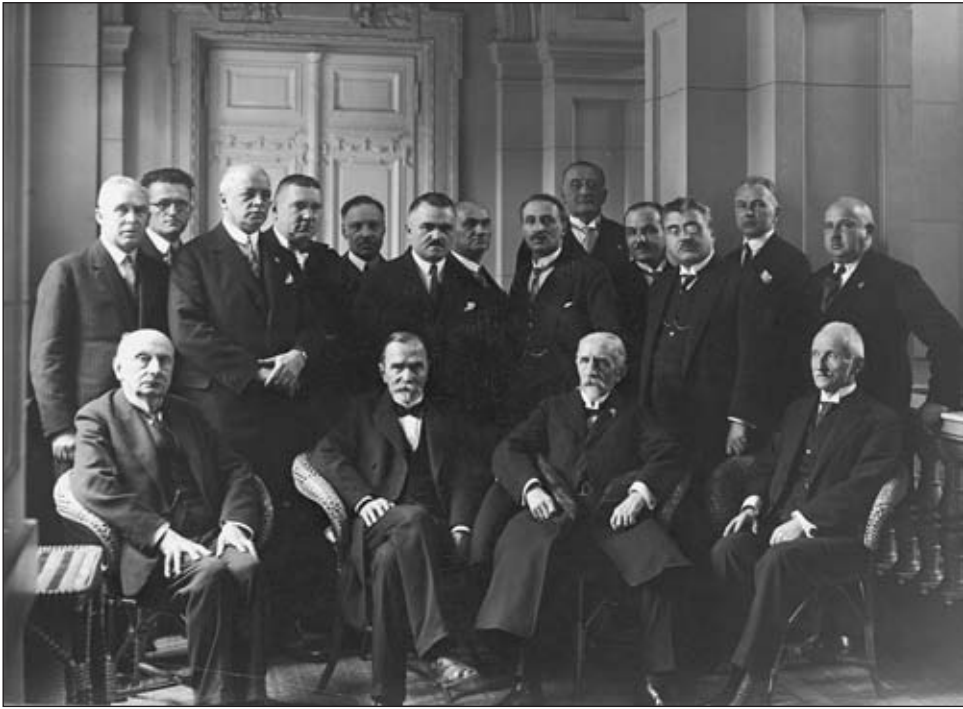
Tym bardziej docenić należy gest Piłsudskiego, który zachował się jak Napoleon w 1808 r., kiedy to – mimo wrodzonej niechęci do prawników – przywrócił we Francji adwokaturę po tym, jak zlikwidowali ją rewolucjoniści. Uczynił to także w dowód wdzięczności za kodyfikację, a nade wszystko za największy pomnik cesarza (jak sam miał powiedzieć) – kodeks cywilny, czyli Kodeks Napoleona. Podobnie wiele do zawdzięczenia adwokatom miał Piłsudski. Zdawał sobie doskonale sprawę z faktu, że to adwokaci organizowali w ogromnym stopniu strukturę odrodzonego państwa. To adwokaci budowali niemal od podstaw sądownictwo na terenie byłego zaboru rosyjskiego. Działo się tak dlatego, że przed wyjściem z Warszawy Rosjanie adwokaci stanowili ogromnie ważną grupę inteligencji polskiej, a w wielu płaszczyznach najważniejszą. Cieszyli się ogromnym szacunkiem – jak nigdy wcześniej i tylko raz później, w latach osiemdziesiątych XX wieku.

Przypomnijmy, że w drugiej połowie XIX i na początku XX w. adwokaci byli najsilniejszym i najefektywniejszym środowiskiem inteligencji polskiej, w szczególności w Królestwie Polskim. Angażowali się w działalność publiczną, tworzyli polskie biblioteki lub sponsorowali je, wydawali gazety i czasopisma, powoływali saloniki towarzyskie. Z uwagi na fakt, że znaczna część adwokatów angażowała się bezinteresownie w obrony polityczne, popularność ich w społeczeństwie była ogromna. O ile w Galicji czy w zaborze pruskim adwokaci cieszyli się od dziesiątek lat samorządem, którego namiastkę posiadali też adwokaci w Rosji, to w Królestwie Polskim takowy nie mógł powstać, gdyż Rosjanie wyłączyli obowiązywanie części przepisów dotyczących adwokatury na terenie właśnie Królestwa. Dlaczego? Spośród zawodów inteligentnych wykonywanych w Królestwie Polskim Polacy mogli w miarę swobodnie wykonywać powołanie duchowne (być księżmi) albo powołanie prawnicze – być adwokatami i tylko adwokatami, gdyż sędziowie, prokuratorzy, a nawet urzędnicy musieli być Rosjanami. Praca w adwokaturze w Królestwie Polskim po 1875 r., mimo powszechnej w kraju rusyfikacji, dawała duże możliwości i przynosiła satysfakcję. Środowisko adwokatów polskich było świadome siebie, dlatego adwokaci warszawscy zorganizowali swoisty tajny samorząd w postaci powstałej w 1885 r. Kasy Pomocy Adwokatom Przysięgłym. Tworzyli saloniki adwokackie, jak słynne „piątki u Adolfa Suligowskiego” czy regularne spotkania u Aleksandra Kraushara. Manifestacją środowiska adwokackiego, a jednocześnie manifestacją narodową, był pogrzeb zmarłego w 1897 r., obrosłego legendą adwokata Henryka Krajewskiego, przez lata konspiratora, powstańca styczniowego, kilkakrotnie skazywanego na zsyłkę, którego pędzłem

uwiecznił Jan Matejko. Nawiasem mówiąc – cały swój majątek Krajewski przekazał na cele dobroczynne. Wykwit organizacji adwokackich w Królestwie Polskim nastąpił w latach 1905–1908, kiedy powołano m.in. Koło Obrońców Politycznych, Związek Adwokatury Polskiej, Towarzystwo Prawnicze w Warszawie czy Koło Młodych Prawników. Z kolei we Lwowie w 1911 r. utworzony został Związek Adwokatów Polskich, który w następnych latach pod wodzą znamienitego przywódcy adwokata Antoniego Dziędzielewicza przejął inicjatywę konsolidacji środowisk adwokackich polskich rozsianych pomiędzy państwa zaborcze. Doprowadził on do zwołania do Lwowa w dniach 28–29 czerwca 1914 r. „Walnego Sejmu Adwokatury Polskiej”, którego marszałkami zostali przedstawiciele adwokatury z trzech zaborów. Zjazd ów zapoczątkował zjednoczenie adwokatury i był głosem środowiska w naglących sprawach dla adwokatury, wymiaru sprawiedliwości, a także, a może nade wszystko, dla Ojczyzny. Jakże niewiele czasu łączy 18 czerwca 1914 r. i 24 grudnia 1918 r., a jednocześnie jak wiele. Cztery lata wojny, która przyniosła rozpad trzech państw zaborczych i upragnione odrodzenie Polski. Czas ten adwokatura polska wykorzystwała, nie tylko poświęcając się na polu walk, strukturom tworzonej administracji, ale także przygotowując liczne projekty aktów normatywnych dla Niepodległej, w tym aktu nadającego samorząd palestrze.

Mimo że w zamierzeniach twórców przygotowywany od 1915 r. projekt organizacji adwokatury miał dotyczyć całego państwa, to podpisany przez Naczelnika Państwa 24 grudnia 1918 r. *dekret w przedmiocie statutu tymczasowego palestry Państwa Polskiego*, kontrasygnowany przez „Prezydenta Ministrów” Jędrzeja Moraczewskiego i ministra sprawiedliwości Leona Supińskiego, wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1919 r. jedynie na terytorium byłego Królestwa Polskiego, a w roku 1922 także na pozostałych ziemiach zaboru rosyjskiego. W ten sposób dwustopniowy samorząd adwokacki zaczął funkcjonować na terytorium państwa, które przed 1914 r. stanowiło część imperium rosyjskiego, na pozostałych ziemiach obowiązywały zaś nadal regulacje pozaborcze z 1868 r. (dzielnica poaustriacka) i 1878 r. (dzielnica poniemiecka). Pierwsze zgromadzenia izb adwokackich w Warszawie i Lublinie odbyły się w marcu 1919 r. Pierwszego prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej wybrano natomiast 6 kwietnia 1919 r. Nikogo nie dziwiło, że został nim Cezary Ponikowski, jego zastępcą zaś – Henryk Konic. W następnych latach ci dwaj wybitni adwokaci pełnili obowiązki prezesa NRA po sześć razy, wybierani na roczną kadencję.

W gabinecie Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej, oprócz wiernej kopii portretu wspomnianego adwokata Henryka Krajewskiego pędzla Matejki, znajduje się piękna fotografia przedstawiająca Zarząd Główny Związku Adwokatów Polskich podczas posiedzenia w Warszawie 2 grudnia 1927 r. Na honorowym miejscu umieszczono czterech adwokatów szczególnie zasłużonych dla środowiska, ale i państwa: Henryka Konica, Adolfa Suligowskiego, Antoniego Dziędzielewicza oraz Cezarego Ponikowskiego. Bez tej czwórki trudno wyobrazić sobie samorząd adwokacki II RP i niezależną adwokatwę. Nie miejsce tu na ich biografie, jednak warto przypomnieć, że: Henryk Konic był znakomitym cywilistą, powszechnie szanowanym w środowisku prawniczym Warszawy, który jednoczył je wokół redagowanej przez siebie „Gazety Sądowej Warszawskiej”, a u progu niepodległości zaangażował się w tworzenie polskiego sądownictwa



Posiedzenie Zarządu Głównego Związku Adwokatów Polskich w Warszawie 2 grudnia 1927 r. Adw. Cezary Ponikowski siedzi pierwszy z prawej. Ponadto siedzą od lewej adwokaci: prezes NRA Henryk Konic, Adolf Suligowski, prezes ZAP Antoni Dziędzielewicz. Stoją od lewej: Antoni Bogucki, Ignacy Dziedzic, Artur Till, Marian Koszewski, Karol Argoniewski, Wacław Szumański, Jan Strzemieński, Teodor Seidler, Stanisław Kobylański, Leon Nowodworski, Tadeusz Janiszewski, Stanisław Kalinowski, Jan Zdzenicki. Muzeum Adwokatury Polskiej

oraz systemu prawnego; Adolf Suligowski organizował w swoim domu wspomniane saloniki stanowiące namiastkę samorządu, wydał w 1911 r. pomnikową „Bibliografię Prawniczą Polską”, w II RP poniósł zaś ogromne zasługi dla administracji, w tym nade wszystko dla miasta stołecznego; Antoni Dziędzielewicz dokonał tego, czego nie udało się nikomu wcześniej, zjednoczył adwokaturę polską pod szyldem Związku Adwokatów Polskich; Cezary Ponikowski był pierwszym prezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, otoczony powszechnym szacunkiem i uznaniem środowiska, także – a może nade wszystko – za ogromny wkład w powstanie *Statutu tymczasowego palestry Państwa Polskiego*, aktu, który mimo iż obowiązywał przez nieco ponad trzynaście lat, to wskazał, jak winna być w sposób nowoczesny i niezależny zorganizowana adwokatura, jako konieczny element prawidłowego wymiaru sprawiedliwości; jak należy postrzegać środowisko, które tworzą nie tylko „mechaniczni obrońcy”, ale także rzecznicy prawa i słuszości.

Niezawisłości sądownictwa powinna odpowiadać niezależność adwokatów; tylko niezależna adwokatura może wypełniać należycie zaszczytne, a zarazem trudne zadanie współczynnika wymiaru sprawiedliwości i rzecznika prawa i słuszości – pisali w 1931 r. adwokaci Antoni Chmurski i Cezary Ponikowski. Autonomia adwokatury ma znaczenie nie dla niej samej, ale nade wszystko dla zapewnienia prawidłowego wymiaru

sprawiedliwości. Nie można zatem rozdzielić niezawisłości sędziowskiej i niezależności adwokatury, tak jak nie sposób pozbawić demokratycznego państwa prawnego niezawisłych sądów.

Gdy w 1918 r. w Warszawie zasiadano do wigilijnego stołu, w Moskwie towarzysz Włodzimierz Ilicz Uljanow Lenin wybrał się samochodem marki Rolls-Royce, w towarzystwie siostry Marii i osobistego kierowcy Stiepana Gila, w odwiedzinach do przebywającej na kuracji w Sokolnikach żony Nadieżdy Krupskiej... Wyjechali z Kremla o 16.30. Po drodze wodza bolszewickiej rewolucji napadła szajka „króla moskiewskich bandytów”, „wodza nocnej Moskwy” Jakowa Koszelkowa, zwanego „Portmonetką”. Napastnikom nie chodziło o Lenina, ale o jego portfel i samochód... „wódz” przeżył.

Po wielu latach, w Polsce Ludowej, wywodzący się z adwokatury wiceminister sprawiedliwości, pisząc o adwokaturze, przywołał „wodza rewolucji” (*nota bene* wykształconego prawnika i przez dwa lata pomocnika adwokata przysięgłego), który twierdził, że adwokatura jest „inteligentką hołotą, którą zawsze należy trzymać w jeżowych rękawicach”. Czy wśród współczesnej elity politycznej takie zapatrywanie stanowiłoby wyjątek?

UROCZYSTOŚĆ 95-LECIA NOWOCZESNEGO POLSKIEGO SAMORZĄDU ADWOKACKIEGO

9 stycznia 2014 r. odbyło się uroczyste posiedzenie Naczelnej Rady Adwokackiej zwieńczone koncertem i przyjęciem w salach Pałacu Krasieńskich. Oprócz członków NRA w posiedzeniu wzięli udział zaproszeni goście, a wśród nich zasłużeni adwokaci, przedstawiciele sądownictwa i prokuratury, Ministerstwa Sprawiedliwości, parlamentarzyści, reprezentanci prawniczych samorządów zawodów zaufania publicznego oraz organizacji pozarządowych i świata nauki.

Wybór miejsca uroczystości – Pałac Krasieńskich w Warszawie – nie był przypadkowy. Jest to miejsce symboliczne dla środowiska adwokackiego. Przed II wojną światową w Pałacu miał siedzibę Sąd Najwyższy, ale także w Sali Kariatyd odbywały się posiedzenia Naczelnej Rady Adwokackiej.

Otwierając spotkanie, prezes NRA adw. Andrzej Zwara powiedział: „Te minione 95 lat było czasem obfitującym w wydarzenia radosne i podniosłe, ale również w trudne i tragiczne dla całego Państwa Polskiego. Adwokatura nie musi się wstydić swego w nich udziału – wręcz przeciwnie, możemy być dumni z dokonań. Nie możemy się też spodziewać, że kolejne lata będą łatwe i nie przyniosą zmian. Musimy postarać się, by jak najwięcej z tych zmian było na lepsze. Kluczem jest działanie według przyjętych standardów, reprezentowanie niezmiennych wartości, podążanie z duchem czasu, mając jednocześnie na uwadze tradycję”.

O miejscu adwokatury w wymiarze sprawiedliwości i w budowaniu kultury prawnej mówił prof. Andrzej Rzepliński, prezes Trybunału Konstytucyjnego. Na wyjątkową rolę adwokatury w budowaniu państwa prawa wskazał wiceminister sprawiedliwości Jerzy Kozdroń. Z kolei o odwadze, jakiej nigdy nie brakowało adwokatom, mówił prezes Najwyższej Izby Kontroli Krzysztof Kwiatkowski. Podczas posiedzenia głos zabrał również Ryszard Czerniawski, zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich, który wskazywał, że zanim powołano instytucję Rzecznika Praw Obywatelskich, to właśnie adwokat był pierwszym rzecznikiem obywatela.

Po przemówieniach zaproszonych gości referat na temat roli, jaką pełnić będzie adwokat w nowym modelu postępowania karnego, wygłosił profesor Stanisław Waltoś, który podkreślając wyjątkowość miejsca, przypomniał, że dziś Pałac Krasieńskich służy zbiorom specjalnym Biblioteki Narodowej, która tak bardzo ucierpiała w trakcie ostatniej wojny, bezpowrotnie tracąc znaczną część swoich najcenniejszych zasobów. Omawiając rolę adwokata w nowej procedurze karnej, prof. Waltoś wskazał możliwości, jakie daje nowy model, nawiązując przy tym do doświadczeń europejskich i anglosaskich.



Wieczór umilił koncert artystów scen krakowskich, który prowadził adw. Stanisław Kłys. Utwory Ignacego Jana Paderewskiego, Fryderyka Chopina, Amadeusza Mozarta i innych kompozytorów wykonali Katarzyna Oleś-Błacha (sopran), Stanislav Kuflyuk (tenor), Robert Kabara (skrzypce i altówka) i Marta Mołodyńska (fortepian). Na zakończenie artyści zaśpiewali także trzy piękne polskie kolędy.

Przewodniczącym komitetu honorowego obchodów 95-lecia odrodzonej nowoczesnej i samorządnej adwokatury polskiej był adw. Czesław Jaworski – redaktor naczelny „Palestry” i były prezes NRA. Z powodów zdrowotnych nie mógł on uczestniczyć w uroczystości. Podkreślając zasługi adw. Jaworskiego w przygotowaniu uroczystości, prezes NRA adw. Andrzej Zwara powiedział: „Nie przez przypadek to właśnie mecenas Jaworski, a nie prezes NRA wystosował do Państwa zaproszenie na dzisiejszą uroczystość. Stało się tak, bowiem prezesi są przejściowi, ale są w adwokaturze trwałe ikony – właśnie takie jak adw. Jaworski”.

Szpalty pamięci

ADWOKAT ZBIGNIEW WAYDOWICZ (1925–2013)

„Pamiętał, że miał honor być kadetem”

22 listopada 2013 r. po długiej i ciężkiej chorobie zmarł w wieku 88 lat nasz nauczyciel i przyjaciel, wieloletni członek bielskiej palestry adwokat Zbigniew Waydowicz.

Zbigniew Antoni Walerian Waydowicz urodził się 17 listopada 1925 r. w Rybniku. Jego ojciec pełnił wówczas funkcję szefa Zamiejscowej Izby Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przed I wojną światową ojciec Zbigniewa Jan Ignacy Zygmunt Waydowicz, kapitan Wojska Polskiego, był sędzią austriackim niedaleko Lwowa. Przed zajęciem Lwowa przez wojska rosyjskie został ewakuowany na Morawy do Ołomuńca.

Po wybuchu rewolucji bolszewickiej i wycofaniu się Rosji z wojny Jan Waydowicz powrócił do Lwowa i stanął w obronie miasta. Następnie po tych wydarzeniach wstąpił do Wojska Polskiego, w którym zajmował stanowisko prokuratora wojskowego.

W początkach roku 1925 Jan Waydowicz zawarł związek małżeński z Felicją Serebeńską. Matka Zbigniewa, ur. w 1900 r., studiowała rolnictwo i leśnictwo na Politechnice Lwowskiej. Studia przerwała, by ukończyć seminarium nauczycielskie.

Związek małżeński rodziców Zbigniewa trwał krótko. Jego ojciec zmarł w trzecim roku swojego małżeństwa. Został pochowany na Cmentarzu Obrońców Lwowa.

W 1938 r. Zbigniew Waydowicz we Lwowie ukończył szkołę powszechną. Naukę szczebla średniego rozpoczął we wrześniu 1938 r. i przed wybuchem II wojny światowej zaliczył I klasę gimnazjum.

W roku szkolnym 1938/1939 z inicjatywy matki wstępuje do Korpusu Kadetów nr 1



im. Marszałka J. Piłsudskiego we Lwowie. Do Korpusu Kadetów przyjmowano synów obywateli Rzeczypospolitej, odpowiednio przygotowanych naukowo i zdolnych w przyszłości do służby wojskowej.

Wśród zasad „Katechizmu Kadeta Polskiego” wybijała się zasada pierwsza: „Nie będziesz miłował siebie samego i spraw swoich osobistych więcej, niż Ojczyznę twoją – Polskę”.

Tej zasadzie Zbigniew pozostał wierny do końca swych dni. Nigdy się jej nie sprzeniewierzył. Nigdy nie przystąpił do jakiegokolwiek organizacji bolszewickiej czy jej agendy, a kiedy przyszedł czas próby (stan wojenny), odłożył wszystkie sprawy na bok, broniąc żarliwie działaczy NSZZ „Solidarność”.

W chwili wkroczenia do Lwowa Sowieci Zbigniew był uczniem VII klasy gimnazjum. W okresie okupacji hitlerowskiej uczęszczał do Szkoły Handlowej Wyższego Stopnia, którą ukończył w 1943 r. Broniąc się przed wywiezieniem na roboty do Niemiec, podjął pracę w Instytucie Behringa. Był to instytut trudniący się produkcją szczepionek przeciwko tyfusowi.

Po ponownym wkroczeniu bolszewików do Lwowa, by uchronić się przed wcieleciem do armii Berlinga, ucieka do Zamościa. W Zamościu kończy gimnazjum i liceum. Egzamin maturalny zdaje w roku 1945.

W tym samym roku zapisuje się na Wydział Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Studia przerywa na okres dwóch lat ze względu na chorobę płuc. Po rocznym pobycie w sanatorium akademickim w Zakopanem podejmuje studia. Dyplom magistra prawa uzyskuje w 1951 r.

W styczniu 1951 r. przeniósł się na stałe do Bielska-Białej, po zawarciu związku małżeńskiego z Aleksandrą Sierosławską. Z tego związku urodziły się dwie córki.

W dniu 10 maja 1952 r. składa podanie do ORA w Katowicach o wpis na listę aplikantów adwokackich.

Referencji kandydatowi udzielili: Przewodniczący Wydziału Karnego Sądu Powiatowego w Bielsku-Białej Mieczysław Stach, dr Marian Waligórski – prof. z Katedry Postępowania Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz dr Roman Piotrowski – prof. z Katedry Prawa Handlowego Uniwersytetu Warszawskiego.

24 października 1953 r. ORA w Stalinogrodzie wpisuje Zbigniewa Waydowicza na listę aplikantów adwokackich.

4 stycznia 1954 r. składa ślubowanie i odbywa do końca maja 1955 r. aplikację adwokacką pod patronatem dr. Edmunda Kuhnberga w Zespole Adwokackim nr 2 w Bielsku-Białej, którego kierownikiem był naówczas dr Stefan Podboraczyński.

24 listopada 1955 r. składa z wynikiem pozytywnym przed Komisją Egzaminacyjną dla Aplikantów Adwokackich w Krakowie egzamin adwokacki.

Po upadku komuny decyzją Ministra Sprawiedliwości z 9 listopada 1990 r. uzyskuje zezwolenie na prowadzenie kancelarii indywidualnej. Kancelarię indywidualną prowadził od sierpnia 1992 r. do 28 marca 2008 r., po czym przeszedł w stan spoczynku.

Prowadząc przez ponad pięćdziesiąt lat kancelarię adwokacką, dał się poznać jako wybitny prawnik. Była to jedna z pierwszych kancelarii w Bielsku-Białej. Zajmował się w szczególności sprawami cywilnymi i karnymi, z dużym powodzeniem tak na jednym, jak i drugim polu.

Trzeba tu dodać, że Zbigniew, prócz naturalnego daru zawodowego (świetna inter-

pretacja normy prawnej, klarowny wywód prawny), był stale na bieżąco w kontakcie zarówno z orzecznictwem sądowym, jak i poglądami doktryny. Żadna pozycja książkowa z zakresu prawa nie mogła ujść jego uwagi.

Przez cały czas po przybyciu do Bielska-Białej mieszkał w naszym mieście, chociaż – i nie ma tego co ukrywać – myślami był „u siebie”, w ukochanym, a utraconym Lwowie. Wszędzie poza miastem dzieciństwa czuł się jak wygnaniec. Bo w rzeczy samej był wygnańcem odartym ze wszystkiego. Nic nie było w stanie zrekompensować mu tej straty.

Odszedł od nas człowiek prawy, cieszący się szacunkiem całego środowiska. Ujmujący sposób bycia, wielka kultura osobista gromadziły wokół jego osoby zawsze duże grono sympatyków.

Będziemy pamiętać to, „że miał honor być kadetem”, że tego „honoru” nie zbrukał, że był wierny złożonej w młodości przysiędze.

Cześć Jego Pamięci.

Maciej Stanisław Zubek, Janusz Hańderek

Bronił torturowanych, trafił do więzienia, ale adwokaci go nie opuścili

Vadim Kuramshin doświadcza teraz tego, z czym walczył. Adwokaci wyróżnili go za obronę praw człowieka.

5 grudnia 2013 r. w Paryskiej Izbie Adwokackiej została wręczona nagroda im. Ludovica Trarieux rodzinie adwokata z Kazachstanu Vadima Kuramshina, który został laureatem tej nagrody, ale jako że przebywa w więzieniu, nie mógł jej osobiście odebrać. Vadim Kuramshin bronił niezłomnie praw człowieka w Kazachstanie, zwłaszcza więźniów przed torturami i nieludzkim traktowaniem. Dosięła go zemsta ze strony reżimu i postawiony pod absurdalnym zarzutem przygotowania zamachu na prokuratora, został oskarżony i skazany na 12 lat pozbawienia wolności i konfiskatę majątku. Teraz doświadcza sam tego, przed czym bronił innych, tj. tortur, bicia i innego poniżającego traktowania. Nawet kontakt z rodziną ma ograniczony do jednej wizyty na pół roku. W obecności członków jury i licznie zgromadzonych adwokatów przewodniczący jury mec. Bertrand Favreau, były dziekan Izby Adwokackiej w Bordeaux, podkreślił niezłomność laureata nagrody w obronie godności i wolności człowieka aż do utraty własnej wolności i solidarność z nim adwokatów. Podobnie dziekan Paryskiej Izby Adwokackiej adw. Christine Feral-Schuhl, która dodała, że adwokatura nie może pozostać milcząca wobec takiego gwałtu bezprawia, jaki dokonuje się na osobie adwokata Vadima Kuramshina. Matka i brat laureata przyjęli nagrodę niezmiernie wzruszeni. Matka Vadima Kuramshina ze łzami w oczach, załamującym się głosem dziękowała za to, że adwokaci z wolnego świata nie pozostawili jej syna osamotnionego w walce i cierpieniu, a także nakreśliła drogę życiową swego syna, w tym wrażliwość na ludzkie cierpienie, a także zamiłowanie do literatury francuskiej. Do rangi symbolu urósł fakt, że nagroda została wręczona w tym samym dniu, w którym zmarł Nelson Mandela – adwokat, który był pierwszym laureatem tej nagrody w 1985 r., gdy – podobnie jak obecny laureat – przebywał w więzieniu.

Przyznając nagrodę, członkowie jury zebrani kilka miesięcy temu w Genewie podkreślili niezwykle odważne zaangażowanie w obronę praw człowieka i ogrom cierpienia Vadima Kuramshina i wyrazili nadzieję, że władze Kazachstanu ulegną presji opinii międzynarodowej i uwolnią bezprawnie skazanego adwokata. Przyznaniu nagrody to-

warzyszy bowiem akcja pisania listów do władz państwa z takim żądaniem. Państwo, które uderza w adwokata, będącego ze swego powołania strażnikiem praw człowieka, dopuszcza się kwalifikowanego gwałtu na tych prawach. Tak było w przypadku pierwszego laureata nagrody im. Ludovica Trarieux Nelsona Mandeli, który ją otrzymał po 23 latach pobytu w więzieniach. Nagrodę odebrała jego córka, gdyż Mandela był w tym czasie uwięziony. Presja opinii publicznej spowodowała w końcu uwolnienie go w 1990 r., co stanowiło zachętę do kontynuowania przyznawania tej nagrody.

Nagroda im. Ludovica Trarieux przyznawana jest adwokatowi wyróżniającemu się aktywnością, cierpieniem i zasługami w obronie praw człowieka, rządów prawa, zwalczaniu rasizmu i nietolerancji. Przyznają ją adwokaci, oddając hołd swym kolegom, płacącym często cenę utraty wolności, prawa wykonywania zawodu, czy nawet życia w pełnieniu swego adwokackiego powołania.

Nazwa nagrody pochodzi od znakomitego adwokata Ludovica Trarieux (1840–1904), dziekana Izby Adwokackiej w Bordeaux, który bronił w słynnym procesie Dreyfusa, niesłusznie skazanego za szpiegostwo na fali antysemickich nastrojów, a następnie po wielu latach zrehabilitowanego. Blisko sto lat później, w 1984 r., jego następcą w roli dziekana Izby Adwokackiej w Bordeaux, Bertrand Favreau, zainicjował powstanie Instytutu Praw Człowieka Izby Adwokackiej w Bordeaux, a także ufundowanie nagrody im. Ludovica Trarieux, która jest obecnie najstarszą i najbardziej prestiżową nagrodą na świecie przyznawaną adwokatowi przez adwokatów. Do fundatorów nagrody z czasem dołączyły instytuty praw człowieka izb adwokackich Paryża, Brukseli, Rzymu, Berlina, Luksemburga, Genewy, Międzynarodowa Unia Adwokatów, a także Instytut Adwokatów Europejskich na Rzecz Praw Człowieka, który jest najliczniejszym stowarzyszeniem adwokackim walczącym o prawa człowieka. Jury stanowią dziekani wyżej wymienionych izb adwokackich oraz wybrani członkowie wymienionych instytutów. Tegoroczne jury liczyło 23 członków.

Zbigniew Cichoń

***Rentree solennelle* w Paryskiej Izbie Adwokackiej**

6 grudnia 2013 r. w Paryskiej Izbie Adwokackiej odbyło się *rentree solennelle*. Było to uroczyste przyjęcie do stanu adwokackiego młodych adeptów po zdanych egzaminie, połączone z wygłoszeniem mów oratorskich przez młodych adwokatów, a także wystąpieniem Dziekana Izby Pani Mecenasa Christine Feral Schoul, która przedstawiła sytuację adwokatury paryskiej. Uroczystość odbyła się w pięknym teatrze Chatlet, a wieczorem spotkanie, w którym uczestniczyli dziekani izb adwokackich Francji oraz zagranicznych izb, a także członkowie jury nagrody im. Ludovica Trarieux, miało swą kontynuację w gmachu Palais de Justice. Do gmachu teatru przybyli licznie, szczególnie go wypełniając łącznie z balkonami, adwokaci w togach. Togi adwokatów paryskich są podobne do naszych, tyle że z białymi żabotami i dwiema patkami, z których jedna jest zakończona białym futrem gronostaja. Togi adwokatów spoza Paryża mają białe futra na końcach obu patek i taki też był strój adwokatury paryskiej do czasu rewolucji francuskiej, kiedy to na znak protestu adwokaci odcięli futro na jednej patce.

W czasie uroczystości w teatrze Chatlet na ekranie został wyświetlony olbrzymi portret Nelsona Mandeli, który zmarł poprzedniego dnia i który był pierwszym laureatem nagrody im. Ludovica Trarieux w 1985 r. Minutą ciszy uczczono Nelsona Mandelę, który był adwokatem i broniąc praw człowieka, walcząc z apartheidem, spędził 28 lat w więzieniu w RPA.

Dziekan Paryskiej Izby Adwokackiej skupiającej 25 tys. adwokatów, tj. połowę adwokatury francuskiej, przedstawiając kondycję adwokatury, wyraziła zaniepokojenie z powodu ustawodawstwa ostatniego okresu, które zawiera rozwiązania prawne ograniczające pole aktywności zawodowej adwokatów, i oceniła je bardzo krytycznie, jako niezrozumienie przez władze roli adwokatury i wręcz przejaw braku zaufania do niej. Przypomniała to, o czym zdaje się zapominać władza ustawodawcza, że adwokatura ma swe zasady deontologii, które gwarantują wysoki standard profesjonalnego wykonywania zawodu na wielu polach. Wyraziła także troskę o godne zarobki adwokatów, wskazując, że kryzys gospodarczy dotyka tego środowiska do tego stopnia, iż 1/4 adwokatów izby paryskiej nie osiąga dochodów powyżej 30 tys. euro rocznie. Ponadto wskazała nadmiar adwokatów w stosunku do zapotrzebowania społecznego i konieczność wprowadzenia *numerus clausus*. Adwokatura paryska jest młodą adwokaturą, gdyż średnia wieku adwokata to 41 lat, i sfeminizowaną, bo 53% adwokatów to kobiety.

Spotkanie wieczorne w Palais de Justice stanowiło znakomite dopełnienie wcześniejszych wydarzeń, dając okazję do bardziej osobistych rozmów z kolegami dziekanami z Francji, a także z zagranicy, w tym z innych kontynentów. Obszerne relacje prasowe z *rentree* paryskiej adwokatury można było przeczytać w gazetach następnego dnia, m.in. w „Le Figaro”. W czasie spotkań przekazałem serdeczne pozdrowienia Pani Dziekan Izby Paryskiej i Bertrandowi Favreau – byłemu Dziekanowi Izby Adwokackiej w Bordeaux od Pana Dziekana Pawła Gierasa, co spotkało się z życzliwą wzajemnością. Bertrand Favreau wspominał serdecznie swój pobyt w Krakowie, gdzie przebywał jako uczestnik konferencji zorganizowanej przez Komisję Praw Człowieka Izby Krakowskiej w 2006 r. na temat nowych wyzwań dla Trybunału w Strasburgu po przyjęciu do Rady Europy państw z Europy centralnej i wschodniej.

Zbigniew Cichoń

Członek jury nagrody im. Ludovica Trarieux

Rentree du Barreaux de Lyon

W dniach 12 i 14 grudnia 2013 r. w Lyonie odbyło się *rentree du Barreaux de Lyon*, tj. uroczystość ślubowania adwokackiego egzaminowanych aplikantów adwokackich, połączona z przejściem funkcji przez nowego dziekana izby oraz podpisaniem odnowienia umów partnerskich z zaprzyjaźnionymi izbami adwokackimi. Na uroczystość tę zaproszeni byli dziekani izb nie tylko z Francji, ale także zagraniczni. Z upoważnienia Dziekana Izby Krakowskiej adw. Pawła Gierasa miałem zaszczyt reprezentować go z misją nawiązania kontaktu umożliwiającego podpisanie umowy z Izbą Lyonu o współpracy i wymianie aplikantów adwokackich. Izba adwokacka w Lyonie jest drugą co do wiel-

kości izbą adwokacką we Francji i skupia 2800 adwokatów spośród ogółem 50 tys. adwokatów we Francji, z czego 25 tys. liczy największa Izba Paryska.

Wizyta zaproszonych gości rozpoczęła się 12 grudnia od zwiedzenia wieczorem historycznego Palais de Justice, którego 24 kolumny i prowadzące doń reprezentacyjne schody, wspaniale iluminowane, doskonale eksponowały rangę siedziby sądu apelacyjnego. Kilkaset metrów dalej nad nim wznosi się imponująca bazylika Matki Bożej Fourviere, z jej figurą wysoką na 5,5 m, dziełem polskiego artysty Józefa Fabischa, iluminowana równie wspaniale. Bazylika została wzniesiona jako wotum wdzięczności dla Matki Boskiej za uratowanie Lyonu w czasie wojny francusko-pruskiej 1870 r.

Wnętrze Palais de Justice to także istne dzieło sztuki obejmujące reprezentacyjne sale rozpraw z malowidłami na ścianach i plafonach, zawierającymi symbolikę wymiaru sprawiedliwości, a także stołami, fotelami sędziowskimi i ławami, czasami galeriami dla publiczności, stanowiącymi imponujący przejaw snycerskiego mistrzostwa. Wiele sal nosi nazwy wybitnych prawników wypisane na portalach, np. Monteskiusza.

Wieczorem tego samego dnia w siedzibie Izby Adwokackiej Lyonu przy rue de Bonnel w pobliżu współczesnych budynków sądów odbyła się uroczystość odnowienia umów o współpracy między bratnimi izbami Lyonu, w tym z izbami adwokackimi z Filadelfii i Lozanny. Była to okazja do rozmowy z kolegami z całego świata. Korzystając z tego, podjąłem z dziekanami Philippe Meyssonierem – aktualnym i Pierre-Yves Yolym – obejmującym swą funkcję od 1 stycznia 2014 r. jego następcą – temat nawiązania współpracy między naszymi izbami, a zwłaszcza wymiany aplikantów. Spotkało się to z wielką sympatią i aplauzem ze strony dziekanów.

Następnego dnia w Palais de Justice odbyło się ślubowanie 170 egzaminowanych aplikantów adwokackich. Każdy z osobna, ubrany w togę, składał je wobec Prezesa Sądu Apelacyjnego, zasiadającego za stołem sędziowskim wraz z sędziami tworzącymi zwykle skład orzekający sądu. Po prawej stronie sądu zasiadał prokurator generalny, który wygłosił mowę na temat powołania adwokatury, po lewej zaś stronie dziekan wraz z radą adwokacką. Olbrzymia sala wypełniona była po brzegi adwokatami ubranymi w togi. Gdy wszedłem na salę, zostałem poproszony o zajęcie miejsca w pierwszym rzędzie obok Pani Dziekana Okręgowej Izby Radców Prawnych Danuty Koszyk-Ciałowicz. Odmienne od innych nasze togi wzbudzały zainteresowanie i stanowiły impuls do podejmowania rozmów ze strony kolegów Francuzów.

Wieczorem w olbrzymiej hali odbyło się spotkanie około 2 tys. adwokatów Izby lyońskiej i zaproszonych gości z zagranicy. Spotkałem wielu znajomych kolegów, w tym dziekana Canonicę z Genewy, który kilka dni wcześniej był w Paryżu, gdy wręczaliśmy nagrodę im. Ludovica Trarieux rodzinie adwokata z Kazachstanu Vadima Kuramshina.

Kilku adwokatów z Lyonu w czasie rozmów ze mną, gdy dowiedzieli się, że jestem z Polski, wspominało śp. adw. Bożenę Banasik – dziekana ORA w Łodzi i członka Komisji Praw Człowieka przy NRA, zmarłą przed 10 laty i obecną w ich pamięci jako ta, która podpisała z Izbą Lyonu umowę o współpracy i utrzymywała z nią żywe kontakty.

Następnego, już ostatniego, dnia pobytu Dziekana Izby wydał obiad dla zaproszonych gości z zagranicznych izb i przy tej okazji poznałem dziekana Oliviera Fontibusa z Izby Wersalskiej, który z radością mnie przywitał, a dowiedziawszy się, że jestem z Krakowa, przypomniał, że jesteście bratnimi izbami (*jumele*), które łączy umowa o współpracy.

W czasie mego pobytu nie obeszło się też bez miłych polskich akcentów. Już na lotnisku w Lyonie oczekiwał na mnie młody prawnik Pan Andrzej Kobylecki z kancelarii adwokata Guy Foresty, w której pracuje też adwokat Anna Mizerka. Adwokat Guy Foresta w towarzystwie tych młodych współpracowników okazywał niezwykłą gościnność i życzliwość, zapraszając do swej kancelarii, a ostatniego dnia pobytu zorganizował spotkanie z udziałem Polonii i konsula Polski. Przyznał się, że ma żonę Polkę, kocha Polskę i często do niej jeździ. W rozmowie z jego małżonką dowiedziałem się, że jest on nawet członkiem polskiego zespołu artystycznego i śpiewa w chórze polskie pieśni. Mając takiego doskonałego adwokata Polski i polskości w Lyonie, z tym większym zapalem możemy przystępować do współpracy z Izbą Adwokacką Lyonu.

Zbigniew Cichoń

Listy do Redakcji

Słowo o działalności na rzecz kultury wysokiej adwokata Stanisława Kłyśa

Bardzo sobie cenię znajomość z Panem Mecenasem Stanisławem Kłysem. Znajomość ta miała swój początek wiele lat temu, kiedy Akademia Muzyczna w Krakowie stanęła wobec trudnego do rozwiązania problemu, tj. uzyskania gmachu po Komitecie Wojewódzkim PZPR jako swojej stałej siedziby.

Dziś Uczelnia ta – moja Alma Mater – przy ulicy św. Tomasza 43, dzięki nadzwyczajnemu zaangażowaniu Pana Mecenasa Stanisława Kłyśa, cieszy się znakomitymi warunkami do pracy, do dalszego rozwoju i pomnażania efektów działalności dydaktycznej, artystycznej i naukowej – w niespotykanej wcześniej skali. Społeczność akademicka jest Panu Mecenasowi za to dozgonnie wdzięczna.

Pan Mecenas okazał się być nie tylko świetnym prawnikiem, ale także znawcą i niezwykle pasjonatem sztuki muzycznej. Duża wrażliwość artystyczna wyniesiona z rodzinnej tradycji muzycznej stała się motorem do podejmowania wielu inicjatyw kulturalnych, polegających głównie na organizowaniu z dość dużą częstotliwością koncertów muzyki i poezji w siedzibie Klubu Adwokatury. Na koncerty zapraszani są najwybitniejsi wykonawcy z kraju i zagranicy. Wieczory te stały się już tradycją i nie ulega wątpliwości, że zapisały się one na trwałe na kartach historii ważnych wydarzeń muzycznych w Krakowie.

Działalność kulturotwórcza Mecenasa Kłyśa nie kończy się na organizowaniu wieczorów muzyki i poezji w Klubie Adwokatury.

Jednym z niezapomnianych wieczorów muzycznych był koncert 10 października ub.r. w Filharmonii dedykowany śp. Arcybiskupowi Józefowi Życińskiemu. Wykonawcami koncertu byli prof. Andrzej Białko – organy, prof. Tadeusz Malak – recytacja oraz orkiestra Sinfonietta Cracovia pod dyr. Stanisława Gałońskiego. Miło było zauważyć, że sala dosłownie pękała w szwach, a cieszyć mogło nade wszystko niezwykle ciepłe i entuzjastyczne przyjęcie artystów długo trwającym aplauzem.

Więzi przyjaźni łączące Adwokaturę Polską z Arcybiskupem Józefem Życińskim zrodziły szereg dalszych inicjatyw artystycznych, zrealizowanych w formie cyklu koncertów organowych także poza Krakowem w wykonaniu prof. Andrzeja Białki, a także w niezwykle cennym wydaniu albumu płytowego „Józef Życiński in Memoriam”, na

który złożyły się trzy płyty CD z muzyką organową, nagrane przez prof. Białkę w Lublinie, Kazimierzu Dolnym i w Krakowie oraz trzy płyty CD z wybranymi homiliami, kazaniami i wykładami Arcybiskupa.

Krótko mówiąc, Pan Mecenas Stanisław Kłys – w mojej opinii – zajmuje czołowe miejsce wśród luminarzy życia społecznego, którzy sercem i duszą wspierają wszelkie działania na rzecz najwyższych wartości humanistycznych.

Kraków, 7 grudnia 2013 r.

Joachim Grubich

Wołanie na puszczy

W numerze 1–2 tegorocznej „Palestry” opublikowany został artykuł autorstwa Magdaleny Budyn-Kulik *Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy*.

Myślę, że puszcza pełna jest takich wołań. Wołań o zdrowy rozsądek.

Rację ma Autorka, twierdząc, że mamy tu – w imię rzekomych interesów ofiar – do czynienia z niedopuszczalną i okrutną interwencją ustawodawcy w najintymniejsze regiony życia człowieka.

Ofiara gwałtu zostaje pozbawiona ochrony jej elementarnego prawa do poszanowania sfery prywatnej. Jej trauma, jej nieszczęście musi się oto stać upublicznione, aby sprawca jej krzywdy został skazany. Skazany przede wszystkim dlatego, że Państwo chce ją obdarzyć maksymalną ochroną...

Tak więc ofiara zostaje zmuszona do składania wyczerpujących zeznań, opowiadania zdarzeń, o których może wołałaby milczeć. Milczeć jej nie wolno: ma wszak obowiązek zeznawania prawdy. Nie wolno jej niczego zataić pod groźbą odpowiedzialności karnej. Musi poddać się badaniom lekarskim. Jest przecież głównym źródłem dowodowym. Aż chce się napisać „przedmiotem dowodzenia”...

Usłyszysz na sali sądowej, że sąd wyłącza jawność ze względu na dobre obyczaje. Brzmi to dla ofiary obelżywie.

Obrońca oskarżonych nie ma innej drogi działania na korzyść swego klienta, jak wykazywać, że do aktu doszło za przyzwoleniem ofiary. Będzie musiała to znieść...

Dawno, dawno temu twierdzono, że tryb wnioskowy ma za zadanie chronić sferę ludzkiej prywatności. Po zmianie art. 205 k.k. tym trybem objęte pozostają takie przestępstwa jak: zakłócenie przebiegu przetargu publicznego (art. 305 k.k.), nierzetelne prowadzenie dokumentacji gospodarczej, udaremnienie zaspokojenia wierzyciela (art. 300) czy sprowadzenie niebezpieczeństwa znacznej szkody majątkowej (art. 296 § 1a k.k.). I tego już zupełnie nie rozumiem.

Hanna Gajewska-Kraczkowska

TABLE OF CONTENTS

<i>Czesław Jaworski</i> , advocate, Chief Editor of "Palestra" (Warszawa), <i>Adam Redzik</i> , advocate, Ph.D. habilitated, Warsaw University (Warszawa)	
From "a magazine devoted to defending law" to "the magazine of the Polish Bar"	7
The Resolution of the Polish Bar Council's Presidium of 25 th February 2014 no. 20/2014	14
<i>Anzelm Lutwak</i> , advocate, Editor of "Palestra" (Lwów)	
Preface to issue 1 of "Palestra" of 1 st March 1910	16
<i>Stanisław Car</i> , advocate, Editor of "Palestra" (Warszawa)	
Preface to issue 1 of "Palestra" of 1 st March 1924 "Palestra"	21
<i>Editorial Committee</i> (Warszawa)	
Preface to issue 1 of "Palestra" of 1957	25
* * *	
<i>Andrzej Sacher</i> , Metropolitan Court (Katowice)	
An outline of the canonization procedure based on the canonization procedure of blessed John Paul II	26
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Roman rose	33
<i>Andrzej Michałowski</i> , advocate (Warszawa)	
Let them still trust the living	36
<i>Piotr Kardas</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Jagiellonian University (Kra- ków)	
Ethical and procedural determinants of holding the position of a judge, defence counsel and of a prosecutor in an adversarial criminal trial	40
<i>Marta Kolendowska-Matejczuk</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of ESLA (Warszawa)	
Establishing the public defender "for poor" in the criminal procedure. Remarks in the light of the Constitutional Tribunal decision from 8 October 2013, K 30/11 and of amendments to the law which come into effect with the day from 1 July 2015 ...	53
<i>Anna Golonka</i> , Ph.D., senior lecturer of University of Rzeszów (Rzeszów)	
Voluntary manslaughter or diminished sanity of the homicide perpetrator?	65
<i>Rafał Teluk</i> , prosecutor of Appellate Public Prosecutor's Office, candidate for doctor's degree of Maria Curie-Skłodowska University (Rzeszów-Lublin)	
Closing a Trial to the Public in case of Persons Covered by the Witness Protection Program	76
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate (Warszawa)	
The right of aliens to effective legal protection under the European Convention on Human Rights	82
<i>Grzegorz Szklarski</i> , advocate, candidate for doctor's degree, Jagiellonian University (Kraków)	
Range of the base of a constitutional complaint on the ground of the Constitution of Poland	96

<i>Michał Białkowski</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Szczecin–Poznań)	
The <i>prima facie</i> evidence in civil proceeding involving damages occurred during medical treatment	115
<i>Leszek Piechnik</i> , Ph.D. (Warszawa)	
So-called operating leasing agreement created in domestic business practice	126
<i>Mariusz Lewandowski</i> , advocate, candidate for doctor's degree of Nicolaus Copernicus University (Toruń)	
The legal employee's defense against discrimination in the polish labor law .	137
<i>Piotr Sendeki</i> , advocate (Lublin)	
Seidler's antinomies – on 100 th birth anniversary of the Professor	154
THE BAR TODAY AND TOMORROW	
<i>Radostaw Baszuk</i> , advocate (Warszawa)	
The professional secret in the explanations given by a defendant in disciplinary proceedings	168
<i>Jerzy Naumann</i> , advocate (Warszawa)	
The professional secret in the explanations given by a defendant in disciplinary proceedings – polemical remarks	174
IMPORTANT FOR THE PRACTICE	
<i>Piotr Kulik</i> , advocate (Warszawa)	
Tax procedure – beginning and end always within a period of 5 years	179
POINTS OF VIEW	
<i>Michał Makowski</i> , advocate (Piaseczno)	
Concluding a settlement against the ordering party – (de)penalization of bid rigging in the public procurement system	185
<i>Piotr Kociubiński</i> , advocate, Ph.D., State School of Higher Education (Biała Podlaska)	
The secondary unconstitutionality of amendments or why barristers are a “worse” legal profession than legal advisers	200
GLOSSES	
<i>Józef Wójcikiewicz</i> , Prof. Ph.D. habilitated (Kraków)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 9 th July 2013, III KK 92/13	204
<i>Damian Tokarczyk</i> , advocate's trainee (Warszawa)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 21 st August 2012, IV KK 42/12	209
<i>Przemysław Mogiełka</i> , advocate, candidate for doctor's degree of School of Banking (Gdańsk)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 16 th February 2012, IV CSK 225/2011 . .	215
RECENT JURISDICTION	
<i>Zbigniew Strus</i> , retired judge of Supreme Court (Warszawa)	
Review of jurisdiction of Supreme Court in the scope of civil law and procedure .	226
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa)	
Review of Supreme Administrative Court's jurisdiction	231
<i>Waldemar Gujski</i> , advocate (Warszawa)	
Review of jurisdiction of Supreme Court in the labour law cases	236

Michał Jackowski , advocate, Ph.D. (Poznań)	
Review of Constitutional Tribunal's jurisdiction (November 2013–January 2014). The matrimonial law in the Constitutional Tribunal's jurisdiction	242
FROM THE LUXEMBURG CAUSE-LIST	
Tomasz T. Koncewicz , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Gdańsk (Gdańsk), Anna Podolska , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of University of Gdańsk (Gdańsk)	
The Charter of Fundamental Rights in Polish courts. A myth, a dream or the reality? .	247
LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS	
Ewa Stawicka , advocate (Warszawa)	
Can the party responsible for damage always invoke the so called reserve cause, i.e. such a circumstance which would cause damage regardless of the party's behaviour, in order to avoid or reduce their responsibility?	258
QUESTION ABOUT DEFENCE	
Antoni Bojańczyk , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Warsaw University (Warszawa)	
A defence counsel vs. the amendment of criminal procedure law: is the amendment changing the litigation role of a defence counsel in preparatory proceedings? ...	261
ROAD ACCIDENTS	
Wojciech Kotowski (Warszawa)	
A risky manoeuvre of overtaking as the cause of an accident	271
LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES	
Andrzej Tomaszek , advocate (Warszawa)	
Charlotte's Bag	277
AFTER THE READING	
Andrzej Bąkowski , advocate (Warszawa)	
The first jubilee issue of "Palestra" of 1988	281
TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD	
Marek Sołtysik (Kraków)	
Crime and consternation (part 4). The end of passive freedom	285
REVIEWS AND NOTES	
<i>Prawnicy i dziennikarze – współpraca, rywalizacja, manipulacja</i> (Lawyers and journalists – cooperation, competition, manipulation), editor Elżbieta Łojko	
Hanna Gajewska-Kraczkowska , Ph.D., Warsaw University (Warszawa)	293
THE BAR CHRONICLE	
From the meetings of Polish Bar Council's Presidium	296
Music joins people. 3 rd Culture Days of the Polish Bar in Kraków	
Anna Woźniakowska , musicologist, music critic, former Director of the Music Department of the Polish Radio in Kraków (Kraków)	297
95 YEARS OF THE SELF-GOVERNING BAR OF THE POLISH STATE	
Adam Redzik , advocate, Ph.D. habilitated, Warsaw University (Warszawa)	
How the modern bar association was born	300
A celebration of 95 years of the modern Polish Bar Association	305

COLUMNS OF MEMORY	
Advocate Zbigniew Waydowicz (1925–2013)	
<i>Maciej Stanisław Zubek</i> , advocate (Bielsko-Biała),	
<i>Janusz Hańderek</i> , advocate (Bielsko-Biała)	307
VARIA	
<i>Zbigniew Cichoń</i> , advocate (Kraków)	
He defended the tortured, went to jail, lawyers did not abandon him	310
Rentre solennelle in the Bar of Paris	311
Rentre du Barreaux de Lyon	312
LETTERS TO EDITORS	
A couple of words on the activity of Mr. Stanisław Kłys, lawyer, to support high culture	
<i>Joachim Grubich</i> , Full Professor, Frederic Chopin University of Music, Academy of Music in Kraków (Warszawa–Kraków)	315
A cry in the wilderness	
<i>Hanna Grajewska-Kraczkowska</i> , Ph.D., Warsaw University (Warszawa)	316

Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl, ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej (www.palestra.pl).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddawane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

W numerze między innymi:

JUBILEUSZ 90-LECIA „PALESTRY” Pisma Adwokatury Polskiej

ANDRZEJ SACHER

Zarys procedury kanonizacyjnej na podstawie
procesu kanonizacyjnego bł. Jana Pawła II

ANDRZEJ MICHAŁOWSKI

Niech nadal ufa żywym

PIOTR KARDAS

Etyczne i proceduralne determinanty
pełnienia funkcji sędziego, obrońcy i oskarżyciela
w kontradictoryjnym procesie karnym

MAREK ANTONI NOWICKI

Prawo cudzoziemców do skutecznej ochrony prawnej
w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

MARIUSZ LEWANDOWSKI

Ochrona pracownika przed dyskryminacją
w polskim prawie pracy

RADOSŁAW BASZUK – JERZY NAUMANN (dwugłos)
O tajemnicy zawodowej w wyjaśnieniach obwinionego
składanych w postępowaniu dyscyplinarnym
