



lipiec–sierpień

7–8/2013

# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---



WOŁYŃ  
1943



lipiec–sierpień

7–8/2013

# 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 LVIII nr 667–668



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor Naczelny:  
Czesław Jaworski

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

Redaktor techniczny:  
Hanna Bernaszuk

Projekt okładki:  
Krzysztof Ciesielski

Wydaje  
Naczelna Rada Adwokacka  
Warszawa

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.: 24,3. Papier: III Offset, 80 g  
Nakład: 13 000 egz.

---

ISSN 0031-0344  
indeks 36851

# S Spis treści

<i>Czesław Jaworski</i> , adwokat (Warszawa) W oczekiwaniu na Zjazd i Jubileusz .....	9
<i>Radosław Krajewski</i> , dr hab., prof. UKW (Bydgoszcz) Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń .....	12
<i>Katarzyna Banasik</i> , dr, adiunkt UJ (Kraków) Nieumyślność w świetle propozycji nowelizacji Kodeksu karnego .....	21
<i>Tomasz Przesławski</i> , dr, adiunkt UW (Warszawa) Podstawy i zakres żądań odszkodowawczych związanych z pobytem w zakładzie karnym (areszcie śledczym) .....	31
<i>Paweł Łuczyński</i> , dr, radca prawny (Kraków) Zakres podmiotowy zakazu <i>reformationis in peius</i> w postępowaniu ponownym w procesie karnym .....	39
<i>Marta Kolendowska-Matejczuk</i> , adwokat, dr, adiunkt EWSPiA (Warszawa), <i>Przemysław Tarwacki</i> , dr, adiunkt PWSBiA (Warszawa) Istota prawa do pomocy prawnej dla osoby zatrzymanej procesowo .....	45
<i>Joanna Zajączkowska</i> , apl. adw., doktorantka UAM (Poznań) Głos dziecka na wokandzie – o instytucji wysłuchania małoletniego .....	56
<i>Maciej Markowski</i> , adwokat (Gdańsk) Prawo do milczenia w postępowaniu w sprawach nieletnich .....	68
<i>Dariusz Michta</i> , adwokat, dr (Będzin), <i>Andrzej Szczepański</i> , adwokat (Katowice) Mediacja w postępowaniu wykonawczym .....	79
<i>Mikołaj Drozdowski</i> , doktorant UMK, apl. adw. (Toruń–Wrocław) Fundusz pomocy pokrzywdzonym oraz pomocy postpenitencjarnej – kilka słów komentarza .....	86
<i>Paweł Nowak</i> , apl. adw. (Kraków) Wykładnia znamienia „włamanie” na gruncie art. 279 § 1 Kodeksu karnego ..	93
<i>Małgorzata Wrzołek-Romańczuk</i> , adwokat, dr hab., prof. KUL (Warszawa–Stalowa Wola) Obowiązki informacyjne spółdzielni a ochrona danych osobowych .....	103
<i>Rafał Dul</i> , asystent sędziego WSA, doktorant UKSW (Warszawa) Udział Skarbu Państwa w postępowaniu o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia .....	113

<b>Bartosz Pawlak</b> , apl. radc., doktorant UWM (Olsztyn)	
Klauzule niedozwolone w umowach zawieranych w formie aktu notarialnego	119
<b>Tomasz Szancilo</b> , SSR, dr, adiunkt EWSPiA (Warszawa)	
Regres ubezpieczeniowy przy szkodzie w pojeździe członowym	126
<b>Eligiusz Krześniak</b> , adwokat, dr (Warszawa), <b>Piotr Chochowski</b> , adwokat (Warszawa)	
Treść umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych po nowelizacji Prawa telekomunikacyjnego	134
<b>Michał Warciński</b> , dr, adiunkt UW (Warszawa)	
Czynności zachowawcze (art. 209 k.c.)	140

### Ważne dla praktyki

<b>Małgorzata Supera</b> , adwokat (Warszawa)	
Rzym III – współpraca państw członkowskich Unii Europejskiej w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji	145
<b>Marcin Mazur</b> , doktorant KUL (Lublin)	
Czy tymczasowo aresztowanemu przysługuje prawo do rozmów telefonicznych z obrońcą?	149

### Punkty widzenia

<b>Malwina Starczewska</b> , doktorantka UW (Warszawa)	
Dopuszczalność sanowania czynności prawnych dokonanych przez „falszywego” piastuna organu osoby prawnej	156
<b>Łukasz P. Supera</b> , adwokat, dr (Warszawa)	
Odsetki utracone	160
<b>Marek Derlatka</b> , adwokat, dr, starszy wykładowca PWSzZ (Sulechów)	
Zasadność kryminalizacji narażenia na zarażenie wirusem HIV	164

### Praktyczne zagadnienia prawne

<b>Karol Weitz</b> , prof. dr hab, UW, członek Biura Studiów i Analiz SN (Warszawa)	
Europejski nakaz zapłaty a skarga o wznowienie postępowania	168

### Glosy

<b>Janusz Kanarek</b> , adwokat (Inowrocław)	
Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12	173
<b>Tomasz Bagdziński</b> , adwokat, dr (Warszawa)	
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie IV Wydział Cywilny z 21 kwietnia 2011 r., sygn. VI ACa 996/10	178
<b>Justyna Kornaszewska</b> , doktorantka UW (Warszawa)	
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 13 lipca 2011 r., III CZP 31/11	188

### Prawo za granicą

<b>Marcin Łolik</b> , doktorant UW (Warszawa)	
Konstytucyjne aspekty prawa kontraktów na przykładzie wybranych europejskich systemów prawnych (cz. 2)	193

**Piotr Dudek**, adwokat (Warszawa)

- Przegląd kluczowych orzeczeń zapadłych w różnych krajach w sprawach związanych z sieciami *peer to peer* ..... 201

## Najnowsze orzecznictwo

**Zbigniew Strus**, sędzia SN w st. spocz. (Warszawa)

- Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa i postępowania cywilnego ..... 212

**Zbigniew Szonert**, dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)

- Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego ..... 216

**Michał Jackowski**, adwokat, dr (Poznań)

- Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (marzec–kwiecień 2013).  
Poglądy Trybunału Konstytucyjnego na ingerencję w wolność osobistą na podstawie rozporządzenia ..... 220

**Zbigniew Cichoń**, adwokat (Kraków)

- Prawa rodziny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu ..... 224

## Z wokandy Luksemburga

**Tomasz T. Koncewicz**, adwokat, dr hab., prof. UG (Gdańsk)

- Van Gend en Loos* i 50 lat integracji przez prawo (cz. 2) ..... 232

## Pytania i odpowiedzi prawne

**Ewa Stawicka**, adwokat (Warszawa)

- Czy przedmiot majątkowy należący w chwili testowania do majątku wspólnego małżonków pozostających w ustroju wspólności ustawowej może zostać objęty zapisem windykacyjnym? ..... 238

## Pytanie o obronę

**Antoni Bojańczyk**, adwokat, dr hab., adiunkt UKSW (Warszawa)

- Czy obrońca z urzędu może odmówić oskarżonemu sporządzenia i wniesienia apelacji, uzasadniając to brakiem podstaw do sporządzenia środka odwoławczego? ..... 241

## Problematyka wypadków drogowych

**Wojciech Kotowski** (Warszawa)

- Wrotkarz – pieszy w ruchu drogowym ..... 246

## Co piszczy w prawie

**Marian Filar**, prof. dr hab. UMK (Toruń)

- Duchem go czy literą? ..... 250

## Gawędy adwokata bibliofila

- Andrzej Tomaszek**, adwokat (Warszawa)  
Pozytki z nudnej podróży ..... 252

## Les maximes anciennes sont l'esprit des siècles...

- Witold Wołodkiewicz**, adwokat, prof. dr hab. (Warszawa)  
*Vanae voces populi non sunt audiendae* ..... 257

## Wołyń 1943

- Władysław Lutwak** (Warszawa)  
Wołyń 1943 – w 70. rocznicę ..... 260
- Lucyna Kulińska**, dr, AGH (Kraków)  
Przemilczane ludobójstwo ..... 266

## Po lekturze

- Andrzej Bąkowski**, adwokat (Warszawa)  
Wołyń. Epopeja polskich losów 1939–2013. Akt I i II ..... 277

## Procesy artystyczne

- Marek Sołtysik** (Kraków)  
Proces o *Bagno* i o bagno (cz. 3). Siła złego na jednego idealistę ..... 280

## Recenzje i noty recenzyjne

- Profesor Stanisław Walczak. *Promotor reform więziennictwa w latach 1957–1969*  
**Adam Redzik**, dr hab., UW (Warszawa) ..... 288
- Krzysztof Karsznicki, *Sztuka dyplomacji i negocjacji w świecie wielokulturowym*  
**Wojciech Kotowski** (Warszawa) ..... 291
- Arbitraż i mediacja. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*  
**Zbigniew Banaszczyk**, adwokat, dr hab, UW (Warszawa) ..... 293
- Marek Antoni Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*  
**Justyna Metelska**, adwokat (Warszawa) ..... 294

## Sympozja, konferencje

- Wojciech Brych**, prezes Sądu Arbitrażowego przy NIG (Nowy Tomyśl)  
Międzynarodowa konferencja pt. „Funkcjonowanie stałych sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych”, Nowy Tomyśl, 19 kwietnia 2013 r. .... 296

## Kronika adwokatury

- Z posiedzeń Prezydium NRA ..... 298
- Przegląd wydarzeń: marzec–maj 2013  
**Joanna Sędek**, szefowa Biura Prasowego NRA (Warszawa) ..... 305

V Ogólnopolski Zlot Motocyklowy Adwokatów, III Ogólnopolski Rajd Rowerowo- -Pieszy Adwokatów, Mikołajki, 23–26 maja 2013 r. ....	307
<b>Ośrodek Badawczy Adwokatury</b>	
Wyniki ankiety dotyczącej sytuacji materialnej adwokatów-seniorów .....	308
<b>Z życia izb adwokackich</b>	
IZBA OLSZTYŃSKA	
XXIII Ogólnopolski Rejs Adwokacki imienia Adwokat Marii Budzanowskiej po Jezioraku <i>Andrzej Kozielski</i> , adwokat, dziekan ORA w Olsztynie (Olsztyn) .....	310
IZBA WROCŁAWSKA	
Wybory w Izbie Adwokackiej we Wrocławiu <i>Leszek Rojek</i> , adwokat (Wrocław) .....	311
<b>Varia</b>	
Ogłoszenie wyników Rankingu Kancelarii Prawniczych oraz konkursu Prawnik Pro Bono <i>Aleksandra Zalewska</i> (Warszawa) .....	313
Przekazanie dokumentów dotyczących wołyńskiego ludobójstwa do zasobu Ar- chiwum Akt Nowych, Warszawa, 28 maja 2013 r. <i>Maciej Kwiek</i> (Warszawa) .....	315
Table of contents .....	317





## W OCZEKIWANIU NA ZJAZD I JUBILEUSZ

W drugiej połowie 2013 r. Adwokatura Polska przeżywać będzie dwa ważne wydarzenia: jubileusz 95 lat odrodzonej, niepodległej, niezależnej Adwokatury oraz kolejny Krajowy Zjazd i izbowe sprawozdawczo-wyborcze zgromadzenia. Przebiegać one będą – w stosunku do poprzednich podobnych wydarzeń – w innej atmosferze politycznej, społecznej i prawnej, w bardzo zmienionym składzie osobowym, pod znakiem daleko zachodzących przeobrażeń wywołanych zmianą stanowiska Państwa, w węższym zakresie do zawodu adwokata i jego organizacji, w szerszym do zawodów zaufania publicznego wykonywanych w formie samorządów zawodowych. Przejawia się to w postaci tzw. deregulacji zawodów, która polega nie tylko na zapewnieniu (jak się powszechnie głosi) szerszego dostępu do wykonywania poszczególnych zawodów, ale także na obniżaniu wysokich dotychczas standardów merytorycznych i etycznych uprawniających do wykonywania np. zawodu adwokata. Podejmowane są również próby przejmowania przez władze państwowe, tj. biurokrację państwową, wielu uprawnień przysługujących organom samorządowym, nadanych im w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Obowiązująca Konstytucja RP, w przeciwieństwie do Konstytucji PRL z 1952 r., która opierała się na monopolu władzy państwowej, wprowadziła zasadę decentralizacji władzy publicznej, co oznacza, że istotą ustroju samorządowego jest oddzielenie prawne „władzy samorządowej” od aparatu władzy państwowej. Podmiotem władzy staje się odrębna od aparatu państwowego osoba prawna, a władzy państwowej przysługują czynności kontrolne, które może realizować przede wszystkim przed niezawisłymi sądami powszechnymi czy administracyjnymi<sup>1</sup>. Wypada również przypomnieć o wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 1 grudnia 2009 r. (K. 4/2008, OTK-A ZU 2009, nr 11, poz. 162), w którym podkreślono, że przedmiotem kompetencji nadzorczych i kontrolnych ministra sprawiedliwości nie jest sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu adwokata i że kompetencje te powinny być wykonywane tylko w niezbędnym zakresie, co wynika z niezależności przypisywanej przedstawicielom tzw. wolnych zawodów i samorządom zawodowym, które ich reprezentują<sup>2</sup>. Przy podejmowaniu odpowiednich działań władza państwowa winna kierować się interesem publicznym, a nie jakimś interesem doraźnym. Wszystko to wymaga szczególnej i wszechstronnej dyskusji, a nawet zbadania opinii publicznej (np. czy każdy prawnik po skończeniu studiów powinien mieć prawo do świadczenia pomocy prawnej bez odpowiedniej aplikacji i zdania egzaminu zawodowego; czy każdy radca prawny powinien być obrońcą w sprawach karnych itp.) przed podjęciem właściwej decyzji legislacyjnej, mogącej mieć istotny wpływ na prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Pomocne mogą się okazać doświadczenia wynikające z historii naszego zawodu i podejmowanych w przeszłości rozwiązań ustawodawczych.

<sup>1</sup> Por. *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 2006, s. 146–147.

<sup>2</sup> Por. M. Gawryluk, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 13.

Dobłą okazją dla tego rodzaju rozważań będzie niewątpliwie Krajowy Zjazd Adwokatury, złożone na nim sprawozdania naczelnych organów, przeprowadzona dyskusja oraz podjęte uchwały, które podsumują mijający okres kadencyjny i wytyczą kierunki działania samorządu adwokackiego na najbliższe lata. Podobne znaczenie dla wypracowania stanowiska adwokatury i poinformowania o nim szerokiej opinii publicznej mogą mieć uroczystości jubileuszowe organizowane na szczeblu centralnym i lokalnym, a także zgromadzenia w 24 izbach reprezentujących przeszło 14 tysięcy adwokatów i prawie 7 tysięcy aplikantów adwokackich.

W nawiązaniu do wieloletniej tradycji otwieramy łamy „Palestry” dla wszystkich konstruktywnych wypowiedzi i postulatów dotyczących wykonywania zawodu adwokata, działalności jego samorządu zawodowego, udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich w ramach demokratycznego państwa prawnego – zgodnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP i art. 1 ust. 1 i 2 Prawa o adwokaturze. Problematyce tej pragniemy poświęcić jeden z numerów „Palestry”, który powinien się ukazać przynajmniej na tydzień przed rozpoczęciem Zjazdu, który odbędzie się w Katowicach w dniach 22–23 listopada 2013 r. Prosimy zatem o przesyłanie wszelkich materiałów pisemnych najpóźniej do 1 października br.

11 listopada 1918 r., po 123 latach niewoli, nastąpiło odrodzenie Państwa Polskiego, które przystępując do budowy swoich struktur organizacyjnych, rozpoczęło również prace nad przepisami poświęconymi niepodległej Adwokaturze Polskiej. Owocem tych prac stał się Statut tymczasowy Palestry Państwa Polskiego, wydany w formie dekretu w dniu 24 grudnia 1918 r. (ogłoszony w Dzienniku Praw Państwa Polskiego 30 grudnia 1918 r.), podpisany przez Józefa Piłsudskiego – Naczelnika Państwa, premiera Jędrzeja Moraczewskiego oraz ministra sprawiedliwości Leona Supińskiego. Wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1919 r. i obowiązywał na terenie b. Kongresówki do ujednoczenia ustroju adwokatury w kraju w 1932 r. Był jednym z pierwszych aktów ustawodawczych odrodzonego, niepodległego Państwa Polskiego. Został zbudowany na zasadach znanych ustawodawstwu zachodnioeuropejskiemu, odpowiednio przystosowanych do warunków polskich (m.in. zasadzie samorządu zawodowego). Nawiązywał też do naszej tradycji, zwłaszcza do dzieła Dawida Torosiewicza z 1822 r. – *Myśl o powołaniu obrońców sądowych*<sup>3</sup>.

Chociaż niektórzy badacze dziejów adwokatury, jak Andrzej Kisza, upatrują jej początki za czasów panowania Bolesława Chrobrego, pierwszego króla polskiego (XI w.), to powstała ona zapewne w wieku XIV jako instytucja prawna, a jako zawód – w wieku XVI.

Datę wydania Statutu tymczasowego uznajemy jednak dziś za datę szczególną, gdyż wówczas doszło do powołania do życia nowoczesnej, niepodległej, niezależnej, samorządowej Adwokatury Polskiej. Do tej daty nawiązywały i nawiązują kolejne jubileusze, które stwarzają okazję do zwrócenia uwagi na ważne społecznie sprawy Adwokatury Polskiej. W okresie po transformacji ustrojowej uroczystości obchodzone były, przy

<sup>3</sup> Szerzej por.: A. Dalczyński, *Statut tymczasowy Palestry Państwa Polskiego*, „Palestra” 1998, nr 11–12, s. 6–14; A. Chmurski, *Historia statutu Palestry*, „Palestra” 1931, nr 10–11, s. 521 i n.; S. Mizera, *O Statucie tymczasowym...*, „Palestra” 1978, nr 11–12, s. 5 i n.; D. Torosiewicz, *Myśli o powołaniu obrońców sądowych*, (w:) T. Kotliński, A. Redzik, M. Zaborski, *Historia ustroju Adwokatury Polskiej w źródłach*, Warszawa 2013.

udziale najwyższych władz państwowych, jubileusze 75. (w roku 1993), 80. (w 1998 r.), 85. (w 2003 r.) i 90. (w 2008 r.). Znalazły one odbicie w środkach masowego przekazu, a wyjątkowo szeroko w naszym czasopiśmie<sup>4</sup>. W związku z jubileuszem 85. wydane zostały przez Naczelną Radę Adwokacką dwa opracowania w wersji książkowej: *Adwokatura Polska Pro Patria et Justitia* oraz *85 lat Odrodzonej Adwokatury Polskiej, Zamek Królewski w Warszawie, 10 grudnia 2003 r.* Z okazji 90-lecia zorganizowano natomiast wystawę plenerową oraz wydano dwujęzyczny album pt. *Adwokaci Polscy Ojczyźnie* (Warszawa 2008, wyd. 2, Warszawa 2011).

Jubileuszowi 95. poświęcone zostanie uroczyste posiedzenie Naczelnej Rady Adwokackiej z udziałem zaproszonych gości, które odbędzie się 9 stycznia 2014 r. w sali Senatu Uniwersytetu Warszawskiego. O przebiegu tych dwóch ważnych wydarzeń poinformujemy naszych Czytelników w specjalnych sprawozdaniach.

Dla uczczenia 75. rocznicy odrodzonej, niezależnej Adwokatury Naczelna Rada Adwokacka uchwałą nr 4 (V) 93 z 26 września 1993 r. postanowiła ogłosić konkurs na prace magisterskie dla studentów wszystkich wydziałów prawa i historii uniwersytetów polskich na temat Adwokatury i jej historii oraz konkurs na prace doktorskie na podobny temat. Uchwała ta nie została zrealizowana z różnych przyczyn. Wydaje się, że zbliżający się czas 100. rocznicy powołania niepodległej, niezależnej Adwokatury Polskiej byłby najlepszym momentem dla realizacji tej lub podobnej uchwały.

W ostatnim okresie z zadowoleniem należy odnotować ukazanie się znaczących opracowań dotyczących historii i organizacji adwokatury oraz zasad wykonywania zawodu i odpowiedzialności zawodowej (A. Redzik, T. Kotliński, *Historia Adwokatury*; T. Kotliński, A. Redzik, M. Zaborski, *Historia Adwokatury Polskiej w źródłach*; M. Materniak-Pawłowska, *Adwokatura II Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawno-ustrojowe*, M. Gawryluk, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*; J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*). Ten kierunek winien być utrzymany w najbliższych latach.

Gożąco zachęcamy wszystkich, dla których sprawy Adwokatury i zawodu adwokata są bliskie i ważne, do aktywnego uczestnictwa w opisanych wyżej wydarzeniach, a w dalszej perspektywie do wzmocnienia roli i znaczenia tego zawodu w wymiarze sprawiedliwości, a także w szeroko rozumianym życiu społecznym i gospodarczym.

<sup>4</sup> Por. „Palestra” 1993, nr 12; 1994, nr 1–2; 1998, nr 11–12; 1999, nr 3–4; 2003, nr 11–12; 2008, nr 11–12.

## ŚRODKI ODDZIAŁYWANIA WYCHOWAWCZEGO W PRAWIE WYKROCZEŃ

Odpowiedzialność za wykroczenia, które wraz z przestępstwami współtworzą czynny zabronione, realizowana jest na podstawie założenia, że w związku z tym, iż ich społeczna szkodliwość jest zdecydowanie mniejsza aniżeli przestępstw, wymagają one łagodniejszej reakcji, której podstawowym instrumentem jest grzywna, w tym nakładana w drodze mandatów karnych. W taki sposób, to jest poprzez wymierzenie bądź nałożenie grzywny, załatwiana jest większość spraw o wykroczenia, co postrzegane jest jako najwłaściwsza forma odpowiedzialności sprawców, którzy dopuszczają się łamania przepisów prawa, ale nie wymagają oni surowszego traktowania. Nie można przy tym nie dostrzegać finansowego aspektu takiej odpowiedzialności, grzywny uiszczane przez osoby popełniające wykroczenia stanowią bowiem istotny dochód budżetu państwa, jak też gmin, zwłaszcza jeśli chodzi o wykroczenia w ruchu drogowym. Wydaje się wręcz, że perspektywa reperowania finansów państwowych oraz samorządowych poprzez wpływy z grzywien, w szczególności nakładanych w związku z naruszaniem przepisów ruchu drogowego, a zwłaszcza w zakresie przekraczania dozwolonej prędkości, w sposób niedopuszczalny przysłania podstawowe standardy prawa wykroczeń, wśród których istotne miejsce zajmuje zasada preferencji pozakarnych środków reakcji na wykroczenia. Należą do nich między innymi środki oddziaływania wychowawczego, o których mowa w art. 41 Kodeksu wykroczeń z 20 maja 1971 r.<sup>1</sup>, zgodnie z którym w stosunku do sprawcy czynu można poprzestać na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub na zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego.

Jak bowiem zasadnie wskazuje W. Radecki, postępowanie w sprawach o czyny zabronione pod groźbą kary, to jest przestępstwa i wykroczenia, może być ukształtowane według dwóch przeciwstawnych zasad, to jest legalizmu lub oportunistu, przy czym zasada legalizmu oznacza obowiązek ścigania, zasada oportunistu zaś uprawnienie do ścigania. Prawo wykroczeń nie opiera się wyłącznie na którejś z tych zasad, ale bliższe jest drugiej, czego konsekwencją jest zasada środków pozakarnych, zgodnie z którą środki te jako forma reakcji na wykroczenia mają pierwszeństwo, a dopiero w razie uznania, że nie są one wystarczające do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa, należy sięgać po kary przewidziane w Kodeksie wykroczeń<sup>2</sup>. Autor ten wyraźnie zatem uznaje preferencję stosowania środków pozakarnych, które w reakcjach na wykroczenia powinny mieć priorytet przed karami za nie przewidzianymi, co należy rozumieć w taki sposób, że należy za nie karać dopiero w razie uznania, że środki te byłyby niewystarczającym sposobem reakcji na wykroczenie.

<sup>1</sup> Dz.U. z 2010 r. nr 46, poz. 275 z późn. zm.

<sup>2</sup> M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 328–329.

Podobnie, ale jednak w nieco innym duchu, wypowiada się w tym zakresie T. Grzegorzczak, zdaniem którego z przepisu art. 41 Kodeksu wykroczeń wynika zasada preferencji środków pozakarnych, która sprowadza się do wymogu zareagowania uprawnionego podmiotu na wykroczenie, ale niekoniecznie ścigania sprawcy wykroczenia, gdyż można ograniczyć się właśnie do środków oddziaływania wychowawczego. Nie jest to zatem czysty oportunizm, czyli nieściganie w ogóle zaistniałego wykroczenia z uwagi na niecelowość, lecz zareagowanie na taki czyn w sposób przewidziany przez prawo, tyle że z sięgnięciem do środka pozakarnego, który w konkretnym przypadku stanowi wystarczającą reakcję na wykroczenie<sup>3</sup>. Uwagę w wypowiedzi tego autora zwraca to, że podkreśla on możliwość ograniczenia się do środków oddziaływania wychowawczego, nie wskazując zaś ich pierwszeństwa przed karami.

Jeszcze bardziej powściągliwe w tym zakresie jest stanowisko wyrażone przez A. Marka, że prawo wykroczeń opiera się na założeniu, iż popełnienie wykroczenia nie musi pociągać za sobą nieuchronnie ścigania i ukarania sprawcy, lecz należy w jego ramach kierować się zasadą celowości, która pozwala w niektórych przypadkach na poprzestanie na zastosowaniu wobec sprawcy środków oddziaływania wychowawczego<sup>4</sup>. Autor ten wskazał bowiem odnośnie do poprzestania na przedmiotowych środkach, że jest to możliwe tylko w niektórych przypadkach wykroczeń, co jest oczywiście prawdą, gdyż przecież nie wszystkie wykroczenia mogą i powinny być załatwiane w drodze zastosowania środków oddziaływania wychowawczego, bez sięgania po kary.

Chodzi jednak o to, czy środki te powinny mieć pierwszeństwo przed karami, tak jak postrzega to W. Radecki, czy też powinny być one ich alternatywą stosowaną jedynie w niektórych przypadkach, tak jak wynika to z poglądów T. Grzegorzczaka i A. Marka. Innymi słowy, istnieje potrzeba rozstrzygnięcia, co powinno być regułą, a co wyjątkiem – jeśli chodzi o stosowanie kar oraz środków oddziaływania wychowawczego. W obecnej praktyce instytucji odpowiedzialnych za reagowanie wobec sprawców wykroczeń zdecydowanie jest tak, że to karanie za nie ma pierwszorzędne znaczenie, stosowanie środków oddziaływania wychowawczego ma miejsce na zasadzie wyjątku, i to opartego na uznaniowych i niejasnych kryteriach. Ma to istotne oparcie w obowiązującym Kodeksie wykroczeń, skoro bowiem w art. 41 wskazane jest jedynie, że można poprzestać na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego, a nigdzie nie jest napisane, że należy to robić, rozważając zasadność karania, to trudno oczekiwać, aby podmioty ścigania za wykroczenia postrzegały to nie jako swoje uprawnienie, lecz obowiązek.

Gdyby zatem chcieć uczynić regułą priorytetowe stosowanie środków oddziaływania wychowawczego przed karaniem za wykroczenia, należałoby to wyraźnie wyartykułować w przepisie Kodeksu wykroczeń poprzez na przykład wskazanie, że organy postępowania w sprawach o wykroczenia mogą prowadzić postępowanie zmierzające do ukarania sprawcy wykroczenia tylko wtedy, gdy środki oddziaływania wychowawczego okazały się niewystarczające dla wdrożenia go do poszanowania prawa. Byłoby to całkowitym odwróceniem aktualnego modelu postępowania w sprawach o wykroczenia, który dzisiaj, jak trafnie wskazuje B. Kurzępa, jest taki, że jeśli organ procesowy uzna bezzasadność karania sprawcy za konkretne wykroczenie, to może poprzestać na za-

<sup>3</sup> T. Grzegorzczak (red.), W. Jankowski, M. Zbrojewska, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 157.

<sup>4</sup> A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2012, s. 94.

stosowaniu środków oddziaływania wychowawczego<sup>5</sup>, a byłby taki, że to na instytucjach odpowiedzialnych za ściganie sprawców wykroczeń spoczywałoby wykazywanie, dlaczego uznały one niemożność poprzestania na środkach pozakarnych. Doszłoby też do przełamania formuły pozostawiania sprawców nawet najdrobniejszych wykroczeń zdanymi na arbitralne decyzje funkcjonariuszy organów uprawnionych do ścigania wykroczeń i rozstrzygania spraw ich dotyczących w postępowaniu mandatowym, czy wręcz braku możliwości w ogóle ubiegania się w związku z popełnionym wykroczeniem o zastosowanie środków oddziaływania wychowawczego, jak ma to w szczególności miejsce przy zarejestrowaniu wykroczenia przy użyciu fotoradaru i otrzymaniu mandatu po pewnym czasie od popełnienia wykroczenia, kiedy to z automatu nakłada się grzywny, bez wnikania w to, czy w każdym przypadku przekroczenia prędkości na pewno nie zachodziły podstawy poprzestania na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego. Być może priorytetowe traktowanie środków oddziaływania wychowawczego stanowiłoby swoiste remedium na nadmiernie rygorystyczne wykorzystywanie formuły prawa wykroczeń do karania sprawców niektórych ich kategorii, jak też mogłoby przyczynić się do zwiększenia autorytetu niektórych instytucji odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek publiczny, które niewątpliwie wiele wykroczeń narusza, ale nie zawsze w stopniu wymagającym karania, a jedynie w zakresie możliwym do poprzestania na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego, co w szczególności wydaje się dotyczyć straży miejskich, które chyba niekiedy zapominają o swojej służebnej roli wobec społeczności lokalnych, na rzecz których powinny funkcjonować.

Nie chodzi przy tym o to, aby poprzez nałożenie obowiązku, a nie tylko przyznanie uprawnienia do sięgania po środki oddziaływania wychowawczego, w tych przypadkach, gdy nie ma potrzeby karania sprawców wykroczeń, zmniejszać funkcje ochronną, zapobiegawczą i w końcu represyjną prawa wykroczeń, ale aby uchwycić pewien złoty środek w jego stosowaniu. Oczywiście nie jest to proste, ale możliwe w imię racjonalizmu prawa karnego, którego częścią jest prawo wykroczeń, sięgania po środki reakcji karnej tylko w razie niezbędności dla osiągnięcia celów, jakie stoją przed tą dziedziną prawa, a które w zakresie zapobiegania i zwalczania czynów wyczerpujących znamiona wykroczeń są możliwe do osiągnięcia nie tylko poprzez karanie, ale także dzięki stosowaniu środków oddziaływania wychowawczego.

W obecnym stanie prawnym, jak słusznie podkreśla M. Budyn-Kulik, ustawodawca nie podaje żadnych przesłanek, jakie muszą zostać spełnione, aby możliwe było zastosowanie wobec sprawcy art. 41 Kodeksu wykroczeń. Autorka, kierując się wykładnią celowościową i systemową tego przepisu, uważa, że należy postrzegać go przez pryzmat art. 33 Kodeksu wykroczeń, a zatem można poprzestać na zastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego, jeżeli spełnione będą cele kary, przede wszystkim w zakresie prewencji szczególnej, a nie należy po niego sięgać, gdy ze względu na społeczne oddziaływanie kary nie byłoby to właściwe<sup>6</sup>, które to stanowisko należy podzielić. Rację ma też T. Grzegorzcyk, że decydujące znaczenie co do możliwości zastosowania

<sup>5</sup> B. Kurzepa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 166.

<sup>6</sup> M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 134–135.



środków oddziaływania wychowawczego ma niewielki stopień społecznej szkodliwości wykroczenia, to jest taki, przy którym można uznać, że środek natury wychowawczej będzie wystarczający do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa<sup>7</sup>. Na spowodowanie u sprawcy poszanowania prawa jako warunek zastosowania tych środków zwraca także uwagę M. Bojarski, który obok niego wymienia także potrzebę wdrożenia sprawcy do przestrzegania zasad współżycia społecznego<sup>8</sup>. Okoliczności te, to jest przestrzeganie prawa oraz poszanowanie zasad współżycia społecznego, przed laty dostrzegał również A. Gubiński, który pisał o pomyślnych rokowaniach wobec sprawcy, w tym nie tylko co do przestrzegania przepisów prawa, ale także powstrzymywania się od takich zachowań, które nie naruszają wprawdzie norm prawa, ale są ujemnie oceniane przez społeczeństwo, czego przykładem miała być wulgarność czy też niewłaściwy stosunek do starszych<sup>9</sup>. Oczywiście zachowań takich nie należy pochwalać, ale też nie można wobec osób, które się ich dopuszczają, a które to zachowania nie są zabronione jako wykroczenia, stosować środków oddziaływania wychowawczego, o których mowa w art. 41 Kodeksu wykroczeń, gdyż, jak zasadnie wskazuje B. Kurzępa, podstawowym warunkiem ich zastosowania jest ocena, że czyn sprawcy stanowi wykroczenie<sup>10</sup>.

Niemniej jednak kryteria stosowania środków oddziaływania wychowawczego są niejasne, pozostają zależne od uznania funkcjonariuszy organów odpowiedzialnych za ściganie wykroczeń, co skutkuje niejednorodnością w tym zakresie, w takim znaczeniu, że w przypadku takich samych zachowań różnych sprawców jeden funkcjonariusz poprzestanie na zastosowaniu przedmiotowych środków, a inny nie, jak też możliwe jest, że ten sam przedstawiciel organu uprawnionego do postępowania w sprawach o wykroczenia raz uzna za stosowne poprzestanie na nich, a innym razem nie, nawet gdy będzie miał do czynienia z analogicznymi wykroczeniami co do wszystkich szczegółów ich dotyczących. Subiektywizm w tym zakresie nie powinien być przecież podstawą rozstrzygnięć prawnych, a tymczasem różne okoliczności pozamerytoryczne mogą przesądzać o zastosowaniu bądź niezastosowaniu środków oddziaływania wychowawczego. Jeszcze gorzej jest, gdy jest to następstwem emocji funkcjonariusza związanych nie z okolicznościami popełnienia wykroczenia, lecz ze stosunkiem jego sprawcy do funkcjonariusza w takim znaczeniu, że poczuł się on urażony zwróceniem mu przez sprawcę nawet słusznej uwagi co do wykonywania obowiązków służbowych, jaki to przypadek opisał W. Kotowski. Dotyczył on dziennikarza, który nieprawidłowo zaparkował samochód, w konsekwencji czego najpierw został on pouczony przez strażnika miejskiego, ale gdy skomentował jego zachowanie, co nie stanowiło naruszenia prawa, funkcjonariusz postanowił ukarać go za przedmiotowe wykroczenie<sup>11</sup>.

Przedstawiciele doktryny prawa wykroczeń nie są zgodni co do tego, jakim podmiotom przysługuje prawo stosowania środków oddziaływania wychowawczego. Zdaniem B. Kurzępy uprawnienia do stosowania środków oddziaływania wychowawczego mają nie tylko sądy, ale także Policja i wszystkie inne organy mające uprawnienia oskarżyciela

<sup>7</sup> T. Grzegorzcyk (red.), W. Jankowski, M. Zbrojewska, *Kodeks wykroczeń*, s. 157.

<sup>8</sup> M. Bojarski, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2002, s. 102.

<sup>9</sup> A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1989, s. 222.

<sup>10</sup> B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń*, s. 166.

<sup>11</sup> W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 178–180.



publicznego w sprawach o wykroczenia<sup>12</sup>. Wątpliwości w tym względzie ma zaś T. Bojarski, według którego przyjąć należy, że uprawnienie takie przysługuje sądom, ale nie jest już pewne, czy przysługuje ono również podmiotom pełniącym rolę oskarżycieli publicznych oraz czy środki te mogą być stosowane w postępowaniu mandatowym zamiast kary<sup>13</sup>. Wydaje się co do owej pewności, że jest z nią dokładnie odwrotnie, aniżeli postrzega to T. Bojarski, a mianowicie że pewne jest, iż środki oddziaływania wychowawczego mogą stosować podmioty mające uprawnienia oskarżyciela publicznego, natomiast wątpliwości budzić może możliwość ich stosowania przez sądy.

Jak bowiem słusznie wskazuje W. Radecki, art. 41 Kodeksu wykroczeń skierowany jest do organów upoważnionych do składania wniosków o ukaranie, przede wszystkim do oskarżycieli publicznych, w tym Policji i innych instytucji państwowych i samorządowych, nie wspominając nic o uprawnieniu w tym względzie sądów<sup>14</sup>. Rozróżnić bowiem tu trzeba analizowane środki oddziaływania wychowawczego i środki oddziaływania społecznego, o których mowa w art. 39 Kodeksu wykroczeń, a które może stosować jedynie sąd, odstępując od wymierzenia kary, przy czym mogą one mieć postać przeproszenia pokrzywdzonego, uroczystego zapewnienia o niepopelnianiu więcej czynu albo zobowiązania sprawcy do przywrócenia stanu poprzedniego. Tak kwestię tę postrzegają I. Nowicka i R. Kupiński, według których środki oddziaływania wychowawczego mogą stosować organy pozasądowe ujawniające wykroczenia, w tym Policja i inne instytucje, środki oddziaływania społecznego mogą zaś stosować organy orzekające, to jest sądy, jeśli odstępują od wymierzenia kary<sup>15</sup>. Jest zatem tak, że środki oddziaływania wychowawczego mogą być stosowane na przedsądowym etapie postępowania w sprawach o wykroczenia, w tym w ramach postępowania mandatowego, nie może natomiast wykorzystać ich dobrodziejstwa sąd, gdyż uznając sprawcę winnym popełnienia zarzucanego mu czynu, musi wydać wyrok skazujący, rozstrzygając co do kary, o czym stanowi art. 82 § 2 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia z 24 sierpnia 2001 r.<sup>16</sup>, a w razie odstąpienia od jej wymierzenia może zastosować środek oddziaływania społecznego, o którym mowa w art. 39 Kodeksu wykroczeń, w razie zaś uniewinnienia obwinionego nie zachodzą podstawy do zastosowania wobec niego środków oddziaływania wychowawczego.

Wspomniane powyżej organy mające uprawnienia oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia, które obok Policji mogą stosować środki oddziaływania wychowawczego, to różne podmioty ochrony prawa, które trafnie wskazuje H. Skwarczyński, według którego możliwość poprzestania na zastosowaniu pouczenia, zwróceniu uwagi, ostrzeżeniu lub zastosowaniu innych środków oddziaływania wychowawczego przysługuje w szczególności Straży Granicznej<sup>17</sup>, jak też Inspekcji Handlowej<sup>18</sup>. Au-

<sup>12</sup> B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń*, s. 166–167.

<sup>13</sup> T. Bojarski (red.), A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 103.

<sup>14</sup> M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń*, s. 329.

<sup>15</sup> I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego w sprawach o wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2004, z. 7–8, s. 153–154.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2008 r. nr 133, poz. 848 z późn. zm.

<sup>17</sup> H. Skwarczyński, *Straż Graniczna w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 3, s. 106.

<sup>18</sup> H. Skwarczyński, *Proceduralne aspekty udziału Inspekcji Handlowej w ściganiu przestępstw i wykroczeń*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 3, s. 30.

tor ten słusznie dostrzega także możliwość sięgania po środki oddziaływania wychowawczego przez inspektorów Państwowej Inspekcji Pracy, zwłaszcza gdy sprawcą wykroczenia przeciwko prawom pracownika nie jest pracodawca, lecz osoba, która sama jest pracownikiem będącym jednocześnie odpowiedzialnym za przestrzeganie praw innych pracowników, gdyż wówczas inspektor pracy może poprzestać na zastosowaniu środka oddziaływania wychowawczego, jak też zwrócić się do pracodawcy o zastosowanie wobec pracownika kary porządkowej, oczywiście o ile w grę wchodzi wykroczenie drobne, w przypadkach bowiem poważniejszych naruszeń prawa istnieje potrzeba sięgania po grzywnę w postępowaniu mandatowym albo kierowania wniosku o ukaranie do sądu<sup>19</sup>.

Wątpliwości budzi także kwestia, czy organ, który zastosował wobec sprawcy wykroczenia środek lub środki oddziaływania wychowawczego, może następnie wystąpić do sądu z wnioskiem o ukaranie. Według I. Nowickiej i R. Kupińskiego jest to możliwe, gdyż ich zastosowanie nie stanowi bezwzględnej przeszkody uniemożliwiającej wszczęcie i tok postępowania, gdyż okoliczności tej nie wymienia art. 5 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, może natomiast stanowić przeszkodę względną, na co wskazuje art. 61 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia<sup>20</sup>. Odmiennego zdania jest co do tego B. Kurzępa, zdaniem którego, ponieważ zastosowanie tego środka jest jednocześnie rezygnacją z ukarania sprawcy wykroczenia, oskarżyciel publiczny, który go zastosował, nie ma następnie możliwości wystąpienia z wnioskiem o ukaranie<sup>21</sup>, z którym to stanowiskiem należy się zgodzić, i to z trzech powodów. Po pierwsze dlatego, że gdyby dopuścić możliwość występowania z wnioskami o ukaranie w tych przypadkach, gdy podmiot, któremu przysługują uprawnienia oskarżyciela publicznego, zastosował wobec sprawcy środek lub środki oddziaływania wychowawczego, to oznaczałoby to swoiste pociągnięcie do odpowiedzialności dwa razy za to samo – raz poprzez zastosowanie wobec sprawcy środków oddziaływania wychowawczego i drugi raz poprzez ukaranie, a co byłoby nadmiarem w takim znaczeniu, że sprawca mógłby nie życzyć sobie, aby funkcjonariusz pouczał, ostrzegał lub zwracał mu uwagę, po czym miałby on być pociągnięty do odpowiedzialności przed sądem, co mogłoby go spotkać bez uprzedniego stosowania środków oddziaływania wychowawczego. Po drugie zaś, takie postępowanie organu uprawnionego do ścigania wykroczeń i ich sprawców mogłoby być postrzegane jako wprowadzenie w błąd, bowiem na przykład gdyby sprawca wykroczenia w ruchu drogowym został pouczony lub ostrzeżony przez funkcjonariusza, miałby on pełne podstawy zakładać, że na tym sprawa się zakończyła, po czym znalazłaby się ona wraz z wnioskiem o ukaranie w sądzie, a być może zdecydowałaby się on na przyjęcie mandatu karnego, gdyż zależałoby mu na takim właśnie załatwieniu sprawy, ale w związku z pouczeniem nie miałby na to szansy. Po trzecie, za stanowiskiem takim przemawia wykładnia językowa art. 41 Kodeksu karnego, który mówi o przestaniu na zastosowaniu tych środków, które

<sup>19</sup> H. Skwarczyński, *Inspektor pracy w nowym postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 9, s. 33–34.

<sup>20</sup> I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie środków*, s. 148.

<sup>21</sup> B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń*, s. 167.

to poprzestanie rozumieć należy jako coś o skutkach trwałych, ograniczenie się do czegoś, w tym przypadku do pouczenia, zwrócenia uwagi, ostrzeżenia lub zastosowania innych środków oddziaływania wychowawczego.

Gdyby zdarzyło się, że pomimo zastosowania wobec sprawcy środków oddziaływania wychowawczego skierowano wniosek o jego ukaranie do sądu, to zgodnie z art. 61 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia sąd mógłby odmówić wszczęcia postępowania, a wszczęte umorzyć, uznawszy, że środek ten jest wystarczającą reakcją na wykroczenie. Jest to więc względna przeszkoda procesowa, którą sąd może uwzględnić, ale nie musi, i to pod warunkiem uznania jej wystarczalności jako reakcji na wykroczenie. Jest więc tak, że ustawodawca przewiduje ewentualność wniesienia wniosku o ukaranie przez oskarżyciela publicznego, który wcześniej zastosował wobec sprawcy wykroczenia środki oddziaływania wychowawczego, skoro do uznania sądu pozostawia, co dalej z taką sprawą ma się dzieć. Jest to jednak rozwiązanie nieprawidłowe z uwagi na powyższe argumenty, a ponadto bardzo trudno może być udowodnić obwinionemu przed sądem, że zastosowano wobec niego środki oddziaływania wychowawczego, wszak rozstrzygnięcie w tym względzie ma charakter ustny. Postulować zatem trzeba rozważenie co do przyszłego stanu prawnego uczynienia z przedmiotowej okoliczności bezwzględnej przeszkody procesowej wymienionej w art. 5 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

Decyzja sądu o umorzeniu postępowania ze względu na uznanie za wystarczające uprzedniego zastosowania środka oddziaływania wychowawczego powinna mieć formę postanowienia, na co zwracają uwagę I. Nowicka oraz R. Kupiński<sup>22</sup>. Przysługuje na nie zażalenie.

Katalog środków oddziaływania wychowawczego obejmuje takie ich postaci, co do których można mieć wątpliwości, czym one różnią się między sobą. Wydaje się, że pouczenie, zwrócenie uwagi, ostrzeżenie są pewnymi synonimami i nie ma między nimi istotniejszych różnic, jak też nie ma różnic odnośnie do skutków ich zastosowania. Wątpliwości budzi przy tym, o jakich innych środkach oddziaływania wychowawczego jest mowa w analizowanym przepisie. Zdaniem W. Kotowskiego może to być zawiadomienie zakładu pracy lub organizacji społecznej, której członkiem jest sprawca wykroczenia<sup>23</sup>. Może to być także poinformowanie o wykroczeniu szkoły lub uczelni sprawcy, jak też w przypadku osób pomiędzy 17. a 18. rokiem życia, a więc mogących odpowiadać za wykroczenia, ale pozostających pod władzą rodzicielską, poinformowanie o ich zachowaniu rodziców lub opiekunów. Odnośnie do zawiadomienia szkoły lub uczelni podzielić jednak trzeba wątpliwości J. Szumskiego, którego zdaniem przekazywanie spraw o wykroczenia popełnione przez uczącą się lub studiującą młodzież wydaje się stwarzać pewne niebezpieczeństwo, gdyż mogą wystąpić niewspółmiernie negatywne tego konsekwencje w postaci zastosowania kar dyscyplinarnych, którymi dysponują szkoły i uczelnie<sup>24</sup>. Najlepiej zatem byłoby, gdyby funkcjonariusze instytucji odpowiedzialnych za zapobieganie i ściganie wykroczeń sami stosowali środki oddziaływania wychowawczego, bez angażowania w to innych podmiotów.

<sup>22</sup> R. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie środków*, s. 150–151.

<sup>23</sup> W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń*, s. 178.

<sup>24</sup> J. Szumski, *Środki alternatywne wobec kary za wykroczenia*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 12, s. 80.

W. Radecki wyraził zapatrywanie, że w ramach innych środków oddziaływania wychowawczego strażnicy Państwowej Straży Rybackiej mogą uzależniać odstąpienie od ukarania wędkarzy dopuszczających się drobnych wykroczeń od wpłaty określonych kwot pieniędzy na cel społeczny, jak też zaaprobował praktyki jednej z sieci handlowych, która odstępowała od zawiadamiania Policji o kradzieżach mienia o wartości do 250 złotych, jeżeli sprawca oddał skradziony towar i uiścił opłatę manipulacyjną w kwocie 50 złotych<sup>25</sup>. Wydaje się jednak, że takie formy oddziaływania nie mieszczą się w ramach innych środków, o których mowa w art. 41 Kodeksu wykroczeń, gdyż co do istoty nie powinny one polegać na dolegliwościach finansowych, ponieważ rodzic to może wątpliwości co do ewentualnych nadużyć po stronie funkcjonariuszy, co zaś do praktyk sieci handlowej, to w ogóle trudno dopatrzeć się w nich zgodności z prawem.

Według I. Nowickiej i R. Kupińskiego można zastosować jeden środek bądź jednocześnie kilka środków oddziaływania wychowawczego, na przykład pouczyć i ostrzec<sup>26</sup>. Wydaje się, że tak może być, ale stosowanie wobec sprawcy zbyt wielu form środków oddziaływania wychowawczego nie byłoby uzasadnione, wszak trudno byłoby za mające jakkolwiek walor uznać zachowanie funkcjonariusza Policji lub innego organu, który jednocześnie pouczałby, ostrzegał oraz zwracał uwagę sprawcy. Byłoby to swoistym nadmiarem, mogącym prowadzić do niepotrzebnych zatargów pomiędzy sprawcami wykroczeń a funkcjonariuszami.

Cztery dekady temu A. Gubiński wyraził zapatrywanie, że mechanizm stosowania środków oddziaływania wychowawczego ze względu na jego wielopłaszczyznowość nie jest prosty, a w konsekwencji trudności sprawia podejmowanie prawidłowych co do nich rozstrzygnięć, jak też wypracowanie jednolitości w tym zakresie<sup>27</sup>. Niestety pomimo znacznej perspektywy czasowej niewiele w tym zakresie się zmieniło, jak też nie zapowiada się, aby miało to nastąpić w najbliższym czasie. Potrzeba zatem zwracać na to zagadnienie uwagę, postulując rozważenie przyjęcia jako pewnej reguły sięgania po środki oddziaływania wychowawczego, a nie tylko czynienia tego na zasadzie wyjątku, jak też określenie kryteriów oraz uczynienie z ich zastosowania przeszkody dla dalszego prowadzenia sprawy o wykroczenie, w szczególności kierowania wniosku o ukaranie. Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń stanowią bowiem charakterystyczną jego instytucję, która pozostaje jednak w cieniu karania za te czyny zabronione. Ich stosowanie jest wartością samą w sobie, gdyż stanowi, bądź stanowić powinno, reakcję na te wykroczenia, które nie wymagają surowszego potraktowania, dlatego też należy eksponować ich istotę oraz podejmować namysł nad kwestiami szczegółowymi tak co do aktualnego, jak i przyszłego stanu prawnego.

<sup>25</sup> M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń*, s. 334–336.

<sup>26</sup> I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie środków*, s. 147.

<sup>27</sup> A. Gubiński, *Środki oddziaływania wychowawczego na tle zasady celowości w prawie wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 10, s. 41.

## Summary

*Radosław Krajewski*

### THE EDUCATIONAL RESOURCES IN ALMOST OFFENSES

Instruction, attention, caution and the use of other forms of parental influence is characteristic of the proceedings in misdemeanor cases. These measures can be used police and others, but the criteria are not resorting to vague and questionable also able to hold their cases prior to their use. Their use should be the rule rather than the exception of punishment for offenses, especially minor actions.

KEY WORDS: offense, instruction, attention, warning

POJĘCIA KLUCZOWE: wykroczenie, pouczenie, zwrócenie uwagi, ostrzeżenie

## NIEUMYŚLNOŚĆ W ŚWIETLE PROPOZYCJI NOWELIZACJI KODEKSU KARNEGO

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego rozpoczęła prace nad ulepszeniem polskiego prawa karnego i przedstawiła wstępną propozycję nowelizacji części ogólnej Kodeksu karnego<sup>1</sup>. Wśród propozycji znajduje się bardzo istotna i daleko idąca zmiana normatywnego uregulowania nieumyślności. Nowelą byłyby objęte między innymi art. 1, art. 2, art. 9 i art. 28 k.k., a zatem przepisy dotyczące struktury przestępstwa, odpowiedzialności za przestępstwa skutkowe popełnione przez zaniechanie, strony podmiotowej czynu zabronionego oraz błędu.

Zmiany proponowane w art. 1 k.k. i art. 2 k.k. motywowane są propozycją nowego uregulowania kwestii obiektywnego przypisania. Proponuje się dodanie w art. 1 paragrafu 1a w brzmieniu: „Czyn zabroniony pod groźbą kary nie może być przypisany, jeżeli w okolicznościach jego popełnienia wyczerpanie znamion tego czynu nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia”. Proponowany przepis *in fine* jest oczywiście relewantny dla będącej przedmiotem niniejszych rozważań nieumyślności. Dotyczy on przypisania nieumyślnych czynów zarówno skutkowych, jak i bezskutkowych. Znowelizowany art. 2 k.k. regulowałby odpowiedzialność karną za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie, jak również przez działanie. Miałby on brzmieć następująco: „§ 1. Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe podlega ten tylko, kto nie zachowując reguł postępowania z dobrem prawnym wiążących w danych okolicznościach, powoduje w wyniku ich niezachowania opisany w ustawie skutek. § 2. Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim nadto ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. § 3. Skutku nie przypisuje się osobie niezachowującej reguł postępowania z dobrem prawnym, jeżeli późniejsze naruszenie reguły postępowania przez inną osobę, nie będące wynikiem współdziałania, w sposób istotny wpłynęło na zmianę okoliczności spowodowania skutku”. Projektowane zmiany, w ocenie ich twórców, zmuszają do wprowadzenia modyfikacji w treści art. 9 § 2 k.k.

Dyskutuje się między innymi, czy należy wyraźnie podkreślić, że zamiar odnosi się zawsze do znamion przedmiotowych czynu<sup>2</sup>. Uważam, że nie zachodzi taka konieczność. Naturalnie zamiar może odnosić się wyłącznie do znamion przedmiotowych. To samo dotyczy błędu<sup>3</sup>. Sprawca ma objąć zamiarem wszystkie znamiona przedmiotowe

---

<sup>1</sup> Zob. A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 11, s. 3–13.

<sup>2</sup> Tamże, s. 6.

<sup>3</sup> Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 1997 r., V KKN 188/96, Prok. i Pr. 1998, z. 5 – wkładka, poz. 1; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX, Warszawa 2010, komentarz do art. 28 k.k., teza 3; J. Giezek, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX, Warszawa 2012, komentarz do art. 28 k.k., teza 15; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 82.



czynu. Nie do pomyslenia jest obejmowanie zamiarem znamion podmiotowych, które występują wszak jedynie w psychice sprawcy. W przypadku czynów umyślnych znamieniem podmiotowym jest zawsze umyślność, która polega właśnie na zamiarze. Nie jest zatem możliwe, aby zamiar objął sam siebie. W przypadku czynów umyślnych, których strona podmiotowa charakteryzowana jest za pomocą dodatkowego znamienia, takiego jak na przykład „uporczywe” (art. 190a § 1 k.k.) lub „uporczywie” (art. 209 § 1 k.k.), również nie jest możliwe, aby zamiar sprawcy objął taką uporczywość, która jest wyrazem złej woli i nieustępliwości ze strony sprawcy, gdyż takie negatywne nastawienie psychiczne sprawcy istnieje tylko w jego psychice, jak i tylko w jego psychice istnieje sam zamiar. Zamiar, oprócz sfery intelektualnej, tworzony jest przez sferę woluntatywną, która dotyczy woli sprawcy<sup>4</sup>. Uporczywość jako zła wola jedynie dodatkowo charakteryzuje sam zamiar. Błąd jest zjawiskiem psychicznym, które – aczkolwiek pociąga za sobą konsekwencje prawne – rozgrywa się tylko w psychice człowieka. Błąd polega na nieświadomości występowania w rzeczywistości jakiegoś elementu lub na urojeniu sobie występowania elementu (stworzeniu w swojej świadomości elementu), którego w rzeczywistości nie ma<sup>5</sup>. Człowiek nie może błędzić co do aktów swej świadomości, które są aktami psychicznymi. Nie da się błędzić co do swego błędu.

Proponowana definicja nieumyślności, a ściśle rzecz biorąc – czynu nieumyślnego, wygląda następująco: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego”. W uzasadnieniu jej wprowadzenia podano, że obecnie art. 9 § 2 k.k. wyraża istotę strony podmiotowej czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością, jak i odnosi się do elementów przedmiotowych takiego czynu<sup>6</sup>. Z tezą tą należy się zgodzić. W obecnym kształcie badany przepis poprzez odwołanie się do niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach określa element strony przedmiotowej czynu. Natomiast jego treść *in principio* (nie mając zamiaru jego popełnienia) oraz *in fine* (możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć) charakteryzuje stronę podmiotową czynu. Zdaniem pomysłodawców w przepisie tym nieprecyzyjnie określono warunek przewidywalności czynu zabronionego, który powinien być rozumiany obiektywnie, natomiast obecna forma redakcyjna miałaby dopuszczać subiektywną interpretację, utrudniającą oddzielenie strony podmiotowej czynu zabronionego od winy<sup>7</sup>. Trafność tej opinii budzi wątpliwości, a proponowana definicja wywołuje zastrzeżenia.

W świetle propozycji Komisji Kodyfikacyjnej nieumyślność zostaje sprowadzona do zaprzeczenia zamiaru. Nieumyślność staje się negacją umyślności. Tymczasem w literaturze utrwalony został pogląd, zgodnie z którym nieumyślność nie jest prostym zaprzeczeniem umyślności<sup>8</sup>. Ten pogląd wydaje się trafny. Wystąpienie u sprawcy nieumyślności trzeba wykazać. Innymi słowy, należy udowodnić, że sprawca zrealizował zamiar podmiotowe czynu w postaci nieumyślności. Nie może to polegać na stwierdzeniu, że sprawca nie miał zamiaru wyczerpania znamion czynu, czyli działał nieumyślnie. W takim ujęciu można

<sup>4</sup> Zob. np. A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 110.

<sup>5</sup> Por. tamże, s. 452; A. Marek, *Kodeks*, komentarz do art. 28 k.k., teza 1; J. Giezek, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 28 k.k., teza 4; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks*, s. 82;

<sup>6</sup> A. Zoll, *Prace*, s. 6.

<sup>7</sup> Zob. tamże.

<sup>8</sup> Zob. np. A. Zoll, (w:) *Kodeks*, s. 118; J. Giezek, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 9 k.k., teza 4 i 22.

by w ogóle zrezygnować z pojęcia nieumyślności i mówić o braku zamiaru. A brak zamiaru nie opisuje stanu psychicznego sprawcy<sup>9</sup>. Strona podmiotowa czynów zabronionych została sprowadzona do kategorii zamiaru i polegałaby albo na zamiarze, albo na braku zamiaru. Ujęcie to budzi zdecydowany sprzeciw, jako że prowadzi do zbytnej obiektywizacji przypisania czynu. Sprawca zostanie obarczony (jako za przestępstwo „nieumyślne”) wszelkim skutkiem, jaki nastąpił w związku z niezachowaniem przez niego reguł ostrożności wiążących w danych okolicznościach. Pewnym ograniczeniem będzie tylko nowy art. 1 § 1 k.k. Jednak przepis ten „zawierałby, od strony negatywnej, wyraz podstawowego warunku uaktualnienia się normy sankcjonowanej”<sup>10</sup> (zapewne chodziło o normę sankcjonującą) i mógłby być stosowany w sytuacjach wyjątkowych, co wyjaśnia ujęcie warunku przewidywalności od strony negatywnej. Jak podano, przewidywalności czynu zabronionego nie wykazywano by w postępowaniu karnym, natomiast brak przewidywalności trzeba byłoby wykazać<sup>11</sup>. Treść proponowanych przepisów, poparta ich wyjaśnieniem, nie budzi wątpliwości odnośnie do ich konsekwencji prawnych. Dla obarczenia sprawcy odpowiedzialnością karną za przestępstwo „nieumyślne” będzie wystarczające udowodnienie zrealizowania przez niego znamion przedmiotowych danego typu czynu zabronionego, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że nie miał on zamiaru ich zrealizować. Przy takim ujęciu czyn zabroniony, uznawany tradycyjnie za nieumyślny, zostaje właściwie pozbawiony strony podmiotowej, a pozostaje konstruowany jedynie z elementów przedmiotowych. Taka reperkusja zmiany legislacyjnej byłaby nie do przyjęcia. Strona podmiotowa konstituuje typ czynu zabronionego i wyraża stosunek psychiczny sprawcy do czynu. Nie wydaje się trafne zrezygnowanie z elementu przewidywalności jako części składowej nieumyślności. Nie zmienia tej oceny umieszczenie warunku przewidywalności, i to od strony negatywnej, w art. 1 k.k. Element przewidywalności powinien pozostać w art. 9 § 2 k.k.

Powyższa teza nie oznacza jednak zanegowania jakiegokolwiek nowelizacji przepisu art. 9 § 2 k.k., który w obecnym brzmieniu daje podstawy do wyróżnienia dwóch form nieumyślności, to jest nieumyślności świadomej i nieumyślności nieświadomej. Wyraźne wyodrębnienie dwóch postaci nieumyślności ma charakter doktrynalny i jest już głęboko zakorzenione w nauce prawa karnego, nie tylko polskiego<sup>12</sup>. Można by zastanowić się nad celowością zlikwidowania tego wyodrębnienia. Czemu właściwie ono służy? Żaden opis typu czynu zabronionego nie wymaga nieumyślności świadomej. Żaden też zespół znamion typu czynu zabronionego nie wymaga nieumyślności nieświadomej. Znamieniem podmiotowym czynów nieumyślnych jest po prostu nieumyślność. W procesie stosowania prawa nie jest konieczne „nazwanie”, z jaką nieumyślnością sprawca działał. Wykazuje się, że przewidywał on możliwość popełnienia czynu albo mógł przewidzieć. Trudniej jest oczywiście wykazać, że sprawca *in concreto* przewidywał

<sup>9</sup> Por. J. Giezek, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 9 k.k., teza 33 [„(...) w przypadku nieświadomej nieumyślności brak zamiaru nie opisuje żadnego stanu psychicznego sprawcy, gdyż stanowi naturalną konsekwencję niedostrzegania możliwości popełnienia czynu zabronionego”].

<sup>10</sup> Tak A. Zoll, *Prace*, s. 5.

<sup>11</sup> Tamże.

<sup>12</sup> Zob. np. A. Zoll, (w:) *Kodeks*, s. 122; M. Budyn-Kulik, (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 33; H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen*, Wien 2010, s. 16; J. Wesels, W. Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg-Hamburg 2012, s. 262.



możliwość popełnienia czynu. Warto zauważyć, że wśród wyznaczników stopnia społecznej szkodliwości czynu nie pojawiła się postać nieumyślności. Wyliczenie zawarte w art. 115 § 2 k.k. stanowi katalog zamknięty, w którym miejsce dano między innymi postaciom zamiaru. Ustawodawca zatem również w tym względzie nie zróżnicował nieumyślności. Ustalenie, że przy realizacji znamion przedmiotowych czynu towarzyszyła sprawcy nieumyślność świadoma (a nie nieświadoma), nie wpłynie na ocenę stopnia społecznej szkodliwości tego czynu. Może natomiast wpłynąć na wymiar kary<sup>13</sup>, jako że – chociaż niewymienione *expressis verbis* – wyliczenie w art. 53 § 2 k.k. ma charakter egzemplifikacyjny. Jednakże okoliczność, że sprawca przewidywał możliwość popełnienia danego (nieumyślnego) czynu, mogłaby zostać pod uwagę niezależnie od wysłownienia, że zaistniała nieumyślność świadoma.

Nie wydaje mi się, ażeby pozostawienie w art. 9 § 2 k.k. warunku przewidywalności utrudniało oddzielenie strony podmiotowej czynu zabronionego od winy. Już sam początek przepisu [„Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie (...)”] wskazuje, że nieumyślność jest elementem czynu zabronionego. Połączenie tej treści z pięcioelementową strukturą przestępstwa i definicją czynu zabronionego z art. 115 § 1 k.k. nie powinno pozostawiać wątpliwości w tej mierze. Można przypuszczać, że trudności w badanej kwestii i kojarzenie zawartości normatywnej art. 9 § 2 k.k. z winą wynikają raczej z przyzwyczajenia do tradycyjnego łączenia strony podmiotowej z winą, które to ujęcie uległo jednak ustawodawczej zmianie już kilkanaście lat temu, aniżeli z interpretacji przepisu w aktualnym brzmieniu. Jak już wspominałam, w uzasadnieniu projektowanej zmiany art. 9 § 2 k.k. podano, że obecnie między innymi wyraża on istotę strony podmiotowej czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością. Z opisu propozycji nie wynika, jakoby tę istotę zamierzano zmodyfikować lub przenieść ją do innego przepisu. Istota nieumyślności ma zatem pozostać w art. 9 § 2 k.k. Jeśli wziąć pod uwagę proponowaną treść tego przepisu, zastanawia, na czym miałyby polegać ta istota. Analiza proponowanego przepisu prowadzi do wniosku, że sprowadzałyby się ona do braku zamiaru. Jak wyżej wskazałam, nieumyślność stałaby się prostym zaprzeczeniem umyślności. Tymczasem wydaje się, że istota nieumyślności rozszerza się poza brak zamiaru. Punkt ciężkości nieumyślności spoczywa na przewidywalności. W uzasadnieniu zmian stwierdzono, że w przepisie art. 9 § 2 k.k. nieprecyzyjnie określono warunek przewidywalności czynu zabronionego. Można by go zatem doprecyzować, zamiast usunąć. Stwierdzono również, że warunek ten powinien być rozumiany obiektywnie i zapewne konsekwencją takiego rozumienia jest treść proponowanego art. 1 § 1a k.k. Można mieć pewne wątpliwości w tym zakresie. Proponuje się ograniczyć przewidywalność do obiektywnej przewidywalności. Przekonuje raczej funkcjonujący w literaturze pogląd, że to konkretny sprawca miał mieć możliwość przewidzenia, a obiektywna przewidywalność to tylko punkt wyjścia<sup>14</sup>. Najpierw należałoby ustalić element obiektywny, polegający na powinności przewidzenia, a następnie element subiektywny, którym jest możliwość przewidzenia<sup>15</sup>. Takie ujęcie nie rezygnuje z obiektywnej przewidywalności, lecz dostrzega przekraczającą ją

<sup>13</sup> Na temat stopnia zarzucalności obu form nieumyślności zob. J. Giezek, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 9 k.k., teza 39.

<sup>14</sup> Por. A. Marek, *Kodeks*, komentarz do art. 9 k.k., teza 15.

<sup>15</sup> Tak A. Wąsek, (w:) O. Górniok i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, s. 124 – podaję za: M. Budyn-Kulik, (w:) *Kodeks*, s. 33.

głębię nieumyślności. Czyn ma być przypisany konkretnemu sprawcy, który zrealizował jego znamiona, zarówno od strony zewnętrznej (swym zachowaniem), jak i od strony wewnętrznej. Skoro znamię podmiotowe zawiera się w psychice człowieka i polega na pewnym akcie psychicznym, to nie można oderwać go od procesu zachodzącego w sferze przeżyć psychicznych sprawcy, ale go nie przesądza. Ustalenie obiektywnej przewidywalności wypełnienia znamion czynu w danych okolicznościach warunkuje zaistnienie możliwości przewidzenia u danego sprawcy. Niezbędne jest stwierdzenie zaistnienia w psychice sprawcy pewnego aktu świadomości od strony pozytywnej.

Dostrzec można pewną niekonsekwencję w projektowanej nowelizacji art. 9 k.k. Mianowicie w § 3 miałyby pozostać rozróżnienie faktycznego przewidzenia od tylko możliwości przewidzenia. Element przewidzenia został ujęty tak samo jak w obecnym stanie prawnym, od strony pozytywnej. A zatem należałoby sprawcy wykazać, że „następstwo to przewidywał albo w danych okolicznościach było ono obiektywnie możliwe do przewidzenia”. Sprawca odpowiada za przestępstwo kwalifikowane przez następstwo (które zawsze następuje nieumyślnie), jeżeli wobec tego następstwa można przypisać mu nieumyślność. Teza ta nie powinna budzić wątpliwości, mimo że art. 9 § 3 k.k. ani w obecnym, ani w projektowanym kształcie nie operuje pojęciem nieumyślności. W świetle projektowanej zmiany nieumyślność w stosunku do zachowania podstawowego sprawcy byłaby inaczej rozumiana (a przynajmniej inaczej zdefiniowana w ustawie) niż nieumyślność w stosunku do następstwa zachowania sprawcy. Takiej dwuznaczności jednego, i to bardzo istotnego, pojęcia nie można zaaprobować. Powstałby problem z nazywaniem przestępstw kwalifikowanych przez znamię dynamiczne „umyślno-nieumyślnymi” (ewentualnie „nieumyślno-umyślnymi”).

Na marginesie można dodać, że umiejscowienie takiej treści normatywnej, jaką proponuje się w § 1a, w art. 1 k.k. nie wydaje się trafne. Wydaje się, że taki zabieg legislacyjny naruszyłby wewnętrzną spójność tego przepisu, zbudowanego *de lege lata* z trzech paragrafów, z których treści daje się wyprowadzić definicję przestępstwa. Artykuł 1 k.k. określa strukturę przestępstwa, a jednocześnie najbardziej podstawowe warunki odpowiedzialności karnej. Nie określa on warunków przypisania i wydaje się, że proponowany § 1a nie pasuje swą treścią do zawartości normatywnej obecnego art. 1 k.k. Ponadto przepis § 1a odnosiłby się tylko do czynów nieumyślnych, albowiem zawarty w nim warunek obiektywnej przewidywalności nie znalazłby zastosowania przy czynach umyślnych ze względu na definicję umyślności (ściśle rzecz biorąc – definicję czynu umyślnego z art. 9 § 1 k.k.). Jeżeli sprawca chce popełnić dany czyn, to – w aspekcie płaszczyzny intelektualnej zamiaru – w jego psychice występuje albo świadomość konieczności zrealizowania znamion czynu, albo (częściej) świadomość możliwości zrealizowania znamion czynu. Ergo, skoro zrealizowanie znamion czynu jest dla sprawcy przewidywalne, to tym bardziej jest ono obiektywnie przewidywalne (poza szczególnymi sytuacjami, w których sprawca dysponowałby szczególną wiedzą, przewyższającą standard<sup>16</sup>). Gdy sprawca działał z zamiarem ewentualnym, to przewidywał możliwość popełnienia czynu. Ergo, zrealizowanie znamion tego czynu było obiektywnie możliwe do przewidzenia. Gdyby zatem w okolicznościach popełnienia czynu zrealizowanie znamion tego czynu nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia

<sup>16</sup> Szerzej na ten temat zob. J. Giezek, (w:) *Kodeks, komentarz do art. 9 k.k.*, teza 40.

nia, to czyn zabroniony nie mógłby zostać przypisany, ponieważ sprawca nie miałby zamiaru, czyli nie zostałyby zrealizowane znamię podmiotowe w postaci umyślności. Nie byłoby więc konieczne sięganie do § 1a. Nasuwa się dalszy wniosek, że poprzez zapisanie § 1a w art. 1 k.k. czyny nieumyślne zostałyby – bezzasadnie – wyeksponowane nad czynami umyślnymi.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego zaproponowała usunięcie z art. 9 § 2 k.k. elementu odnoszącego się do strony przedmiotowej czynu, a polegającego na niezachowaniu ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Pomysł ten jest trafny. Definicja nieumyślności jako znamienia podmiotowego nie powinna zawierać w sobie elementów przedmiotowych. Podczas przeprowadzania testu realizacji znamiona czynu zabronionego przez sprawcę należy najpierw ustalić, czy zrealizował on znamiona przedmiotowe, i na tym już etapie odnieść się do naruszenia reguł ostrożności, a następnie zbadać, czy zaistniała u sprawcy nieumyślność jako efekt pewnego procesu psychicznego. Zdaje się, że Komisja Kodyfikacyjna nie przetransponowała tego obiektywnego warunku odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne do innej jednostki redakcyjnej, lecz całkowicie z niego zrezygnowała. Wniosku tego nie neguje nowy art. 2 § 1 k.k., którego istota treści normatywnej spoczywa na niezachowaniu reguł postępowania z dobrem prawnym. Nie wydaje się przy tym, aby sformułowanie „nie zachowując reguł postępowania z dobrem prawnym wiążących w danych okolicznościach” miało mieć inny sens normatywny niż obecne określenie „niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Wszak na gruncie obecnego przepisu mówi się o regułach ostrożności, jak też o regułach postępowania z dobrem prawnym<sup>17</sup>. Proponowany przepis art. 2 § 1 k.k. reguluje odpowiedzialność karną wyłącznie za przestępstwa skutkowe, a nie obejmuje swym zasięgiem przestępstw bezskutkowych. Wprawdzie czynów zabronionych nieumyślnych, a wokół nich koncentrują się niniejsze rozważania, nie ma w Kodeksie karnym wiele, ale ich istnienia nie wolno przeoczyć. Jako przepisy typizujące formalne czyny nieumyślne można wymienić: art. 183 § 6 k.k., art. 184 § 3 k.k., art. 186 § 3 k.k. i art. 263 § 4 k.k. Skoro proponowany art. 9 § 2 k.k. nie będzie mówił o niezachowaniu ostrożności ani żaden inny przepis w części ogólnej Kodeksu nie jest poświęcony odpowiedzialności za nieumyślne przestępstwa formalne, to implikuje to wniosek, że warunki obiektywnego przypisania czynu formalnego określone są wyłącznie w przepisie części szczególnej, typizującym dane zachowanie. Do zapisanych wyraźnie znamion wyżej wymienionych typów czynów nie należy niezachowanie ostrożności (czy niezachowanie reguły postępowania z dobrem prawnym). Nie należy z tego powodu czynić zarzutu ustawodawcy, albowiem popełnienie przestępstwa nieumyślnego zawsze łączy się z niezachowaniem reguł ostrożności. Takie niezachowanie ostrożności należy do istoty zachowania sprawcy i jest niejako zawarte w jego czynności sprawczej.

Powstaje zatem pytanie, czy niezachowanie reguł postępowania z dobrem prawnym powinno być wyeksponowane *verba legis* w odniesieniu do przestępstw skutkowych. Oczywiście jest, że popełnienie materialnego przestępstwa nieumyślnego spowodowane jest niezachowaniem ostrożności. Co więcej, każde przestępstwo umyślne, zarówno skutkowe, jak i bezskutkowe, łączy się z niezachowaniem reguł postępowania z do-

<sup>17</sup> Zob. np. A. Zoll (w:) *Kodeks*, s. 119; J. Giezek, (w:) *Kodeks*, komentarz do art. 9 k.k., teza 23; A. Marek, *Kodeks*, komentarz do art. 9 k.k., teza 17; L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 9, Warszawa 2003, s. 80–81.

brem prawnym. Zarówno przestępstwa polegające na naruszeniu dobra prawnego, jak i przestępstwa polegające na narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo łączą się z niezachowaniem reguły postępowania z tym dobrem prawnym. Czy zatem konieczne jest wypuklenie elementu niezachowania reguł postępowania co do odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe, jak to czyni nowy art. 2 § 1 k.k.? Powszechnie i zgodnie przyjmuje się, że skutek ma pozostawać w związku przyczynowym z poddawanym ocenie zachowaniem się sprawcy. Innymi słowy, skutek ma być spowodowany przez zachowanie się sprawcy. Ażeby zachowanie się człowieka mogło doprowadzić do skutku polegającego na określonym naruszeniu lub narażeniu dobra prawnego, musi ono jednocześnie polegać na niezachowaniu reguł postępowania z tym dobrem prawnym. Niezachowanie reguł ostrożności jest immanentną cechą zachowania, które prowadzi do przestępnego skutku. Wydaje się, że proponowany art. 2 § 1 k.k. nie zawiera żadnej nowej treści normatywnej. Stanowi on w istocie o spowodowaniu skutku poprzez niezachowanie reguł postępowania, a to – jak wskazałam – jest nieodzownym składnikiem zachowania wywołującego skutek. Zatem proponowany przepis nie wnosi nic nowego, bo jego treść normatywna zawiera się w treści opisu znamion danego typu czynu zabronionego. Dla przykładu: art. 155 k.k. penalizuje nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka. Oczywiście jest, że spowodowanie śmierci ma nastąpić w efekcie zachowania się człowieka, a to zachowanie musi polegać na niezachowaniu reguły postępowania z dobrem prawnym, gdyż w przeciwnym razie nie doprowadzi ono do skutku. Chodzi oczywiście o reguły postępowania wiążące w danych okolicznościach, a zatem reguły określone przy uwzględnieniu aktualnego stanu wiedzy i środków dostępnych w okolicznościach popełnienia czynu. Warunek „wiążące w danych okolicznościach”, wysłowiony w nowym art. 9 § 2 k.k., nie wynika wprost z opisu znamion czynu. Problem powstaje, gdy zachowanie doprowadziło do skutku, czyli musiało polegać na niezachowaniu reguł postępowania z dobrem prawnym, jednak nie były to reguły znane, a tym samym ustalone do przestrzegania w danych okolicznościach. Problem ten można by rozwiązać na płaszczyźnie nieumyślności (w której definicji pozostałaby przewidywalność ujęta od strony pozytywnej), gdyż w takiej sytuacji popełnienie czynu nie było przewidywalne. Doszłoby zatem do zrealizowania znamion przedmiotowych, ale skoro nie zostałyby wypełnione znamię podmiotowe, to już nie badano by związku przyczynowego (w przypadku zachowania polegającego na działaniu) pomiędzy zachowaniem a zaistniałym skutkiem. W przypadku zaniechania sprawcy nie przypisano by mu czynu zabronionego, ponieważ jego zachowanie nie było nieumyślne.

Nasuwa się refleksja, że różnica w ocenie proponowanych zmian wynika z tego, iż pomysłodawcy mieli na celu kompleksowe uregulowanie podstaw obiektywnego przypisania czynu zabronionego, a modyfikacja uregulowania nieumyślności jest jedynie pochodną nowelizacji art. 1 k.k. i art. 2 k.k., gdy tymczasem w niniejszych rozważaniach spojrzano na proponowane przepisy bardziej od strony nieumyślności niż od strony obiektywnego przypisania.

W uzasadnieniu propozycji zmian zarzucono obecnemu uregulowaniu fragmentaryczność<sup>18</sup>. Bezspornie niektóre kwestie zostały uregulowane fragmentarycznie. W założeniu Komisji Kodyfikacyjnej nowe uregulowanie problematyki obiektywnego

<sup>18</sup> Zob. A. Zoll, *Prace*, s. 5.

przypisania czynu zabronionego ma być kompleksowe. Zatem powinno objąć zarówno przestępstwa popełnione przez działanie, jak i przez zaniechanie, jak też zarówno przestępstwa umyślne, jak i przestępstwa nieumyślne. Nowy art. 2 k.k. faktycznie odnosiłby się do przestępstw skutkowych, popełnionych zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie, zarówno umyślnych, jak i nieumyślnych. Poza jego zakresem pozostałyby przestępstwa bezskutkowe. Taki stan rzeczy wynikałby zapewne z przekonania, że nie ma potrzeby wprowadzania odrębnego uregulowania w części ogólnej Kodeksu, ponieważ warunki obiektywnego przypisania czynu formalnego wynikają wprost z opisu jego znamion w części szczególnej Kodeksu. Z takim poglądem należałoby się zgodzić. Trzeba jednak zauważyć, że obecny art. 9 § 2 k.k. reguluje obiektywne przypisanie przy czynach charakteryzujących się nieumyślnością (co też podkreślono w uzasadnieniu), nie różnicując przy tym czynów materialnych i czynów formalnych. Przepis ten zawiera warunek obiektywny w postaci niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, który *de lege ferenda* miałby nie być zapisany wprost w ustawie przy czynach formalnych. Rola tego warunku zostałaby zatem zaakcentowana przy przestępstwach skutkowych, co miałoby być niezbędne dla rozwiązania problemu obiektywnego przypisania skutku. Problemu takiego z natury rzeczy nie ma przy czynach bezskutkowych, których przypisanie ogranicza się do wykazania zrealizowania znamion czynu. I to może uzasadniać treść art. 2 k.k. zaproponowaną przez Komisję Kodyfikacyjną, aczkolwiek wyżej wskazane wątpliwości pozostają.

Ostatnią z zaproponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego zmian dotyczących strony podmiotowej jest nowelizacja art. 28 k.k. Komisja Kodyfikacyjna proponuje znówelizowanie art. 28 § 1 k.k. poprzez nadanie mu zupełnie innej treści. Przedmiotowa nowelizacja polegałaby w istocie na usunięciu obecnego przepisu art. 28 § 1 k.k. i zastąpieniu go innym przepisem. Słusznie podkreślono w uzasadnieniu propozycji zmiany, że przepis ten nie wprowadza żadnej nowej treści normatywnej, a wyłączenie umyślności przez błąd co do znamienia typu czynu zabronionego wynika z art. 9 § 1 k.k.<sup>19</sup> Wykreślenie analizowanego przepisu jest zatem ze wszelkich miar uzasadnione. Stanowi on całkowicie zbędne *superfluum*. Zastanawiać może jedynie, w jaki sposób ten przepis znalazł się w nowo uchwalonym Kodeksie z 1997 roku. Dodać należy, że został on przyjęty przez Sejm jednocześnie z zaakceptowaniem aktualnej definicji czynu umyślnego z art. 9 § 1 k.k. Zbędność tego przepisu jest na tyle oczywista, że zauważają ją studenci drugiego roku prawa, stykający się po raz pierwszy z podstawowymi regulacjami prawa karnego, i pytają, po co ten przepis, a nauczyciel prowadzący z nimi zajęcia – chcąc usprawiedliwić poczynania legislatora, aby nie podważać jego autorytetu i nie niweczyć chęci studentów zapoznawania się z przepisami Kodeksu – musi próbować wyjaśniać domniemane *ratio legis*, którego w istocie brak. W sytuacjach, w których aktualizuje się treść normatywna obecnego art. 28 § 1 k.k., sprawca nie popełnia umyślnie danego czynu zabronionego, bo nie ma zamiaru jego popełnienia. W sferze intelektualnej, będącej jedną z płaszczyzn tworzących strukturę zamiaru, sprawca nie ma świadomości występowania w rzeczywistości desygnatu lub desygnatów jednego lub kilku znamion danego typu czynu zabronionego. Skoro sprawca nie objął świadomością choćby jednego ze znamion czynu, to tym samym nie miał zamiaru popełnienia tego czynu.

<sup>19</sup> Tamże, s. 9.



Oczywiste jest, że sprawca był w błędzie, ale powoływanie w tym przypadku instytucji błędu nie jest konieczne, ponieważ podstawę rozwiązania dostarcza sama ustawowa definicja czynu, który popełniony jest umyślnie. Mówiąc ogólniej, wystarczające jest spojrzenie na daną sytuację faktyczną przez pryzmat definicji zamiaru.

O ile zasadność zmiany polegającej na uchyleniu obecnego art. 28 § 1 k.k. nie budzi najmniejszych nawet wątpliwości, o tyle należałoby bliżej przyjrzeć się celowości wprowadzenia na jego miejsce nowego przepisu w brzmieniu: „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego”, który to przepis zaproponowała Komisja Kodyfikacyjna. Usprawiedliwiony błąd miałby wyłączać nieumyślność. Co miałyby wpływać na ocenę, czy błąd był usprawiedliwiony? Zapewne te same czynniki, które przesądzałyby o braku przewidywalności. W sytuacji, do której miałby odnosić się ten przepis, nie dochodziłoby do wyłączenia nieumyślności poprzez błąd (niejako wtórnie), ponieważ nieumyślność nie zaistniałaby (pierwotnie). *De lege lata*, jeżeli sprawca możliwości popełnienia czynu nie mógł przewidzieć (art. 9 § 2 k.k. druga alternatywa), to nie działał z nieumyślnością (nieświadomą). Brak nieumyślności wynika już z samej definicji nieumyślności, podobnie jak rzecz się ma z zamiarem. Na tle przepisów zaproponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną czyn zostałby popełniony nieumyślnie (bo sprawca nie miał zamiaru wyczerpać jego znamion – art. 9 § 2 k.k.), ale nie mógłby zostać przypisany, jeżeli wyczerpanie jego znamion nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia (art. 1 § 1a k.k.). Wydaje mi się, że przepis o proponowanej treści nie jest konieczny, a w razie wprowadzenia go będzie stanowił *superfluum*, tak samo jak obecny przepis art. 28 § 1 k.k. Na marginesie można zasygnalizować, że nie jest konieczne zaznaczenie, iż błąd dotyczyłby okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu. Nie jest bowiem wyobrażalne, aby błąd, będąc sam zjawiskiem zachodzącym w psychice (pewnym stanem świadomości), mógł mieć za przedmiot znamię podmiotowe, będące innym zjawiskiem (innym aktem świadomości) w psychice tego samego człowieka. Ponadto powszechnie przyjęło się nazywać błąd uregulowany w art. 28 § 1 k.k. *error facti*, czyli błąd co do faktu<sup>20</sup>, eliminując tym samym błąd co do zjawisk psychicznych.

Na koniec uwagi natury technicznej. W moim odczuciu zamiast słowa „wyczerpać” (proponowanego w art. 1 § 1a k.k. oraz w art. 9 k.k.) trafniejszym określeniem byłby termin „wypełnić” albo „zrealizować”. Uważam, że w art. 9 § 2 k.k. (jak również w § 1) należy pozostać przy obecnej wersji początku przepisu, rozpoczynającego się od słów: „Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie (...)”. Zaproponowane sformułowanie „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie (...)” zbytnio akcentuje „popełnienie”, co kojarzy się z zewnętrznym zachowaniem się człowieka, a w przepisie tym chodzi przecież o przeżycie wewnętrzne sprawcy. Ponadto przepis ten w istocie definiować ma nieumyślność [ściśle mówiąc – wskazywać elementy tej definicji, gdyż nie wprowadza on definicji *sensu stricto* w znaczeniu „Nieumyślność jest to (...)”], a nie popełnienie w ogóle. Gdyby natomiast w intencji pomysłodawców zaproponowane sformułowanie miało akcentować oddzielenie strony podmiotowej od winy, czyli wyraźnie wskazywać, że to czyn jest popełniany nieumyślnie, to cel ten można by osiągnąć najpełniej poprzez zapisanie: „Znamiona przedmiotowe czynu zabronionego zrealizowane są nieumyślnie (...)”.

<sup>20</sup> Zob. np. A. Marek, *Kodeks*, komentarz do art. 28 k.k., teza 1; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks*, s. 81.

## Summary

*Katarzyna Banasik*

### NEGLIGENCE IN LIGHT OF THE PROPOSAL OF AMENDMENT TO THE PENAL CODE

The subject of this paper are planned changes of the Polish Penal Code concerning negligence. The Criminal Law Codification Commission presented a preliminary proposal of an amendment to general part of the Penal Code. Among the proposals there is an essential change of normative description of negligence. The subject to the changes should be among others Article 1, Article 2, Article 9 and Article 28 of the Penal Code. These are regulations concerning the structure of the crime, the responsibility for the crime committed by omission, *mens rea* of the offence and the mistake. The author makes a critical analysis of the proposed changes. Among others, she is in favour of leaving in the Article 9 § 2 of the Penal Code the condition of predictability. The author assesses positively the removing from the Article 9 § 2 of the Penal Code an element of disobeying of caution applying in given circumstances and the repealing of the current Article 28 § 1 of the Penal Code.

KEY WORDS: negligence, normative description of negligence, responsibility for the crime committed by omission, *mens rea* of the offence, mistake

POJĘCIA KLUCZOWE: nieumyślność, normatywne uregulowanie nieumyślności, odpowiedzialność za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie, strona podmiotowa czynu zabronionego, błąd

## PODSTAWY I ZAKRES ŻĄDAŃ ODSZKODOWAWCZYCH ZWIĄZANYCH Z POBYTEM W ZAKŁADZIE KARNYM (ARESZCIE ŚLED CZYM)

Tematem niniejszego artykułu jest problematyka dotycząca zasad i przesłanek odpowiedzialności prawnej Skarbu Państwa za szkody wyrządzone w toku wykonywania kary pozbawienia wolności, jak i innych środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności, a także prawnych i faktycznych podstaw żądań poszkodowanych z tego tytułu oraz kształtowanie się obecnej linii orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Konstytucyjny model odpowiedzialności Skarbu Państwa jest wyrażony w art. 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym: „Każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”.

Wykładnia konstytucyjnych przesłanek odpowiedzialności organu władzy publicznej za niezgodne z prawem działanie została sformułowana przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 4 grudnia 2001 r. (SK 18/2000). Interpretacji zostały poddane użyte w art. 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej pojęcia takie, jak: szkoda, władza publiczna, organ władzy publicznej, działanie organu władzy publicznej, działanie niezgodne z prawem.

Trybunał Konstytucyjny orzekł wówczas, że pojęcie szkody obejmuje uszczerbki zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym w prawnie chronionych dobrach danego podmiotu, natomiast „organ władzy publicznej (...) oznacza instytucję, strukturę organizacyjną, jednostkę władzy publicznej, z której działalnością wiąże się wyrządzenie szkody, nie zaś organ osoby prawnej w kategoriach prawa cywilnego”.

Trybunał zdefiniował władzę publiczną od strony funkcjonalnej, z punktu widzenia realizacji władczych kompetencji, chociaż – jak zaznaczył – władcze kształtowanie sytuacji jednostki nie stanowi tutaj wyłącznej reguły. Wskazał, że działanie organu władzy publicznej mieści w sobie również zaniechanie w tych sytuacjach, „w których obowiązek określonego działania władzy publicznej jest skonkretyzowany w przepisie prawa i można ustalić, na czym konkretnie miałyby polegać zachowanie organu władzy publicznej, aby do szkody nie doszło”. Ostatnie z analizowanych pojęć kształtujących konstytucyjną odpowiedzialność odszkodowawczą – „działanie niezgodne z prawem” – zostało ujęte ściśle jako sprzeczność z nakazem lub zakazem wynikającym z normy prawnej.

Trybunał pozostawił jednak swobodę modelowania odpowiedzialności odszkodowawczej w ustawodawstwie zwykłym w nawiązaniu do tradycyjnie rozumianej bezprawności na gruncie prawa cywilnego, która obejmuje, poza naruszeniem przepisów prawa, również naruszenie norm moralnych i obyczajowych, określanych terminem „zasady współżycia społecznego” lub „dobre obyczaje”.



Regulacja dotycząca odpowiedzialności władzy publicznej w Konstytucji RP i późniejsze orzecznictwo TK (np. wyrok TK z 23 września 2003 r., K. 20/2002) spowodowały konieczność zmian dotychczasowych rozwiązań w tym zakresie przyjętych w k.c., a więc w art. 417–421 k.c., które zostały dokonane ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 162, poz. 1692) z mocą od 1 września 2004 r.

Obecnie art. 417 § 1 k.c. stanowi, że „za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa”.

Ustawodawca zrezygnował w art. 417 § 1 k.c. z przesłanki zawinionego działania lub zaniechania i ograniczył się do warunku niezgodnego z prawem działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej, co w porównaniu z ogólnymi zasadami odpowiedzialności deliktowej stanowi obiektywizację tej odpowiedzialności<sup>1</sup>.

W literaturze nie ma zgody co do terminologii przyjętej dla zasady odpowiedzialności wyrażonej w art. 417 § 1 k.c. – czy jest to odpowiedzialność oparta na zasadzie ryzyka, czy też nowa zasada odpowiedzialności, która może być nazywana zasadą niezgodności z prawem (zasadą bezprawności)<sup>2</sup>.

Przepis art. 417 § 1 k.c. wprowadza również zasadę, że odpowiedzialność odszkodowawcza związana jest ze strukturą stanowiącą podstawę organizacyjną dla podmiotu władzy powodującego szkodę oraz osoby prawnej, która z tego tytułu jest za nią odpowiedzialna<sup>3</sup>.

W kontekście omawianej tutaj problematyki tą strukturą organizacyjną wykonującą władzę publiczną jest cała Służba Więzienna, jak i jej poszczególne jednostki organizacyjne, które działając (lub nie podejmując działania), wywołują szkodę najczęściej na osobie, wyjątkowo w mieniu osoby pozbawionej wolności, za którą odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa.

Dla przyjęcia odpowiedzialności Skarbu Państwa konieczne jest wystąpienie łącznie następujących przesłanek: wyrządzenie szkody osobie pozbawionej wolności, bezprawne działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej, adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a niezgodną z prawem realizacją funkcji władzy publicznej przez SW.

W praktyce mniej jest żądań ze strony osadzonych co do naprawienia szkody majątkowej w mieniu, np. za zniszczenie przedmiotów osobistego użytku<sup>4</sup>, jak również roszczeń o odszkodowanie w zakresie szkody majątkowej na osobie wynikającej z uszkodzenia

<sup>1</sup> G. Bieniek, komentarz do art. 417 k.c., (w:) S. Dmowski, M. Sychowicz, H. Ciepła, K. Kołakowski, T. Wiśniewski, C. Zuławska, J. Gudowski, G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, LexisNexis 2011, wersja elektroniczna.

<sup>2</sup> Z. Banaszczyk, *Ogólna formuła odpowiedzialności za szkody wyrządzone niezgodnym z prawem działaniem lub zaniechaniem przy wykonywaniu władzy publicznej zgodnie z art. 417 KC*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Legalis, wersja elektroniczna.

<sup>3</sup> Art. 417 § 2. Jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego albo Skarb Państwa.

<sup>4</sup> Zgodnie z art. 110a § 1 k.k.w. skazany ma prawo posiadać w celi dokumenty związane z postępowaniem, którego jest uczestnikiem, artykuły żywnościowe i wyroby tytoniowe, środki higieny osobistej, przedmioty

ciała lub wywołania rozstroju zdrowia (art. 444 k.c.) czy roszczeń ze strony innych osób, w szczególności osób bliskich w razie śmierci osadzonego wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia (art. 446 § 1 k.c.). W takich wypadkach kwalifikacja prawna żądań opiera się na art. 417 § 1 k.c. w zw. z art. 444 k.c. bądź art. 446 § 1-3 k.c.<sup>5</sup>

Podstawowe znaczenie w procesach cywilnych poszkodowanych w związku z pozbawieniem wolności odgrywają roszczenia majątkowe z tytułu wyrządzonej szkody niemajątkowej na osobie (tzw. krzywdy).

Żądania o naprawienie szkody niemajątkowej mogą zmierzać do zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę i zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. W rzeczywistości roszczenia ograniczają się najczęściej do zasądzenia zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz samego pokrzywdzonego.

Krzywdą jest cierpienie fizyczne lub psychiczne związane z naruszeniem dobra osobistego, a więc pewnej wartości niematerialnej, w obszarze nas interesującym relacjonowanej do człowieka. Katalog dóbr osobistych określony w art. 23 k.c.<sup>6</sup> ma charakter otwarty, przy czym w warunkach izolacji chodzi przede wszystkim o ochronę życia, zdrowia, godności osobistej, integralności seksualnej, intymności, wolności od nieuzasadnionego naruszania nietykalności osobistej.

Zarzuty poszkodowanych dotyczą najczęściej niespełnianych warunków bytowych wyznaczonych normami k.k.w. oraz przepisami wykonawczymi, w szczególności WarBytZkAś oraz RegWykKPW, RegWykTA<sup>7</sup>.

Jako szczegółowe uzasadnienie roszczeń o zadośćuczynienie podawane są przez poszkodowanych takie okoliczności, jak: przeludnienie celi mieszkalnej i związane z tym naruszenie art. 110 § 2 k.k.w., wyznaczającego powierzchnię przypadającą na skazanego w celi mieszkalnej nie mniejszą niż 3 m<sup>2</sup>, nieodpowiednie oświetlenie celi mieszkalnej, brak odpowiedniej wentylacji, panujący fetor w celach mieszkalnych, niedogrzanie cel (w okresie zimowym), wilgoć, zagrzybienie ścian i sufitów, odpadający tynk w pomieszczeniach, przebywanie w jednej celi osoby niepalącej z osobami palącymi, ograniczony dostęp do ciepłej wody, prądu elektrycznego, brak warunków do utrzymania higieny osobistej z powodu ograniczeń korzystania z łaźni, brak należytego wyposażenia celi, w tym nieoddzielenie urządzeń sanitarnych od części celi przeznaczonych do spania, odpoczynku

osobistego użytku, zegarek, listy oraz fotografie członków rodziny i innych osób bliskich, przedmioty kultu religijnego, materiały piśmienne, notatki osobiste, książki, prasę i gry świetlicowe.

<sup>5</sup> Roszczenia z art. 444 k.c. mogą dotyczyć 1) naprawienia szkody obejmującej wszelkie wyniki z tego powodu koszty (art. 444 § 1), renty wyrównawczej (dla wyrównania szkód) (art. 444 § 2 k.c.). W sytuacji śmierci osadzonego roszczenia majątkowe o naprawienie szkody majątkowej obejmują: zwrot kosztów leczenia i pogrzebu (art. 446 § 1), rentę (art. 446 § 2), jednorazowe odszkodowanie (art. 446 § 3).

<sup>6</sup> Art. 23. Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

<sup>7</sup> RegWykKPW – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. nr 152, poz. 1493).

RegWykTA – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania obejmujące porządek wewnętrzny aresztu śledczego (Dz.U. nr 152, poz. 1494).

WarBytZkAś – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17 października 2003 r. w sprawie warunków bytowych osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz.U. nr 186, poz. 1820).

i spożywania posiłków, niezapewnienie odpowiedniej liczby stołów, szafek, taboretów, konieczność używania brudnych materaców, narażających na choroby dermatologiczne, nieodpowiednie wyżywienie (suma kalorii), brak zajęć kulturalno-oświatowych.

Jak podnoszą poszkodowani, przeludnienie cel powoduje brak przestrzeni ruchowej, konieczność spożywania posiłków na łóżkach i leżenia współosadzonych w czasie spaceru po celi któregoś z osadzonych, utrudnienia korzystania z toalety.

Z innych przyczyn wymienić należy przedmiotowe traktowanie osadzonych przez funkcjonariuszy SW, w tym naruszanie nietykalności osobistej w trakcie czynności służbowych podczas kontroli osadzonych, utrudnianie kontaktów z bliskimi, przetrzymywanie korespondencji, uniemożliwianie podjęcia pracy zarobkowej, niewłaściwe funkcjonowanie kantyny więziennej, ograniczony dostęp do rozmów telefonicznych.

Pokrzywdzeni, którzy wywodzą swoje roszczenia na podstawie naruszenia dobra, jakim jest zdrowie, wskazują niewłaściwe (błędne) leczenie lub brak leczenia w zakładzie karnym (areszcie śledczym). Wymienić można tutaj przykładowo zarzuty niewłaściwej opieki nad chorymi na cukrzycę czy zespół wieńcowy, opóźnienia w diagnostyce i zabiegach medycznych.

Z uszczerbkiem na zdrowiu wiążą się również roszczenia o naprawienie krzywdy za spowodowanie zakażenia wirusowym zapaleniem wątroby w trakcie pobytu w zakładzie karnym (areszcie śledczym), czy też z powodu izolacji w warunkach oddziaływania dymu tytoniowego, który zdaniem pokrzywdzonych powoduje pogorszenie stanu zdrowia psychicznego i fizycznego.

Odrębną grupę stanowią żądania o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę wynikające z uszczerbku na zdrowiu spowodowanego przez współosadzonych w postaci naruszenia wolności seksualnej czy okrutnego znęcania się nad współwięźniami, a także przez samych osadzonych w postaci samouszkodzeń i samobójstw bądź też innego rodzaju śmierci, spowodowanej bezprawnym działaniem bądź zaniechaniem SW.

W przypadku zgonu osadzonego podstawą dochodzenia roszczeń przez najbliższych członków rodziny o zadośćuczynienie pieniężne jest art. 446 § 4 k.c. w zw. z art. 417 § 1 k.c. Dobrem osobistym, które podlega naruszeniu, jest wówczas szczególnie więź rodzinna łącząca osobę zainteresowaną ze zmarłym, powodująca cierpienie fizyczne i psychiczne.

W pozostałych wypadkach odpowiedzialność Skarbu Państwa opiera się na art. 417 § 1 k.c., tj. za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie SW przy wykonywaniu władzy publicznej w związku z art. 445 k.c. bądź art. 448 k.c. w zw. z art. 24 i 23 k.c. Podstawę ogólną wymienionych roszczeń stanowi przepis art. 77 ust. 1 Konstytucji RP.

W kontekście ochrony życia i zdrowia osób pozbawionych wolności w orzecznictwie zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska co do tego, czy samobójstwo, samo-uszkodzenie ciała, a nawet choroba pozostają w normalnym związku przyczynowym z działaniem (zaniechaniem) SW.

Zgodnie z jednym stanowiskiem zdarzenia te przyczynowo normalnie nie wiążą się z funkcjonowaniem SW, co wyłącza odpowiedzialność Skarbu Państwa<sup>8</sup>. Drugie

---

<sup>8</sup> Por. wyrok SA w Katowicach, I ACa 626/11 z 18 października 2011 r., <http://bip.prokuratoria.gov.pl/orzeczenia>. Osadzony podciął sobie szyję słuczoną butelką po soku owocowym, natychmiast udzielono mu pierwszej pomocy i przetransportowano do szpitala, gdzie zmarł. Sąd Okręgowy nie dopatrył się w zachowaniu

stanowisko jest takie, że zarówno samobójstwa, jak i samouszkodzenia są wynikiem niezachowania prawidłowej ochrony osoby skazanego przez SW<sup>9</sup>, czy wręcz wskazując się, że w sytuacji zagrożenia lub naruszenia bezpieczeństwa osobistego osadzonego domniemywa się odpowiedzialność administracji więziennej<sup>10</sup>. Wynika to z założenia, że ochrona zdrowia i życia osób pozbawionych wolności stanowi obowiązek państwa, w imieniu którego działa SW.

Akceptując tezę o obowiązku stałego nadzoru osób pozbawionych wolności przez SW oraz odpowiedzialności Skarbu Państwa w sytuacji niezapewnienia tym osobom ochrony, wskazać jednak należy, że nie każdy ujemny skutek w postaci samouszkodzenia bądź samobójstwa może być przyczynowo wiązany z bezprawną działalnością lub zaniechaniem SW. W przeciwnym razie oznaczałoby to odpowiedzialność absolutną, dla której wystarczającą, adekwatną i generalną przyczyną byłoby umieszczenie osoby w zakładzie karnym (areszcie śledczym).

Spśród wielu przyczyn należy więc wskazać tę, którą uznać możemy za normalne następstwo działania lub zaniechania (względnie niepodjęcia nakazanego działania, które przeszkodziłoby powstaniu szkody) w konkretnym układzie sytuacyjnym, możliwe do przewidzenia zgodnie z doświadczeniem życiowym i zawodowym.

Wydaje się, że trudno stawiać funkcjonariuszom SW zarzut zaniedbania obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa osobistego przy braku jakichkolwiek wypowiedzi bądź zachowań o nietypowym charakterze, mogących świadczyć o zamiarze podjęcia czynności przez osadzonego, które mogą doprowadzić do jego samobójstwa. Z podobną sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy sposób uszkodzenia ciała, który może prowadzić do śmierci, jest trudny do weryfikacji, nawet przy zastosowaniu monitoringu z kamer telewizji przemysłowej.

---

funkcjonariuszy Aresztu Śledczego związanym ze sprawowaniem nadzoru naruszenia przepisów prawa i regulacji wewnętrznych. Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie można utożsamiać tragicznego zdarzenia z zaniedbaniem obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa osobistego bez wskazania, jakich działań nie podjęli funkcjonariusze SW lub które z działań doprowadziły lub umożliwiły zamach na własne życie osadzonego. Por. wyrok SN – Izba Cywilna z 1 lutego 1979 r., II CR 521/78, Legalis: „Same złe warunki odbywania kary nie mogą przesądzać o odpowiedzialności pozwanego zakładu karnego za szkodę powstałą na zdrowiu, jeśli nie są one zasadniczą czy też bezpośrednią przyczyną choroby, a istniejące warunki były zgodne z przepisami porządkowymi regulującymi odbywanie kary pozbawienia wolności”; por. także wyrok SN – Izba Cywilna i Administracyjna z 4 października 1984 r., II CR 314/84, LexPolonica nr 310217. Powód dochodził zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w postaci przepukliny pachwinowej, która – jak twierdził – wytworzyła mu się na skutek nadmiernie ciężkiej pracy w cegielni. SN rozstrzygnął, że powód nie może przerzucić na pozwanego Skarb Państwa następstw doznania przepukliny pachwinowej w okresie wykonywania zwykłej pracy fizycznej. Sąd wyraził wątpliwość, czy przepuklina została wywołana wysiłkiem przy pracy fizycznej, wskazując, że powód leczył się na suchy kaszel, który sprzyja powstaniu przepukliny pachwinowej.

<sup>9</sup> Por. wyrok SN – Izba Cywilna z 22 lutego 2012 r., IV CSK 290/2011, LexPolonica nr 3927086: „Nie ulega wątpliwości, że codzienne życie osoby pozbawionej wolności powinno pozostawać pod kontrolą funkcjonariuszy służby więziennej sprawowaną w sposób pozwalający z jednej strony osiągnąć cel orzeczonej kary, z drugiej natomiast zapewnić ochronę osoby skazanego. Ochronę tę trzeba rozumieć szeroko, nie tylko jako zapobieganie szkodliwym działaniom innych osób, lecz także zagrożeniom pochodzącym od samych skazanych, np. zamachom samobójczym lub samouszkodzeniom”.

<sup>10</sup> Por. wyrok SA w Poznaniu z 2 czerwca 2010 r., I Aca 392/10, Legalis: „Zapewnienie osobom pozbawionym wolności bezpieczeństwa osobistego jest podstawowym obowiązkiem Państwa i wykonującej te obowiązki w jego imieniu Służby Więziennej. Oznacza to, że w razie zagrożenia czy naruszenia tego bezpieczeństwa domniemywa się odpowiedzialność administracji więziennej”.

Z punktu widzenia odpowiedzialności Skarbu Państwa za niespełnianie warunków bytowych osób osadzonych do kontrowersyjnych rozstrzygnięć<sup>11</sup> należy zaliczyć te, w których sądy wymagają wykazania winy funkcjonariuszy SW jako przesłanki warunkującej uwzględnienie roszczeń pokrzywdzonych.

W myśl tego poglądu zakłady karne (areszty śledcze), spełniając zadania publiczne w zakresie zapewnienia opieki zdrowotnej i odpowiednich warunków odbywania kary pozbawienia wolności, nie stają się organami władzy publicznej, gdyż nie kształtują w tym zakresie w drodze przymusu sytuacji prawnej jednostki i działają poza sferą imperium.

Należy uznać, że stanowisko to jest błędne, ponieważ nie uwzględnia ono przymusu faktycznego, w jakim znajduje się osoba pozbawiona wolności przy korzystaniu ze świadczeń SW, oraz bezalternatywności samych świadczeń z punktu widzenia usługodawcy, rodzaju, miejsca i czasu ich realizacji.

Na zakończenie należy zwrócić uwagę na jedno z nowszych orzeczeń SN<sup>12</sup>, które może mieć decydujące znaczenie dla rozwoju linii orzeczniczej w zakresie ochrony dóbr osobistych osób pozbawionych wolności.

Sąd Najwyższy rozpatrywał sprawę, w której powód domagał się zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych przez nieudzielenie zezwolenia przez dyrektora aresztu śledczego na posiadanie w celi telewizora i odbiornika radiowego. Na kanwie analizowanego stanu faktycznego SN poczynił w uzasadnieniu wyroku rozważania na temat skuteczności dochodzenia żądań na podstawie art. 24 k.c. w sytuacji uprawnienia przysługującego skazanemu zgodnie z przepisami Kodeksu karnego wykonawczego, którego został pozbawiony na podstawie wymienionych przepisów decyzją organu postępowania wykonawczego<sup>13</sup>.

Sąd Najwyższy podkreślił, że osoby pozbawione wolności mają szczególną drogę do dochodzenia ochrony swych praw, gdyż zgodnie z art. 7 k.k.w. i art. 34 k.k.w. mogą zaskarżać do sędziego penitencjarnego oraz do sądu penitencjarnego decyzje wydane m.in. przez dyrektora zakładu karnego (aresztu śledczego) z powodu ich niezgodności z prawem.

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że tylko w tym trybie następuje weryfikacja decyzji w postępowaniu wykonawczym w kontekście jej zgodności z prawem. „Sąd cywilny w sprawie o naruszenie dóbr osobistych skazanego nie może oceniać, czy dyrektor zakładu karnego (aresztu śledczego), odmawiając przyznania skazanemu określonego w prze-

<sup>11</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 29 lutego 2008 r., I ACa613/07: „Zakres dokonanej przez Trybunał modyfikacji wykładni art. 417 KC należy więc ograniczyć do sytuacji, gdy nastąpiło wyrządzenie szkody przez władzę publiczną. W pozostałym zakresie wykładnia systemowa art. 417 KC, opierająca się o prymat ogólnej zasady winy jako podstawy odpowiedzialności za czyn niedozwolony, nie jest sprzeczna z art. 77 Konstytucji, należy zatem przyjąć, że nadal jest dopuszczalna. Organem władzy publicznej będzie każdy podmiot, który wykonuje władzę publiczną, kształtuje w drodze przymusu sytuację prawną jednostki. Jeżeli wykonuje on zarówno władzę publiczną, jak i funkcjonuje w sferze cywilnoprawnej, należy uznać, że organem władzy publicznej w znaczeniu art. 77 Konstytucji jest tylko wówczas, gdy działa posługując się metodami władczymi lub jeżeli jest zobligowany do podjęcia takiego działania”. W podobny sposób wypowiedział się SO we Włocławku w wyroku z 7 listopada 2008 r., 98/07, <http://bip.prokuratoria.gov.pl/orzeczenia>

<sup>12</sup> Wyrok SN – Izba Cywilna z 22 lutego 2012 r., IV CSK 276/2011, LexPolonica nr 3870971.

<sup>13</sup> Art. 110a § 2 k.k.w. Dyrektor zakładu karnego może zezwolić skazanemu na posiadanie w celi sprzętu audiowizualnego, komputerowego oraz innych przedmiotów, w tym także podnoszących estetykę pomieszczenia lub będących wyrazem kulturalnych zainteresowań skazanego, jeżeli posiadanie tych przedmiotów nie narusza zasad porządku i bezpieczeństwa obowiązujących w zakładzie karnym.



pisach kodeksu karnego wykonawczego uprawnienia, działał zgodnie z prawem. (...) Dopuszczenie badania tych kwestii przez sąd w sprawie o naruszenie dóbr osobistych skazanego oznaczałoby nie tylko dopuszczenie dwutorowości postępowania sądowego w zakresie nadzoru nad wykonywaniem kary pozbawienia wolności, lecz także prowadziłyby do pozbawienia znaczenia przyjętego przez ustawodawcę trybu postępowania i oddziaływania sędziego i sądu penitencjarnego na skazanego osadzonego w zakładzie karnym”.

Sąd Najwyższy uznał więc w powołanym wyroku, że nieodwołanie się od decyzji organu wykonawczego w trybie przepisów Kodeksu karnego wykonawczego w przedmiocie uprawnienia przewidzianego w tych przepisach oznacza w sprawie o naruszenie dóbr osobistych brak bezprawności działania aresztu śledczego, chyba że niewniesienie odwołania przez osadzonego wynikało z uzasadnionej obawy przed represjami.

Orzeczenie to ma istotne znaczenie przy ustalaniu bezprawności działania (lub zaniechania) SW jako przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa, jeśli wziąć pod uwagę, regułę dowodową zawartą w art. 24 k.c. Przepis ten wprowadza domniemanie (prawne) bezprawności działania lub zaniechania naruszającego dobro osobiste, co oznacza w procesie przerwienie ciężaru dowodu na Skarb Państwa, który powinien wykazać, że działanie (zaniechanie) państwa (jednostek SW) nie było bezprawne. W tych wypadkach, gdy osadzony mógł skutecznie zaskarżyć decyzje organów postępowania wykonawczego w trybie przepisów k.k.w., a tego nie uczynił, nie będzie mógł skutecznie dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych z powodu wydanych w powołanym postępowaniu decyzji. W tym ujęciu ustalenie bezprawności działania (zaniechania) SW wydaje się również możliwe w sytuacji uwzględnienia wniosków lub skarg osadzonych składanych w trybie art. 6 k.k.w. do innych organów postępowania wykonawczego, co może być wyrazem pozytywnej zmiany uprzednio niekorzystnej sytuacji, w jakiej znajdowała się osoba pozbawiona wolności.

Przesłanka bezprawności jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa z tytułu organizacji aktywności osób pozbawionych wolności w tej perspektywie nierozłącznie związana jest z postępowaniem wykonawczym. Nie chodzi tutaj więc o same warunki pobytu w zakładzie karnym (areszcie śledczym), ale o postępowanie SW w stosunku do osadzonych. Stąd obalenie domniemanie bezprawności działania (zaniechania) SW może w praktyce ograniczyć się do wskazania przez Skarb Państwa braku toczącego się postępowania skargowego z art. 7 k.k.w., braku postępowania sędziego penitencjarnego w trybie art. 34 k.k.w. bądź braku inicjowania skarg, wniosków lub próśb osadzonych na podstawie art. 6 k.k.w.

W przypadku gdy postępowanie skargowe toczyło się na podstawie art. 7 k.k.w., za przyjęciem legalności działań (zaniechań) SW przemawiać będzie przedstawienie zapadłych w toku postępowania wykonawczego rozstrzygnięć sądu penitencjarnego zakończonych dla skarżącego negatywnie, tj. utrzymaniem zaskarżonych decyzji w mocy.

Inaczej sprawa przedstawia się, gdy chodzi o skargi, wnioski lub prósy (art. 6 § 2 k.k.w.) wnoszone przez osoby pozbawione wolności<sup>14</sup>. Wydaje się, że ta forma aktywno-

<sup>14</sup> Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobów załatwiania wniosków, skarg i próśb osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz.U. nr 151, poz. 1467 ze zm.).

ści osadzonych, niezależnie od sposobu załatwienia sprawy, może sygnalizować pewne nieprawidłowości, które rozpatrywane są przez organy SW występujące w roli organów postępowania wykonawczego. W większym stopniu dotyczyć mogą niedogodności związanych z przebywaniem w zakładzie karnym (areszcie śledczym), ale również i oddziaływania SW. Wydaje się, że inicjowanie tego typu postępowań może uwiarygadniać okoliczności faktyczne związane z naruszeniem dóbr osobistych dowodzonych w postępowaniu cywilnym. Sytuacja, w której sprawy te załatwiane są przez organy SW, nie może stanowić – jak się wydaje – wystarczającego kryterium dla przyjęcia legalności, względnie bezprawności działań (zaniechań) SW.

## Summary

*Tomasz Przesławski*

THE BASIS AND SCOPE OF COMPENSATORY CLAIMS CONNECTED WITH THE STAY IN A PENAL INSTITUTION (REMAND CENTRE)

The subject of this article are the issues of pecuniary claims of detained persons towards the State Treasury with regard to uncomfortable conditions in the Polish penitentiary system. The main factual basis of the claims for damages (compensation) was discussed as well as the legal evidence of brought pecuniary claims. The main trends of the jurisdiction of the Polish judiciary were presented in cases judged with consideration of the current interpretation of the evidence of liability for damages on account of wielding official authority.

KEY WORDS: pecuniary claims, detained persons, conditions of executing a prison sentence (pretrial arrest)

POJĘCIA KLUCZOWE: roszczenia majątkowe, osoby pozbawione wolności, warunki wykonywania kary pozbawienia wolności (tymczasowego aresztowania)

## ZAKRES PODMIOTOWY ZAKAZU REFORMATIONIS IN PEIUS W POSTĘPOWANIU PONOWNYM W PROCESIE KARNYM

Intuicyjne skojarzenia wiążą problematykę zakazu jedynie z oskarżonym, dla którego zakaz stanowi istotną gwarancję prawa do obrony. Świadomość oskarżonego, że w związku z wniesieniem środka zaskarżenia jego sytuacja prawna nie ulegnie pogorszeniu, wpływa na wykluczenie obawy oskarżonego przed kwestionowaniem niesłusznych dla niego rozstrzygnięć<sup>1</sup>. Rozwój ustawodawstwa karnego oraz charakter zakazu, który stanowi normę wyznaczającą ramy orzekania w toku postępowania ponownego, wymaga dokładnego określenia kręgu uczestników procesu, chronionych jej oddziaływaniem, w tym odpowiedzi na pytanie o innych niż oskarżony uczestników procesu chronionych zakazem zmiany na gorsze, przy czym poniższe rozważania uwzględniają zakaz pośredni obowiązujący w postępowaniu ponownym.

Niewątpliwie oskarżony w ścisłym rozumieniu tego terminu (art. 71 § 2 k.p.k.) korzysta z tego przywileju procesowego. Wprawdzie art. 443 k.p.k. stanowi o „orzeczeniu surowszym niż uchylone”, nie określając wprost, dla kogo orzeczenie ma być surowsze, niemniej jednak dalsza część przepisu, w którym nawiązano do zaskarżenia orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, oraz wzgląd na argument historyczny – potrzebę zapewnienia spójności zakazu pośredniego z zakazem bezpośrednim<sup>2</sup> – prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zakresem podmiotowym zakazu pośredniego objęty jest z pewnością oskarżony. Nie bez znaczenia jest, że zakaz, także w wersji zakazu pośredniego, pojmowany jest jako gwarancja procesowa dla oskarżonego ustanowiona przede wszystkim po to, aby zapobiegać powstrzymaniu się oskarżonego przed zaskarżeniem decyzji procesowej w obawie przed ewentualnym pogorszeniem jego sytuacji prawnej w porównaniu z ukształtowaną decyzją procesową instancji *a quo*.

Uznać należy, że przesłanki działania zakazu pośredniego aktualizują się w odniesieniu do każdego z oskarżonych z osobna. Zaskarżenie orzeczenia na niekorzyść danego oskarżonego wyznacza zakres rozpoznania sprawy pod względem podmiotowym przez sąd odwoławczy. Wydanie rozstrzygnięcia wobec podmiotu innego niż oskarżony objęty środkiem zaskarżenia oznaczałoby wyjście poza granice środka odwoławczego. Rozszerzenie rozpoznania poza granice podmiotowe środka odwoławczego jest możliwe w sytuacji unormowanej w art. 435 k.p.k., a przewidziane tam wyłączenie możliwości orzekania na niekorzyść współoskarżonych, którzy nie wnieśli środka odwoławczego, nie mieści się w ramach instytucji zakazu pośredniego<sup>3</sup>, gdyż motywowane jest potrzebą

<sup>1</sup> Na temat teorii uzasadniających zakaz: K. Marszał, *Zakaz reformationis in peius w nowym ustawodawstwie karnym procesowym*, Warszawa 1970, s. 55–71.

<sup>2</sup> W art. 434 § 1 k.p.k. wprost mowa o możliwości orzeczenia na niekorzyść oskarżonego.

<sup>3</sup> Z. Doda, *Zakaz reformationis in peius a kontrola kasacyjna*, „*Studia Iuridica*” 1997, t. 33, s. 73–74.



określenia zgodnych z funkcją gwarancyjną procesu karnego granic dla odstępowania od zasady, iż jeśli w stosunku do danego oskarżonego nie zaskarżono orzeczenia, nie jest dopuszczalne orzekanie względem niego w postępowaniu odwoławczym. Przepis art. 435 k.p.k. jest przy tym adresowany do sądu odwoławczego, a podstawą dla wyłączenia możliwości wydania w postępowaniu ponownym orzeczenia surowszego niż uchylone w odniesieniu do współoskarżonego, względem którego wydano orzeczenie kasatoryjne w trybie art. 435 k.p.c., jest art. 443 k.p.k., a nie art. 435 k.p.k. Ten ostatni przepis określa jedynie kierunek rozstrzygnięcia z punktu widzenia sądu odwoławczego (o ile w ogóle w przypadku rozstrzygnięć kasatoryjnych można mówić o orzekaniu na korzyść lub na niekorzyść), lecz nie przesądza, jak należy kształtować orzeczenie po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania<sup>4</sup>.

Stroną bierną w procesie karnym jest także podejrzany, wobec czego należy postawić pytanie o obowiązywanie zakazu pośredniego wobec niego. Odpowiedź na nie w istocie sprowadza się do kwestii obowiązywania zakazu pośredniego w postępowaniu przygotowawczym w fazie *in personam*, jako że podejrzany jest jego stroną. Za pozytywną odpowiedź przemawiają następujące argumenty: a) art. 465 § 1 k.p.k., który nakazuje odpowiednie stosowanie do zażeń na postanowienia prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze przepisów dotyczących zażeń na postanowienia sądu, a zatem także stosowanie art. 443 k.p.k. zamieszczonego w rozdziale 48 „Przepisy ogólne” działu IX „Postępowanie odwoławcze” k.p.k., b) okoliczność, że dyrektywę zawartą w art. 443 k.p.k. należy stosować *lege non distinguente* do każdego orzeczenia wydanego w postępowaniu ponownym, niezależnie od tego, jaki organ je wydał, tym bardziej że w nowym k.p.k. nastąpiło ujednoczenie zakresu zakazu pośredniego i bezpośredniego, c) art. 443 k.p.k. używa określenia „oskarżony” w znaczeniu ogólnym, obejmując zakresem desygnatów tego pojęcia także podejrzanego, d) *ratio legis* instytucji zakazu, o której była wyżej mowa<sup>5</sup>.

Ze względu na brak stosownego odesłania w art. 416 k.p.k. (do przepisów o oskarżonym) do quasi-pozwanego cywilnie nie mają zastosowania przepisy o zakazie ponownym, co współgra z regulacją zamieszczoną w k.k.s. w odniesieniu do analogicznego podmiotu (art. 24 § 5 k.k.s. i art. 125 § 5 k.k.s.). Zauważyć trzeba, że następstwem skazania oskarżonego jest zobowiązanie quasi-pozwanego cywilnie do zwrotu uzyskanej w warunkach art. 52 k.k. korzyści majątkowej w całości lub w części, a tym samym, wobec braku ochrony tego uczestnika procesu zakazem, jego pozycja procesowa może ulec znaczącej niekorzystnej dla niego zmianie, co w braku ograniczeń może przekładać się na nałożenie obowiązku zwrotu korzyści majątkowej w o wiele większym zakresie niż w postępowaniu pierwotnym. Wątpliwości może zatem budzić brak roz-

<sup>4</sup> Problem zakazu pośredniego względem współoskarżonego, który nie zaskarżył orzeczenia, nie pojawi się na gruncie art. 440 k.p.k., gdyż jedynie art. 435 k.p.k. zezwala na wyjście poza granice podmiotowe środka odwoławczego. Gdyby dopuścić wydanie orzeczenia kasatoryjnego względem współoskarżonego, który orzeczenia nie zaskarżył na zasadzie art. 440 k.p.k. na jego niekorzyść, to należałoby uznać, że art. 440 k.p.k. zezwala także na odstąpienie od kierunku środka odwoławczego (do czego w świetle art. 440 k.p.k. brak podstaw), a przy tym art. 443 k.p.k., który operuje przesłanką zaskarżenia orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, nie ma zastosowania. W braku wyraźnej wypowiedzi ustawodawcy zezwalającej na tego typu orzekanie na niekorzyść współoskarżonego, który orzeczenia nie zaskarżył, należy wykluczyć takie możliwości.

<sup>5</sup> Uchwała SN z 26 września 2002 r., I KZP 23/02, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 98.

ciągnięcia zakazu na ten podmiot, co – jak się wydaje – nie wpływałoby negatywnie na interes procesowy oskarżonego<sup>6</sup>. Rozwiązanie takie ma związek, jak należy mniemać, z brakiem zdecydowania ustawodawcy co do statusu procesowego quasi-pozwanego cywilnie.

Niewątpliwie słusznie do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo, którego status jest znacznie bardziej zbliżony do statusu oskarżonego niż status quasi-pozwanego cywilnie, ustawodawca przewidział stosowanie zakazu pośredniego (art. 443 k.p.k. w zw. z art. 125 § 1 k.k.s.). Obowiązkiwanie na gruncie k.k.s. zakazu w interesie odpowiedzialnego posiłkowo oraz w interesie oskarżonego nie stanowi sprzeczności. Interes procesowy obu stron jest zbliżony, a kwestionowanie przez odpowiedzialnego posiłkowo w ramach apelacji skazania oskarżonego bądź też tylko swojej odpowiedzialności lub jej zakresu (art. 166 k.k.s.) jest korzystne dla oskarżonego<sup>7</sup>, podobnie jak dopuszczalne jest wniesienie apelacji przez oskarżonego na korzyść także odpowiedzialnego posiłkowo.

Za brakiem obowiązywania zakazu zamiany na gorsze w postępowaniu ponownym w odniesieniu do powoda adhezyjnego przemawiają następujące okoliczności<sup>8</sup>: a) brak w postępowaniu cywilnym odpowiednika art. 443 k.p.k., jeśli chodzi o postępowanie po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania oraz ulokowanie art. 384 k.p.c. w rozdziale 1 „Apelacja” działu V „Środki odwoławcze” tytułu VI „Postępowanie” księgi pierwszej „Proces” części pierwszej „Postępowanie rozpoznawcze” k.p.c., b) restrykcje związane z postępowaniem przez sąd ponownie rozpoznający sprawę określone zostały w art. 386 § 5 i 6 k.p.c. i brak wśród nich zakazu wydania wyroku na niekorzyść strony, która wniosła apelację, c) stosowanie art. 384 k.p.c. w zw. z art. 70 k.p.k. mogłoby prowadzić do braku możliwości orzeczenia na korzyść oskarżonego przy środku odwoławczym wniesionym na niekorzyść oskarżonego, a ten stan rzeczy sprzeczny byłby z podstawowymi założeniami k.p.k.<sup>9</sup>, a zatem odpowiednie stosowanie z art. 70 k.p.k. winno prowadzić do odmowy zastosowania art. 384 k.p.c. Przepis art. 384 k.p.c. może mieć zastosowanie w postępowaniu ponownym jedynie w postępowaniu apelacyjnym, po zaskarżeniu wyroku wydanego w postępowaniu ponownym przez sąd pierwszej instancji, o ile apelację wniósł wyłącznie powód cywilny, a zaskarżył wyrok merytorycznie rozstrzygający w kwestii powództwa adhezyjnego<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Środek zaskarżenia wniesiony przez podmiot z art. 416 k.p.k. jest neutralny z punktu widzenia interesów oskarżonego: Z. Gostyński, *Nowe instytucje prawa karnego nawiązujące do prawa karnego skarbowego*, Prok. i Pr. 1998, z. 10, s. 21.

<sup>7</sup> Zob. art. 24 § 3 k.k.s.

<sup>8</sup> Por. na temat zakazu w k.p.c.: P. Pogonowski, *Zakaz reformationis in peius w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2004, s. 139 i n.

<sup>9</sup> Dopuszczalność wyjścia na korzyść oskarżonego poza kierunek środka odwoławczego (art. 434 § 2 k.p.k.) stanowi istotną normę gwarancyjną, która odnoszona z powodzeniem może być też do postępowania ponownego, skoro art. 442 § 1 k.p.k. zezwala nawet, choć – jak się powiada – w drodze wyjątku, na orzekanie w odniesieniu do prawomocnej części orzeczenia na korzyść oskarżonego, tj. uniewinnienie oskarżonego lub umorzenie postępowania, gdy uchylono wyrok tylko w zakresie rozstrzygnięcia o karze albo innym środku (*argumentum a maiori ad minus*).

<sup>10</sup> Nie jest to jednak zakaz pośredni, gdyż nie chodzi tutaj o zakaz wydania orzeczenia surowszego niż uchylone, tylko surowszego niż zaskarżone; w tego rodzaju sytuacji postępowanie nie jest już postępowaniem karnym, lecz postępowaniem cywilnym.

Z korzyści płynących z zakazu pośredniego korzysta także wnioskodawca dochodzący roszczeń przewidzianych w art. 552 k.p.k. oraz osoby, które swoje roszczenia wywodzą z niesłusznego skazania lub tymczasowego aresztowania oskarżonego, a dochodzą ich po jego śmierci (art. 556 § 1 k.p.k.). Przemawia za tym wiele argumentów, w tym uprzednie występowanie wnioskodawcy (z zastrzeżeniem osób z art. 556 § 1 k.p.k.) w roli oskarżonego, podejrzanego lub osoby podejranej i wywodzenie roszczeń właśnie z faktu występowania w przeszłości w takiej roli. Brak w takiej sytuacji podstaw do sięgania po przepisy procedury cywilnej dotyczące zakazu, wobec obowiązywania niesprzecznego z założeniami postępowania normowanego rozdziałem 58 działu XII k.p.k. art. 443 k.p.k., który ma zastosowanie także do wymienionych podmiotów<sup>11</sup>.

Z dobrodziejstwa zakazu zmiany na gorsze skorzysta także podmiot zbiorowy w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności podmiotów zbiorowych na gruncie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary<sup>12</sup>. Status podmiotu zbiorowego ukształtowano na wzór statusu oskarżonego, stąd brak podstaw do odmowy zastosowania art. 443 k.p.k. w ramach odpowiedniego stosowania k.p.k. (art. 22 tej ustawy). Ze względu na brzmienie art. 21 i art. 21a tej ustawy zakazem nie jest chroniony podmiot zbiorowy biorący udział w postępowaniu przeciwko osobie fizycznej, o której mowa w art. 3 ustawy.

Omawiając zakres podmiotowy zakazu pośredniego, nie sposób nie odnieść się do analizowanego problemu prawnego w płaszczyźnie *de lege ferenda*, a mianowicie czy zakaz powinien chronić w określonych sytuacjach jakichś innych uczestników procesu niż wyżej wskazani<sup>13</sup>. Do postulatu rozciągnięcia zakazu na inne niż wymienione podmioty w postępowaniach incydentalnych, w których oskarżony nie bierze udziału z braku interesu prawnego, należy odnieść się sceptycznie. Tradycyjnie w procedurze karnej zakaz wiąże się z oskarżonym<sup>14</sup> i ewentualnie można rozciągać obowiązywanie zakazu na inne strony bierne/quasi-strony bierne<sup>15</sup>, przy czym ewentualne poszerzenie podmiotowego zakresu zakazu pośredniego musiałoby być tak ukształtowane, aby nie prowadzić do naruszenia interesu procesowego oskarżonego, skoro to on jest centralnym uczestnikiem procesu i to przede wszystkim kwestia jego odpowiedzialności jest przedmiotem zainteresowania organów procesu karnego. Wprawdzie zwiększenie swobody w zakresie zaskarżenia orzeczeń sprzyja pełnej realizacji zasady prawa do kontroli orzeczeń i zasady praworządności, jednak ograniczenie w zakresie swobody orzekania

<sup>11</sup> Zob. uchwałę SN z 18 kwietnia 1991 r., I KZP 5/91, OSNKW 1991, nr 10–12, poz. 47.

<sup>12</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 768 ze zm., dalej: u.o.p.z.

<sup>13</sup> W odniesieniu do świadka, w stosunku do którego zastosowano środek przymusu procesowego, problem ten zdaje się analizować K. Marszał, *Zakaz*, s. 97.

<sup>14</sup> Nie stoi na przeszkodzie rozszerzeniu zakresu podmiotowego zakazu okoliczność, że zakaz stanowi gwarancję rozważaną w obrębie prawa do obrony, skoro słusznie zauważa się, iż z prawa do obrony korzysta ten, któremu grozi przypisanie jakiegokolwiek odpowiedzialności przewidzianej ustawą, a zatem prawo do obrony wiąże się nie tylko ze statusem oskarżonego, lecz może być związane ze statusem strony biernej lub quasi-biernej [A. R. Światłowski, B. Nita, *Prawo do obrony podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej w k.k.s.*, (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, pod red. J. Czapskiej, A. Gaberle, A. Światłowskiego, A. Zolla, Warszawa 2000, s. 344–346].

<sup>15</sup> Np. podmiot z art. 416 k.p.k., podmiot z art. 21 u.o.p.z.

organu w postępowaniu ponownym powinno należeć do wyjątku, a nadmierne rozciąganie zakazu koncentrowałoby uwagę organu na kwestiach wypadkowych, odciągając go od kwestii, która winna być zasadniczym przedmiotem jego zainteresowania, a mianowicie odpowiedzialności prawnej oskarżonego.

Odnotować należy, że na gruncie postępowania przygotowawczego w literaturze karnoprocesowej pojawił się pogląd aprobujący – jak należy sądzić *de lege ferenda* – tezę, iż działaniem zakazu objęty winien być nie tylko podejrzany, lecz także osoba podejrzana, czy szerzej – generalnie osoba, która w przyszłości mogłaby stać się podejrzanym<sup>16</sup>. Z pewnością *de lege lata* poglądu takiego nie można obronić. Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących zażaleń na postanowienia sądu do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze, o którym mowa w art. 465 § 1 k.p.k., wymaga odniesienia do specyfiki postępowania przygotowawczego terminu „oskarżony”, użytego w art. 443 k.p.k. Uczestnik procesu, którego status na gruncie postępowania przygotowawczego najbardziej zbliżony jest do statusu oskarżonego, to niewątpliwie podejrzany, a zatem uczestnik procesu będący oskarżonym w szerokim znaczeniu tego słowa (art. 71 § 3 k.p.k.), strona bierna procesu, przeciwko której żądanie rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności prawnej jest kierowane. Kwestia kierunku środka zaskarżenia, o której mowa w art. 443 k.p.k., jest tradycyjnie odnoszona wyłącznie do oskarżonego, względnie do podejrzanego, a osoba podejrzana statusu strony procesowej nie posiada. Przytoczony pogląd Autor ten wypowiada w kontekście postanowień o odmowie wszczęcia śledztwa, względnie o umorzeniu śledztwa, a zatem w fazie *in rem*, w sytuacji, w której *de lege lata* osoba podejrzana nie ma nawet prawa do zaskarżenia decyzji procesowych kończących postępowanie przygotowawcze. Wydaje się, że wprowadzanie daleko idących ograniczeń w zakresie orzekania, zwłaszcza gdy badanie sprawy nie znajduje się na tak daleko posuniętym etapie jak wtedy, gdy sprawa dociera do postępowania sądowego, a tym samym istnieje większe niż w postępowaniu sądowym ryzyko podjęcia niewłaściwej decyzji procesowej kończącej postępowanie, mogłoby się odbić negatywnie na stopniu realizacji celów stawianych postępowaniu przygotowawczemu (art. 297 k.p.k.).

Dla porządku dodać należy, że na tle zakazu w przeszłości Sąd Najwyższy miał okazję wyjaśniać, iż brak jest podstaw do przyjmowania zakazu zmiany na gorsze do sytuacji procesowej oskarżyciela<sup>17</sup>. Obecnie nie budzi wątpliwości, że sąd w postępowaniu ponownym może orzec łagodniejszą karę niż orzeczona w wyroku uchylonym zaskarżonym na skutek apelacji prokuratora wniesionej na niekorzyść oskarżonego. Skoro bowiem zasadą jest swobodne kształtowanie granic wymiaru kary w ramach dyrektyw wymiaru kary, a uchylenie wyroku tylko w zakresie rozstrzygnięcia o karze albo innym środku nie stoi na przeszkodzie uniewinnieniu oskarżonego lub umorzeniu postępowania (art. 442 § 1 k.p.k.), tym bardziej sąd rozpoznający ponownie sprawę może złagodzić karę w porównaniu z wymierzoną w pierwotnym postępowaniu.

<sup>16</sup> R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2002 r.*, WPP 2003, z. 2, s. 135–136.

<sup>17</sup> Wyrok SN z 8 września 1982 r., I KR 271/82, OSNKW 1983, z. 10–11, poz. 84.

## Summary

*Paweł Luczyński*

### THE SUBJECTIVE SCOPE OF THE PROHIBITION OF *REFORMATIONIS IN PEIUS* IN THE RE-TRIAL CRIMINAL PROCEEDINGS

The article concentrates on the defining of the participants of the re-trial criminal proceedings protected by the aforementioned prohibition. The status of *inter alia* the ensuing participants is discussed: the accused person, the suspected person, the civil plaintiff, the collective entity. A few remarks are made about the possible future legislation referring to the problem covered by the contents of the article.

KEY WORDS: criminal proceedings, prohibition of *reformationis in peius*, re-trial proceedings, participants of the criminal proceedings, collective entity

POJĘCIA KLUCZOWE: proces karny, zakaz *reformationis in peius*, postępowanie ponowne, uczestnicy procesu karnego, podmiot zbiorowy

## ISTOTA PRAWA DO POMOCY PRAWNEJ DLA OSOBY ZATRZYMANEJ PROCESOWO

Zatrzymanie procesowe uregulowane w Rozdziale 27 Kodeksu postępowania karnego<sup>1</sup> jest jednym ze środków przymusu, który w istotny sposób ingeruje w wolności obywatelskie, albowiem stanowi *de facto* o czasowym pozbawieniu wolności zatrzymanego. W tym stanie rzeczy ustawodawca przewidział wachlarz uprawnień dla zatrzymanego, mający na celu zagwarantowanie rzetelności postępowania oraz gwarantujący zasadność, legalność i prawidłowość zatrzymania, wśród których istotne jest prawo zatrzymanego do niezwłocznego kontaktu z adwokatem<sup>2</sup>. Zgodnie bowiem z art. 245 § 1 k.p.k.: „Zatrzymanemu na jego żądanie należy niezwłocznie umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośrednio z nim rozmowę; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”.

O prawie do skorzystania z pomocy adwokata zatrzymanego należy poinformować natychmiast po zatrzymaniu<sup>3</sup>.

Literalne brzmienie przepisu art. 245 § 1 k.p.k. czyni zatrzymanego podmiotem prawa do skorzystania z pomocy prawnej udzielonej przez adwokata. Należy zatem rozstrzygnąć, czy kontakt z adwokatem przewidziany na gruncie art. 245 § 1 k.p.k. jest egzemplifikacją konstytucyjnego prawa do obrony mającego swe źródło w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP<sup>4</sup>. Odpowiedź pozytywna na postawione wyżej pytanie ma bowiem fundamentalne znaczenie w krystalizowaniu standardów owych kontaktów zatrzymanego z adwokatem.

W orzeczeniach Sądu Najwyższego zaznacza się pogląd, że to nie formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby czyni ją podmiotem prawa do obrony. Konstytucyjne prawo do obrony odnosi się bowiem do wszystkich stadiów postępowania i prawo to służyć powinno nie tylko oskarżonemu, ale również każdej osobie, wobec której w związku z uzasadnionym przypuszczeniem popełnienia przez nią przestępstwa podjęto czynności o charakterze sprawdzająco-obwiniającym (por. wyrok SN z 9 lutego 2004 r., sygn. akt V KK 194/03 oraz uchwały SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 4/07 i z 20 września 2007 r., sygn. akt I KZP 26/07).

Prawo do obrony już na wczesnych etapach postępowania (tj. jeszcze przed skierowaniem sprawy na drogę postępowania sądowego, w tym przed przedstawieniem zarzutów) postuluje w swych wyrokach Europejski Trybunał Praw Człowieka. Początkowo Trybunał w Strasburgu w wyroku z 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz przeciwko*

<sup>1</sup> Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 ze zm. Dalej używany jest też skrót k.p.k.

<sup>2</sup> O innych prawach zatrzymanego zostanie nadmienione w dalszej części niniejszego opracowania.

<sup>3</sup> Por. art. 244 § 2 k.p.k.

<sup>4</sup> Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji: „Každy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”.



*Turcji*<sup>5</sup> wskazywał, że prawo do rzetelnego procesu wymaga, aby obywatele mieli dostęp do pomocy prawnej już przy pierwszym przesłuchaniu przez policję w charakterze podejrzanego, by następnie w wyroku z 13 stycznia 2010 r. w sprawie *Dayanan przeciwko Turcji*<sup>6</sup> doprecyzować, iż prawo do pomocy prawnej winno przysługiwać jeszcze przed formalnym przedstawieniem zarzutów, tj. już w sytuacji, kiedy dana osoba jest w zainteresowaniu policji – przed podjęciem przez organy procesowe czynności skierowanych na ściganie tej osoby. Trybunał w Strasburgu wielokrotnie akcentował w swych wyrokach, że dostęp do pomocy prawnej na wczesnych etapach postępowania karnego jest jednym z fundamentów rzetelnego procesu sądowego (por. wyroki Trybunału w Strasburgu w sprawach: *Poitrimol przeciwko Francji*<sup>7</sup>, *Demebukov przeciwko Bułgarii*<sup>8</sup>). Trybunał w Strasburgu w wyroku z 31 marca 2009 r. w sprawie *Płonka przeciwko Polsce*<sup>9</sup> podkreślił, że „przepisy prawa krajowego mogą przewidywać konsekwencje wynikające z postawy oskarżonego w początkowej fazie dochodzenia/śledztwa policji, która ma decydujące znaczenie z perspektywy obrony w kolejnych etapach postępowania karnego. W takich okolicznościach Artykuł 6 Konwencji zwykle wymaga, aby oskarżony mógł korzystać z pomocy obrońcy już na tym początkowym etapie śledztwa policji”.

Przedstawione powyżej poglądy Sądu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podzielił również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 grudnia 2012 r., sygn. K 37/11<sup>10</sup>, w którym podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko, że art. 42 ust. 2 Konstytucji odnosi się do wszelkich postępowań represyjnych: penalnych (niezależnie od ich stadium) i innych (quasi-penalnych, np. dyscyplinarnych czy przygotowujących do właściwego postępowania)<sup>11</sup>, a ponadto podniósł, że „zawarte w art. 42 ust. 2 Konstytucji sformułowanie «we wszystkich stadiach postępowania» należy zatem odnosić także do tego stadium postępowania, które poprzedza postawienie zarzutów zatrzymanemu, a więc stadium, w którym występuje uzasadnione przypuszczenie, że dana osoba mogła dopuścić się przestępstwa. Istnienie takiego przypuszczenia jest potwierdzone właśnie podjęciem przez organy procesowe czynności skierowanych na ściganie danej osoby (...)”<sup>12</sup>. Trybunał Konstytucyjny odniósł się ponadto do kontekstu normatywnego, w jakim funkcjonuje uregulowanie z art. 245 § 1 k.p.k., dzieląc stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich zaprezentowane we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego inicjującego omawianą sprawę<sup>13</sup> oraz stanowisko Naczelnej Rady Adwokackiej zaprezentowane w opinii złożonej w omawianej sprawie<sup>14</sup>, że nie powinno budzić wątpliwości, iż osoba zatrzymana jest podmiotem, któremu przysługuje prawo do obrony, a potwierdza to wprowadzenie w art. 178 pkt 1 k.p.k.<sup>15</sup> bezwzględного zakazu przesłu-

<sup>5</sup> Sprawa nr 36291/02, publ. HUDOC.

<sup>6</sup> Sprawa nr 7377/03, publ. HUDOC.

<sup>7</sup> Sprawa nr 14032/88, publ. HUDOC.

<sup>8</sup> Sprawa nr 68020/01, publ. HUDOC.

<sup>9</sup> Sprawa nr 20310/02, publ. HUDOC.

<sup>10</sup> OTK ZU 2012, nr 11A, poz. 133.

<sup>11</sup> Por. wyrok TK z 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07.

<sup>12</sup> Wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, s. 14, teza 2.3.

<sup>13</sup> Por. wniosek RPO z 28 grudnia 2011 r., sygn. RPO-691183-II-II/ST, publ. [www.rpo.gov.pl](http://www.rpo.gov.pl)

<sup>14</sup> Opinia NRA z 22 lutego 2012 r., NRA-52-2/1/12, publ. [http://adwokatura.pl/wp-content/uploads/2012/06/2012.02.22-TK-opinia-K-37\\_11.pdf](http://adwokatura.pl/wp-content/uploads/2012/06/2012.02.22-TK-opinia-K-37_11.pdf)

<sup>15</sup> Zgodnie z art. 178 pkt 1 k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadków obrońcy lub adwokata działa-

chania w charakterze świadka adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., na równi z zakazem dotyczącym obrońcy oskarżonego lub podejrzanego<sup>16</sup>. Zakaz ten, w myśl art. 226 k.p.k.<sup>17</sup>, rozciąga się również na dokumenty, jakie zostały sporządzone podczas takich kontaktów adwokata z zatrzymanym.

Podkreślić ponadto należy, że za uznaniem, iż intencją ustawodawcy było objęcie na gruncie art. 245 § 1 k.p.k. kontaktów zatrzymanego z adwokatem prawem do obrony, przemawia posłużenie się w tym przepisie określeniem „kontakt z adwokatem”, a nie szerzej „kontakt z prawnikiem czy z adwokatem i radcą prawnym”, albowiem tylko adwokaci uprawnieni są do obrony na gruncie polskiego Kodeksu postępowania karnego.

Prawo do otrzymania profesjonalnej pomocy prawnej ma istotne znaczenie dla zatrzymanego, albowiem z zatrzymaniem, tak jak zostało to już podkreślone powyżej, wiąże się znaczące dolegliwości w postaci czasowego pozbawienia wolności, co niewątpliwie dla większości obywateli jawić się może jako stresogenna sytuacja. Uzyskanie wówczas pomocy adwokata może okazać się niezbędne. Przede wszystkim zaś czynności podejmowane podczas zatrzymania mogą rodzić skutki prawne – w tym negatywne – dla całego późniejszego postępowania i mogą mieć istotny wpływ na wyrok. Wspomnieć w tym miejscu wypada chociażby, że – jak wynika z art. 244 § 2 k.p.k. – zatrzymanego należy wysłuchać, a zgodnie z art. 244 § 3 k.p.k. oświadczenia złożone przez zatrzymanego należy wciągnąć do protokołu z zatrzymania. Nie ma zatem żadnej wątpliwości, że takie oświadczenia złożone przez zatrzymanego mogą rodzić dla niego konsekwencje i rzutować na całe postępowanie, w tym i sądowe w konkretnej sprawie. Kontakt zatrzymanego z adwokatem ma zatem kluczowe znaczenie dla zatrzymanego, albowiem adwokat może poinformować zatrzymanego nie tylko o jego prawach, ale przede wszystkim może uświadomić mu konsekwencje jego postępowania już na etapie zatrzymania, a jeszcze przed postawieniem mu zarzutów, a więc rozmowa adwokata z zatrzymanym służyć ma także przygotowaniu wstępnej linii obrony w sprawie<sup>18</sup>. Jak przyjmuje Trybunał Konstytucyjny w powoływanym już wyroku z 11 grudnia 2012 r., mając na względzie wszystkie dolegliwości i konsekwencje, jakie może wywoływać zatrzymanie procesowe, „kontakt zatrzymanego (osoby podejrzanego, w wypadku której zachodzi uzasadnione przypuszczenie popełnienia przestępstwa) z adwokatem jest kluczowy dla zapewnienia prawa do skutecznej obrony w trakcie całego postępowania karnego. Informacje uzyskane we wstępnym stadium postępowania karnego (przed postawieniem zarzutów) mogą mieć kluczowe znaczenie dla ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie zatrzymanego”<sup>19</sup>. Niezbędna może okazać się również fachowa pomoc prawna przy przygotowaniu środków zaskarżenia, w tym zażalenia na zatrzymanie. Z tych też powodów zasada sprawiedliwego postępowania przeciwko osobie pozbawionej wolności wymaga, ażeby uzyskała ona pełen zakres usług prawnych: możliwość omówienia sprawy,

---

jącego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.

<sup>16</sup> Wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, s. 14 i 15, teza 2.3.

<sup>17</sup> Zgodnie z art. 226 k.p.k. w kwestii wykorzystania dokumentów zawierających informacje niejawne lub tajemnicę zawodową jako dowodów w postępowaniu karnym stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178–181. Jednakże w postępowaniu przygotowawczym o wykorzystaniu jako dowodów dokumentów zawierających tajemnicę lekarską decyduje prokurator.

<sup>18</sup> Por. wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, s. 16, teza 3.1.2.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

przygotowania linii obrony, zebrania dowodów, przygotowania do przesłuchania, udzielenia wsparcia podejrzanemu, dokonania kontroli warunków aresztu. Dlatego pozbawiony wolności musi mieć zapewniony dostęp do pomocy prawnej już w momencie zatrzymania, bez względu na to, czy został już przesłuchany, czy jeszcze nie<sup>20</sup>.

Rekapitułując tę część wywodów, podkreślić zatem należy, że nie ulega żadnej wątpliwości, iż prawo do obrony określone w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP odnosi się również do sfery kontaktów zatrzymanego z adwokatem, jeszcze przed formalnym przedstawieniem zatrzymanemu zarzutów<sup>21</sup>. Skoro zaś prawo zatrzymanego do pomocy adwokata mieści się w konstytucyjnie chronionym prawie do obrony, to wszelkie ograniczenia tego prawa muszą być przeprowadzone w zgodzie ze standardami konstytucyjnymi.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że prawo do obrony nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniom, jednakże ograniczenia te muszą przejść test proporcjonalności na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji, który formułuje przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Do przesłanek tych należy zaliczyć: ustawową formę ograniczenia; istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości, tj. bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Co ważne, „stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie, nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela”<sup>22</sup>.

Na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego<sup>23</sup> statuujących dostęp zatrzymanego do adwokata rysują się natomiast dwa problemy, które są niewątpliwie egzemplifikacją ograniczeń konstytucyjnego prawa do obrony.

Pierwszy z nich dotyczy braku przesłanek określających granice wkroczenia zatrzymującego w kontakt zatrzymanego z adwokatem. Problem ten dostrzeżony został przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego wniósł o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 245 § 1 k.p.k. w części zawierającej słowa „zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”<sup>24</sup>. We wniosku Rzecznik między innymi podkreślił, że wątpliwości wywołuje nie tyle sama możliwość złożenia zastrzeżenia obecności zatrzymującego podczas bezpośredniej rozmowy adwokata z zatrzymanym, ile to, że ustawa nie określa sytuacji, w których może dojść do owej kontrolowanej rozmowy. Innymi słowy, niekonstytucyjność zaskarżonego przepisu zdaniem Rzecznika wynika z faktu, że wprowadzając ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa do obrony, ustawodawca nie określił równocześnie granic tego wkroczenia. W dniu 11 grudnia

<sup>20</sup> Por. wyrok ETPCz z 13 stycznia 2010 r. w sprawie *Dayanan przeciwko Turcji*, skarga nr 7377/03.

<sup>21</sup> Por. wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, s. 14, teza 2.3.

<sup>22</sup> Wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, publ. OTK-A 2008, nr 5, poz. 77 i cytowane tam orzecznictwo.

<sup>23</sup> W brzmieniu na dzień 30 stycznia 2013 r.

<sup>24</sup> Wniosek RPO z 28 grudnia 2011 r., sygn. RPO-691183-II/11/ST, publ. [www.rpo.gov.pl](http://www.rpo.gov.pl)

2012 r. Trybunał Konstytucyjny (sygn. K 37/11) uwzględnił ww. wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich i orzekł, że art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego przez to, iż nie wskazuje przesłanki, której zaistnienie uprawnia zatrzymanego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał w powołanym wyroku podzielił zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich, że art. 245 § 1 *in fine* k.p.k., przewidując możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymanego (w praktyce najczęściej funkcjonariusza Policji) przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego z jego adwokatem, przy jednoczesnym braku określenia przesłanek, których zaistnienie uprawnia zatrzymanego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem, stanowi nieproporcjonalne ograniczenie prawa do obrony. Podkreślić należy, że art. 245 § 1 k.p.k. utraci moc obowiązującą z upływem dwunastu miesięcy od dnia ogłoszenia ww. wyroku w Dzienniku Ustaw, a w ciągu tego okresu ustawodawca jest zobowiązany do uchwalenia nowego przepisu, w którym określi przesłankę, której zaistnienie – na zasadzie wyjątku – uprawniać będzie zatrzymanego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z jego adwokatem. Jak podkreślił to Trybunał Konstytucyjny, ustawodawca, uchwalając nową regulację, powinien mieć na względzie konstytucyjne wymogi proporcjonalności ograniczenia prawa do obrony oraz standardy międzynarodowe, a przy tej okazji ustawodawca może rozważyć także potrzebę kompleksowego uregulowania sposobu ustanowienia kontaktu zatrzymanego z adwokatem oraz warunków jego realizacji<sup>25</sup>.

Drugi problem dotyczący regulacji w zakresie dostępu zatrzymanego do pomocy adwokata związany jest z brakiem rozwiązań w zakresie przyznania zatrzymanemu prawa do pomocy prawnej z urzędu, w sytuacji kiedy zatrzymanego nie stać na pokrycie z własnych środków kosztów pomocy adwokata.

Jak zostało to podkreślone powyżej, już po nieformalnym przedstawieniu zarzutów, o których mowa w art. 244 § 2 i 3 zd. 1 *in fine* k.p.k., po stronie osoby zatrzymywanej aktualizują się gwarancje określone w art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał natomiast, że konstytucyjne prawo do obrony winno być rozpatrywane w dwóch wymiarach, tj. materialnym i formalnym. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście, np. poprzez możliwość odmowy składania wyjaśnień, składania wniosków dowodowych, udziału w posiedzeniach sądu, wglądu w akta. Obrona formalna wyraża się w prawie do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu<sup>26</sup>.

Prawo do obrony w znaczeniu formalnym, na co zwraca uwagę również Trybunał Konstytucyjny, ma istotny aspekt ekonomiczny, którego dostrzeżenie spowodowało historyczne ukształtowanie rozmaitych form „prawa ubogich”<sup>27</sup>. Prawo do ustanowienia obrońcy pozostaje w ścisłym związku z możliwościami ekonomicznymi oskarżonego, które determinują swobodę wyboru adwokata. Prawo to jest naruszane, jeżeli skorzystanie z niego nawet w minimalnym zakresie jednego obrońcy musi być przedmiotem kalkulacji ekonomicznych<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Wyrok TK z 11 grudnia 2012 r., K 37/11, s. 27, teza 4.

<sup>26</sup> Por. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU 2004, nr 2/A, poz. 7.

<sup>27</sup> Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 marca 2004 r., sygn. SK 14/03, OTK ZU 2004, nr 3/A, poz. 23.

<sup>28</sup> Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 lipca 2006 r., sygn. SK 21/04, OTK 2006, nr 7/A, poz. 88.

Na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego prawo do korzystania z pomocy prawnej z urzędu w praktyce aktualizuje się dopiero od momentu uzyskania statusu podejrzanego, tj. od wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów bądź przystąpienia do przesłuchania osoby w charakterze podejrzanego<sup>29</sup>.

Powyższe oznacza, że osoba podejrzana pozbawiona wolności w trybie art. 244 k.p.k. i w trybie art. 247 k.p.k. nie ma możliwości skutecznego wnioskowania o ustanowienie jej adwokata z urzędu, w sytuacji kiedy nie stać jej na opłacenie pomocy prawnej. Brak jest również rozwiązań umożliwiających ustanowienie jej przedstawiciela procesowego, który mógłby ją reprezentować podczas czynności procesowych, niejednokrotnie również o charakterze niepowtarzalnym, wykonywanych w czasie stosowania tego środka przymusu.

Skoro zaś, jak stwierdza Trybunał Konstytucyjny, prawo do uzyskania nieskrępowanej porady prawnej przez zatrzymanego – we wstępnym stadium postępowania karnego – ma kluczowe znaczenie dla zagwarantowania możliwości skutecznego bronięcia się na późniejszym etapie postępowania – jak racjonalnie uzasadnić, że dostęp do tego prawa mają wyłącznie obywatele, których na poradę prawną stać, inni zaś, tylko i wyłącznie z powodu gorszej sytuacji materialnej, narażeni są na ponoszenie negatywnych konsekwencji w postępowaniu represyjnym?

Problem powyższy dostrzegł również Rzecznik Praw Obywatelskich, który w dniu 15 stycznia 2013 r. skierował wystąpienie do Ministra Sprawiedliwości<sup>30</sup>. W wystąpieniu tym Rzecznik między innymi wskazał, że tak ukształtowane przepisy, które nie umożliwiają zatrzymanemu wnioskowania o przyznanie pomocy prawnej z urzędu, powodują nierówne traktowanie poszczególnych zatrzymanych, warunkując im dostęp do pomocy prawnej w zależności od tego, czy stać ich na taką pomoc, czy też nie, co z kolei stanowi o dyskryminowaniu mniej zamożnych osób podejrzanych w realizacji ich prawa do obrony. Uregulowanie w art. 245 k.p.k. prawa dostępu do adwokata jedynie z wyboru, przysługującego osobie zatrzymanej procesowo, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich „jest odstępstwem od obowiązującej w państwach prawa zasady zapewnienia pomocy prawnej z urzędu osobom ubogim we wszystkich sytuacjach faktycznych uzasadnionych ich sytuacją procesową. Ze względu na rolę, jaką ma do spełnienia adwokat zatrzymanego, a w przypadku udzielenia mu pełnomocnictwa jego przedstawiciel procesowy, rozwiązanie takie narusza konstytucyjne prawo do obrony, czyniąc go w wielu przypadkach iluzorycznym oraz nie może być uznane za zgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej. Prowadzi ono również do naruszenia zasady równości wobec prawa ukonstytuowanej w art. 32 ust 1 Konstytucji RP”. W tym stanie rzeczy Rzecznik zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości o ustosunkowanie się do omówionej problematyki. W odpowiedzi na ww. wystąpienie Rzecznika Minister Sprawiedliwości stwierdził w szczególności<sup>31</sup>, że w jego ocenie brak jest dostatecznych podstaw do przyjęcia, iż w systemie polskiego prawa karnego procesowego osoba zatrzymana w trybie art. 244 k.p.k. pozbawiona jest dostępu do pomocy prawnej świadczonej z urzędu bądź też nie może ona efektywnie skorzystać z przysługujących jej

<sup>29</sup> Por. art. 300 k.p.k. w zw. z art. 78 § 1 k.p.k.

<sup>30</sup> Por. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z 15 stycznia 2013 r., RPO-543260-II/06/P-Ta/MK; publ. [www.rpo.gov.pl](http://www.rpo.gov.pl)

<sup>31</sup> W piśmie z 8 lutego 2013 r.; publ. [www.rpo.gov.pl](http://www.rpo.gov.pl)



uprawnień. Jako uczestnik postępowania karnego, niebędący jego stroną, może na podstawie art. 87 § 2 k.p.k. ustanowić pełnomocnika, a w trybie art. 78 § 1 k.p.k. w związku z art. 88 zd. 2 k.p.k. wystąpić o wyznaczenie mu pełnomocnika z urzędu.

O ile kwestia poufności kontaktu z adwokatem po wyroku Trybunału Konstytucyjnego oczekuje na interwencję ustawodawcy, o tyle dostęp osoby podejrzanej pozbawionej wolności w trybie art. 244 k.p.k. do pomocy prawnej z urzędu pozostaje, w przekonaniu autorów niniejszej publikacji, problemem w dalszym ciągu nierozwiązanym. Problemu tego, w przekonaniu autorów niniejszej publikacji, nie rozwiązują w szczególności regulacje przyjęte w art. 87 § 2 k.p.k. w zw. z art. 88 k.p.k., w zakresie, w jakim odnoszą się do kwestii wyznaczania pełnomocnika z urzędu. Po pierwsze, wskazać należy, że pełnomocnikiem może być zarówno adwokat, jak i radca prawny. W przypadku zatem wyznaczenia jako pełnomocnika zatrzymanemu radcy prawnego nie mógłby on odbyć z nim rozmowy, albowiem konferować z osobą podejrzaną, pozbawioną wolności, może jedynie adwokat i tylko pomoc prawna przez niego udzielona objęta jest zakazem dowodowym, o którym mowa w art. 178 pkt 1 k.p.k. Po drugie, nawet jeśliby przyjąć, że formalnie zatrzymanemu przysługiwałoby prawo do żądania ustanowienia adwokata z urzędu na zasadzie ustanawiania pełnomocnika z urzędu (art. 87 § 2 w zw. z art. 88 k.p.k.), to w praktyce realizowanie tego prawa, wskutek braku skutecznych rozwiązań (w tym prawnych) oraz zważywszy na specyficzną sytuację zatrzymanego, w tym krótki okres trwania samego zatrzymania, czyni *de facto* to prawo niemożliwym do spełnienia, a przez to iluzorycznym. Podkreślić również wypada, że przyznanie pełnomocnika osobie niebędącej stroną postępowania w trybie art. 87 § 2 k.p.k. uzależnione jest dodatkowo od subiektywnej decyzji sądu, czy przyznania takiego pełnomocnika wymagają „interesy” tej osoby w toczącym się postępowaniu. Ponadto § 3 art. 87 k.p.k. stanowi, że sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, może odmówić dopuszczenia do udziału w postępowaniu pełnomocnika, o którym mowa w § 2 art. 87 k.p.k., jeżeli uzna, że nie wymaga tego obrona interesów osoby niebędącej stroną. Rekapitułując tę część wyводу, wskazać należy, że skoro, jak była mowa o tym powyżej, kontakt zatrzymanego z adwokatem, o którym stanowi art. 245 k.p.k., wchodzi w zakres prawa do obrony, to procedury dotyczące ustanowienia adwokata z urzędu dla zatrzymanego powinny być jasno i wprost określone w procedurze karnej i obejmować nie tylko kwestię kontaktu z adwokatem i przeprowadzenia z nim bezpośredniej rozmowy, ale również problematykę przedstawicielstwa procesowego tego uczestnika postępowania.

W tym miejscu godzi się zauważyć, że rola adwokata podczas zatrzymania procesowego nie wyczerpuje się wyłącznie w realizacji prawa do obrony osoby podejrzanej. Adwokat podczas stosowania tej instytucji prawnej jest gwarantem właściwego traktowania zatrzymanego. Znaczenie kontaktu z adwokatem osoby podejrzanej, poddanej temu środkowi przymusu, w kontekście realizacji jego praw zagwarantowanych w art. 30, 40 i 41 ust. 4 ustawy zasadniczej<sup>32</sup> zostało w literaturze już kompleksowo przeanalizowa-

<sup>32</sup> Artykuł 30 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 z późn. zm.) stanowi, że: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Zgodnie natomiast z art. 40 tego aktu prawnego: „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”, a w myśl art. 41 ust. 4: „Każdy pozbawiony wolności powinien być traktowany w sposób humanitarny”.



ne<sup>33</sup>. Niecelowe jest zatem w tym miejscu ponowne szczegółowe omawianie tej kwestii. Warto natomiast pokrótce przypomnieć, że z doświadczenia podmiotów zajmujących się walką z *ill-treatmentem* wynika, iż jednym z miejsc, w których niewłaściwe formy traktowania osób najczęściej mają miejsce, są policyjne izby zatrzymań, w okresie następującym bezpośrednio po pozbawieniu wolności<sup>34</sup>.

Z tych też powodów, zgodnie ze standardami Rady Europy, każdy zatrzymany winien mieć możliwość niezwłocznego dostępu do adwokata<sup>35</sup> oraz, co do zasady, korzystania z pomocy obrońcy już w trakcie pierwszego przesłuchania w areszcie policyjnym, a jeśli nie jest w stanie finansowo ponieść kosztów tej pomocy prawnej, mieć możliwość skorzystania z tej pomocy z urzędu<sup>36</sup>.

W podobnym tonie sformułowane są standardy Organizacji Narodów Zjednoczonych, opisujące podstawowe role, jakie mają do spełnienia prawnicy<sup>37</sup>, oraz wskazujące zasady mające na celu ochronę wszystkich osób poddanych jakiegokolwiek formie aresztowania bądź uwięzienia<sup>38</sup>.

W „Podstawowych zasadach dotyczących roli prawników” wyodrębniony został podtytuł „Specjalne rozwiązania gwarancyjne w sprawach karnych”<sup>39</sup>. Znajduje się tam zasada oznaczona pkt 7, która stanowi, że: „Państwa zapewniają każdej osobie aresztowanej albo zatrzymanej, niezależnie od tego czy zostały jej postawione formalne zarzuty popełnienia przestępstwa, natychmiastowy dostęp do prawnika, a ostatecznie nie później niż w ciągu 48 h od czasu faktycznego pozbawienia jej wolności”<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Por. P. Tarwacki, *Prawo dostępu zatrzymanego procesowo do uprawnionego prawnika jako gwarancja właściwego traktowania*, PWP 2008, nr 59, s. 21–36.

<sup>34</sup> Por. np. The CPT Standards „Substantive” sections of the CPT’s General Reports, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2006, Extract from the 6<sup>th</sup> General Report [CPT/Inf (96) 21], punkt 15, s. 9.

<sup>35</sup> *Ibidem*, Extract from the 2<sup>nd</sup> General Report [CPT/Inf (92) 31], punkt 38, s. 6.

<sup>36</sup> *Ibidem*, Extract from the 12<sup>th</sup> General Report [CPT/Inf (2002)15], punkt 41, s. 12.

<sup>37</sup> „Basic Principles on the Role of Lawyers” adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990/ „Podstawowe Zasady Roli Prawników” przyjęte na ósmym Kongresie Narodów Zjednoczonych poświęconym zapobieganiu przestępstwom i traktowaniu przestępców, Hawana, Kuba, 27 sierpnia – 7 września 1990 r. – tłumaczenie własne; z uwagi na powyższe cytaty z tego aktu prawnego będą opatrzone przypisem oryginalnego angielskojęzycznego tekstu. Pełna treść niniejszych standardów znajduje się m.in. na oficjalnej stronie Biura Wysokiego Komisarza Praw Człowieka ONZ; dokładny adres linku: <http://www2.ohchr.org/english/law/lawyers.htm>

<sup>38</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment Adopted by General Assembly resolution 43/173 of 9 December 1988 / Zbiór zasad mających na celu ochronę wszystkich osób poddanych jakiegokolwiek formie aresztowania bądź uwięzienia. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 43/173 z 9 grudnia 1988 r. – nieoficjalne tłumaczenie z internetowej strony Ministerstwa Sprawiedliwości; „przyjęte tłumaczenie przede wszystkim dąży do oddania uniwersalnego charakteru rezolucji, w szczególności, w odniesieniu do istniejących w Polsce instytucji prawnych, nie ma na celu bezwzględnie dostosowania do polskiego języka prawnego” ([http://www.ms.gov.pl/prawa\\_czl\\_onz/standardy\\_ONZ\\_wybor.doc](http://www.ms.gov.pl/prawa_czl_onz/standardy_ONZ_wybor.doc)) – ażeby uniknąć nieporozumień, również każdy dalszy cytat będzie opatrzone przypisem oryginalnego anglojęzycznego tekstu. Pełny tekst powyższych standardów w języku angielskim znajduje się m.in. na oficjalnej stronie Biura Wysokiego Komisarza Praw Człowieka ONZ; dokładny adres linku: <http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>

<sup>39</sup> „Special safeguards in criminal justice matters”.

<sup>40</sup> „Governments shall further ensure that all persons arrested or detained, with or without criminal charge, shall have prompt access to a lawyer, and in any case not later than forty-eight hours from the time of arrest or detention”.

Zasada 17 Zbioru zasad mających na celu ochronę wszystkich osób poddanych jakiegokolwiek formie aresztowania bądź uwięzienia stanowi, że: „Osoba aresztowana będzie uprawniona do otrzymania pomocy obrońcy. Niezwłocznie po zatrzymaniu zostanie ona przez właściwy organ poinformowana o swych prawach oraz wyposażona w niezbędne środki do ich wykonywania” (pkt 1)<sup>41</sup>. „Jeśli aresztowana osoba nie ma obrońcy z wyboru, będzie ona uprawniona do otrzymania pomocy obrońcy przyznanego jej przez organ sądowy lub inny, we wszystkich przypadkach, gdy wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości, jak również do uzyskania tej pomocy bezpłatnie, jeśli nie posiada wystarczających środków, by za nią zapłacić” (pkt 2)<sup>42</sup>. Zasada 18 w pkt 1 stanowi, że: „Osoba aresztowana lub uwięziona będzie uprawniona do komunikowania się oraz konsultowania ze swoim obrońcą”<sup>43</sup>. „Prawo osoby aresztowanej lub uwięzionej do widzeń, konsultowania się i komunikowania z obrońcą – bezzwłocznie, bez cenzury i w pełni poufnie – nie może być zawieszane lub ograniczone, z wyjątkiem sytuacji, gdy następuje to w szczególnych okolicznościach określonych przez przepisy prawa lub zgodne z prawem regulacje, kiedy jest to uznane za niezbędne przez organ sądowy lub inny do utrzymania bezpieczeństwa i porządku” (pkt 3)<sup>44</sup>. W myśl zasady 18 pkt 4: „Rozmowy pomiędzy osobą aresztowaną lub uwięzioną i jej obrońcą mogą odbywać się w zasięgu wzroku, ale nie w zasięgu słuchu funkcjonariuszy organów ścigania”<sup>45</sup>.

Z zakresu zbioru zasad wynika, że odnoszą się one do „ochrony wszystkich osób poddanych jakiegokolwiek formie aresztowania bądź uwięzienia”<sup>46</sup>. Poprzez użyte w Rezolucji określenie „zatrzymanie”<sup>47</sup> rozumie się „akt ujęcia jakiegokolwiek osoby za domniemane popełnienie przestępstwa lub w wyniku działania organu władzy”. „Osoba aresztowana” to z kolei „jakakolwiek osoba pozbawiona wolności, z wyjątkiem sytuacji, gdy pozbawienie wolności jest rezultatem skazania za popełnienie przestępstwa”<sup>48</sup>.

Odnotowania wymaga, że Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (dalej: CPT) już od ponad 20 lat podkreśla, iż prawo kontaktu z adwokatem jest jednym z trzech podstawowych (obok prawa do bycia zbadanym przez lekarza oraz prawa poinformowania osoby

<sup>41</sup> „A detained person shall be entitled to have the assistance of a legal counsel. He shall be informed of his right by the competent authority promptly after arrest and shall be provided with reasonable facilities for exercising it”.

<sup>42</sup> „If a detained person does not have a legal counsel of his own choice, he shall be entitled to have a legal counsel assigned to him by a judicial or other authority in all cases where the interests of justice so require and without payment by him if he does not have sufficient means to pay”.

<sup>43</sup> „A detained or imprisoned person shall be entitled to communicate and consult with his legal counsel”.

<sup>44</sup> „The right of a detained or imprisoned person to be visited by and to consult and communicate, without delay or censorship and in full confidentiality, with his legal counsel may not be suspended or restricted save in exceptional circumstances, to be specified by law or lawful regulations, when it is considered indispensable by a judicial or other authority in order to maintain security and good order”.

<sup>45</sup> „Interviews between a detained or imprisoned person and his legal counsel may be within sight, but not within the hearing, of a law enforcement official”.

<sup>46</sup> „These principles apply for the protection of all persons under any form of detention or imprisonment”.

<sup>47</sup> „«Arrest» means the act of apprehending a person for the alleged commission of an offence or by the action of an authority”.

<sup>48</sup> „«Detained person» means any person deprived of personal liberty except as a result of conviction for an offence”.

trzeciej o pozbawieniu wolności) praw osoby zatrzymanej procesowo<sup>49</sup>. Stanowisko to znalazło pełną aprobatę m.in. w wyroku Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 18 września 2008 r. w sprawie *Türkan przeciwko Turcji* (skarga nr 33086/04)<sup>50</sup>, w której organ ten stwierdził naruszenie przez Turcję art. 3 Konwencji, konstytuującego zakaz stosowania tortur i innych form *ill-treatmentu*.

Po ostatniej wizycie w Polsce, która miała miejsce na przełomie listopada i grudnia 2009 r., CPT po raz kolejny wytknął naszemu krajowi brak dostępu zatrzymanego do adwokata z urzędu, postulując natychmiastowe wprowadzenie stosownych regulacji w tym zakresie<sup>51</sup>. Władze polskie, odnosząc się w styczniu 2011 r. do tej rekomendacji, stwierdziły, że: „Rząd przyjął założenia do projektu ustawy o informacji prawnej dla osób fizycznych, za przygotowanie której odpowiedzialne będzie Ministerstwo Sprawiedliwości. Według opracowanych przez resort założeń udzielenie bezpłatnej pomocy prawnej zostanie uzależnione od sytuacji materialnej osoby ubiegającej się o jej przyznanie. Kryterium ma być posiadanie prawa do otrzymywania przez daną osobę świadczenia z pomocy społecznej w postaci zasiłku stałego lub zasiłku okresowego. Takie rozwiązanie ma spowodować, że nieodpłatna pomoc prawna będzie skierowana jedynie do osób, których sytuacja rodzinna i majątkowa została uprzednio zweryfikowana przez organy pomocy społecznej. Rozwiązanie ma polegać m.in. na udzielaniu informacji o aktualnym prawodawstwie, o prawach i obowiązkach wynikających z obowiązujących przepisów, a także instytucjach właściwych do załatwienia sprawy”<sup>52</sup>.

Stwierdzić należy, że ostatnia odpowiedź władz polskich na zarzuty CPT dotyczące braku dostępu do pomocy prawnej z urzędu osoby zatrzymanej procesowo jest niesatisfakcjonująca.

Akty prawne projektowane w celu zapewnienia jedynie niezbędnej informacji prawnej osobom ubogim nie rozwiążą problemu osób zatrzymanych procesowo, które nie są w stanie pozwolić sobie na pomoc prawną z wyboru. Właściwym miejscem do unormowania tej materii jest Kodeks postępowania karnego. Przygotowany projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, przewidujący nowelizację procedury karnej<sup>53</sup>, zmian w tym zakresie natomiast nie przewiduje.

Jak wynika z informacji zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej CPT<sup>54</sup>, Komitet zamierza w tym roku ponownie dokonać wizytacji w naszym kraju. Należy ufać, że do tego czasu przedstawiony zostanie projekt wprowadzenia odpowiednich przepisów do Kodeksu postępowania karnego, gwarantujących osobie zatrzymanej dostęp do adwokata

<sup>49</sup> The CPT Standards „Substantive” sections of the CPT’s General Reports, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2006, Extract from the 2<sup>nd</sup> General Report [CPT/Inf (92) 31], punkt 36, s. 6.

<sup>50</sup> Zob. punkt 42 wyroku, s. 8, publ. HUDOC.

<sup>51</sup> Por. Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 November to 8 December 2009, CPT/Inf (2011) 20, punkt 26, s. 1; tekst dokumentu dostępny jest pod adresem: <http://www.cpt.coe.int/en/states/pol.htm>

<sup>52</sup> Por. Sprawozdanie władz polskich dla Europejskiego Komitetu Przeciwdziałania Torturom oraz Nie-ludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu, s. 17; tekst dokumentu dostępny jest pod adresem: <http://www.cpt.coe.int/en/states/pol.htm>

<sup>53</sup> Dokument ten można pobrać na stronie internetowej: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/projekty-aktow-prawnych/>

<sup>54</sup> <http://www.cpt.coe.int/en/visits/2012-11-28-eng.htm>

z urzędu oraz przewidujących powiadamianie o zasadach wnioskowania o przedstawiciela procesowego z urzędu niezwłocznie po zatrzymaniu, z zapewnieniem jednocześnie innego (szybszego) trybu jego wyznaczania, tak aby zatrzymany procesowo mógł być przesłuchiwany w obecności obrońcy. Postulat wprowadzenia nowelizacji w tym zakresie był już podnoszony zarówno w piśmiennictwie<sup>55</sup>, jak i *implicite* przez Rzecznika Praw Obywatelskich<sup>56</sup>. Warto jednak i w tym miejscu – skierowanym do szerokiego grona adresatów – podkreślić potrzebę dokonania przytoczonych zmian, aktualny stan prawny naraża bowiem Polskę nie tylko na zarzuty ze strony podmiotów monitorujących miejsca odosobnienia, ale również, w poszczególnych wypadkach, na zasadne skargi kierowane przeciwko Polsce do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w kontekście naruszenia praw zagwarantowanych zarówno w art. 3, jak i 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

<sup>55</sup> Postulat ten podniesiony został łącznie z propozycją wprowadzenia kontaktu z adwokatem poza zasięgiem słuchu zatrzymującego oraz zmianą art. 245 § 2 i art. 261 § 2 k.p.k., por. P. Tarwacki, *Prawo dostępu zatrzymanego procesowo do uprawnionego prawnika jako gwarancja właściwego traktowania*, PWP 2008, nr 59, s. 27–28, 32–36.

<sup>56</sup> Por. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z 15 stycznia 2013 r., RPO-543260-II/06/PTa/MK; publ. [www.rpo.gov.pl](http://www.rpo.gov.pl)

## Summary

*Marta Kolendowska-Matejczuk, Przemysław Tarwacki*  
THE ESSENCE OF THE RIGHT TO LEGAL AID  
FOR DETAINEES IN POLICE CUSTODY

The article points at the important detainees' right in police stations which is the right to legal aid. It indicates the essence of this right and stresses arguments underlining that such contact with a lawyer is significant not only for detainees but also to consider the proceeding as fair and justice.

The publication discusses two problems which appear on the base of rules of the Code of Criminal Procedure which constitute the access of detainees in police custody to legal aid and which are undoubtedly exemplification of limitations of constitutional right to defence.

The first issue regards to the lack of circumstances that determine how far the organ which apprehends a person can interfere in detainee's contact with a lawyer. The second issue is connected with the lack of legal rules regarding to legal aid ex officio in such situations when a detainee is not able to pay for a lawyer.

The article emphasizes that detainees' right to have access to a lawyer is the fundamental safeguard against ill-treatment. Moreover, it presents the standpoint of the Polish Constitutional Tribunal, the Supreme Court of the Republic of Poland, the European Court of Human Rights as well as the Human Rights Defender.

KEY WORDS: right to defence, rights of detainees in police custody, contact with a lawyer, right to fair and justice proceedings, safeguards against ill-treatment

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo do obrony, prawa zatrzymanego, kontakt z adwokatem, prawo do rzetelnego i sprawiedliwego postępowania, gwarancje przeciwko niewłaściwemu traktowaniu

## GŁOS DZIECKA NA WOKANDZIE – O INSTYTUCJI WYSŁUCHANIA MAŁOLETNIEGO

### INSTYTUCJA WYSŁUCHANIA MAŁOLETNIEGO PO NOWELIZACJI K.P.C.

Institucja wysłuchania małoletniego, obowiązująca już od ponad dwóch lat, wprowadzona została do Kodeksu postępowania cywilnego nowelą z 6 listopada 2008 r.<sup>1</sup> jako jedna z konsekwencji procesowych zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Norma ta zawarta została w **art. 216<sup>1</sup> k.p.c.**, odnoszącym się do postępowań rozstrzyganych w procesie, a także w jego odpowiedniku – **art. 576 § 2 k.p.c.**, obowiązującym w postępowaniu nieprocesowym. Pierwszy z wymienionych przepisów w § 1 obliguje sąd do wysłuchania małoletniego dziecka w każdej sprawie, która **dotyczy jego osoby**. Obowiązek ten uzależniony jest jednak od rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości małoletniego, a § 2 zobowiązuje sąd do uwzględnienia zdania i rozsądnego życzenia dziecka stosownie do okoliczności, rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości małoletniego. Wysłuchanie odbywa się poza salą posiedzeń sądowych. Z kolei w nowym brzmieniu art. 576 § 2 k.p.c. (będącego odpowiednikiem powyższego przepisu w postępowaniu nieprocesowym) sąd ma obowiązek wysłuchania małoletniego także w sprawach **dotyczących majątku dziecka**. Z przepisu wynika dalej, że sąd wysłucha małoletniego poza salą posiedzeń, jeżeli rozwój umysłowy dziecka, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwalają.

Zanim znowelizowano omawiany przepis, traktował on nie tyle o samej powinności sądu do wysłuchania dziecka, ile wyłącznie o miejscu tego wysłuchania. Przy tym przepis ten był jedynym (poza art. 118 k.r.o. dotyczącym przysposobienia<sup>2</sup>) regulującym tę instytucję, co oznaczało zastosowanie jej wyłącznie w postępowaniu przed sądem opiekuńczym i nie odnosiło się do innych dotyczących dziecka postępowań, w których powinno być ono wysłuchane. Wydaje się jednak, że w sytuacji gdy omawiana instytucja została zamieszczona w ramach przepisów o procesie, zgodnie z art. 13 § 2 k.p.c. znajduje ona odpowiednie zastosowanie także w postępowaniu nieprocesowym<sup>3</sup>. Jednocześnie – biorąc pod uwagę odmienną sytuację małoletniego w procesie i postępowaniu nieprocesowym – uznać należy, że w tym ostatnim dziecko jest zainteresowanym w sprawie, jeśli tylko wynik postępowania dotyczy jego praw. Konsekwencją tego jest fakt, że samo może wstąpić do udziału w sprawie, gdy jest zaś uczestnikiem postępowania, zawsze musi być wysłuchane przez sąd<sup>4</sup>. Także zgodnie z Konwencją o prawach dziecka oraz

<sup>1</sup> Dz.U. z 12 grudnia 2008 r. nr 220, poz. 1431.

<sup>2</sup> Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na głębszą analizę przepisu stanowiącego o wysłuchaniu przysposobianego przez sąd opiekuńczy. Por. M. Świdowska, *Przemiany polskiego prawa rodzinnego w ostatnim dziesięcioleciu w świetle standardów międzynarodowych*, St. Iur. Torun. 2002, nr 1, s. 95.

<sup>3</sup> *Opinia legislacyjna zlecona przez Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu*, Łódź 2007.

<sup>4</sup> Tamże.

Europejską konwencją o wykonywaniu praw dzieci uznać należy, że dziecko jest uczestnikiem postępowania w sprawach dotyczących jego osoby, a z chwilą ukończenia lat 13 jest uprawnione do osobistego udziału w postępowaniu sądowym. Odmienne stanowisko zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1997 r.<sup>5</sup> jest nietrafne i utraciło swoją aktualność<sup>6</sup>.

J. Ignaczewski trafnie zwraca uwagę na użyte w art. 216<sup>1</sup> k.p.c., odnoszącym się do postępowania nieprocesowego, sformułowanie, że sąd opiekuńczy ma uwzględniać rozsądne życzenia dziecka tylko w „miarę możliwości”. Tym bardziej w przypadku, gdy przesłanki w postaci rozsądnych i dotyczących osoby dziecka życzeń są spełnione, a tym samym wystarczające do ich uwzględnienia. Wskazuje to na niekonsekwencję ustawodawcy, który nie przewiduje w art. 576 § 2 k.p.c. w postępowaniu procesowym dodatkowego zastrzeżenia w postaci uwzględnienia rozsądnych życzeń dziecka tylko „w miarę możliwości”<sup>7</sup>.

## WYŚLUCHANIE MAŁOLETNIEGO W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Pomimo że wprowadzenie omawianej instytucji jawi się jako jedna z istotniejszych zmian dotyczących postępowania w sprawach rodzinnych, zauważyć trzeba, że nie stanowi ona przełomu, lecz analogiczne odzwierciedlenie międzynarodowych postanowień.

Przed przystąpieniem do omówienia najistotniejszych przepisów prawa międzynarodowego, stanowiących podwaliny polskiej regulacji, wyjść należy od postanowień Konstytucji. Artykuł 72 ust. 3 Konstytucji stanowi, że: „W toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka”. Nie trzeba zaś przypominać, że na mocy art. 8 ust. 2 przepisy Konstytucji można bezpośrednio stosować. Pomimo faktu, że instytucja wysłuchania małoletniego występuje w tej postaci już od lat w prawie polskim, nie była ona stosowana. Obowiązek ten nie był również respektowany, choć wynikał także bezpośrednio z przyjętych przez Polskę konwencji. Dość wspomnieć, że akty prawa międzynarodowego ratyfikowane przez Polskę stanowią źródło prawa powszechnie obowiązującego, są częścią krajowego porządku prawnego i nadają się do bezpośredniego stosowania. Dlatego też można spotkać się ze zdaniem, że doprecyzowanie ustawowe w postaci implementacji omawianej instytucji do kodeksu nie było konieczne<sup>8</sup>.

Sama koncepcja prawnej ochrony dziecka wypracowywana przez społeczność międzynarodową ewoluowała od uznania dziecka za przedmiot opieki ze strony dorosłych w deklaracji genewskiej (1924) do przyznania dziecku praw w Konwencji o prawach dziecka (1989), a następnie ich umocnienia poprzez przyznanie konkretnych upraw-

<sup>5</sup> Postanowienie SN z 16 grudnia 1997 r., III CZP 63/97, OSNC 1998, nr 6, poz. 108, z głosem H. Doleckiego, OSP 1999, z. 5, poz. 87.

<sup>6</sup> A. Zieliński, *Komentarz do art. 506–1217 k.p.c.*, t. II, Warszawa, C. H. Beck 2006, s. 194.

<sup>7</sup> J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*, wyd. 1, Warszawa, Lexis Nexis 2011, s. 36–37.

<sup>8</sup> Por. *Opinia legislacyjna*.



nień proceduralnych w Konwencji o wykonywaniu praw dziecka (1996)<sup>9</sup>. Zanim kwestia wysłuchania małoletniego pojawiła się w wymienionych powyżej dwóch konwencjach, uregulowana została już w **zasadzie 3 załącznika do Rekomendacji nr R (84) 4** w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy 28 lutego 1984 r. Zasada ta zawiera postulat skierowany do organu podejmującego decyzje w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, aby zapoznał się ze stanowiskiem dziecka („Właściwy organ zobowiązany do podjęcia decyzji w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej lub jej wykonywania, dotyczącej podstawowych interesów dziecka, powinien się zapoznać z jego stanowiskiem, o ile stopień dojrzałości dziecka na to pozwala”).

Do międzynarodowych aktów regulujących kwestię obligatoryjnego wysłuchania małoletniego należy także **Konwencja o prawach dziecka**<sup>10</sup>, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r. Artykuł 12 tej konwencji stanowi, że dziecko będzie miało w szczególności zapewnioną możliwość wypowiedzenia się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego.

W przedmiocie niniejszej instytucji kolejnym aktem o międzynarodowej randze jest **Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci**<sup>11</sup>, sporządzona w Strasburgu 25 stycznia 1996 r. Celem tej konwencji jest promowanie – dla dobra dzieci – ich praw, przyznanie dzieciom praw procesowych oraz ułatwienie ich wykonywania poprzez zapewnienie, że dzieci osobiście albo za pośrednictwem innych osób lub instytucji będą informowane i uprawnione do uczestnictwa w dotyczących ich postępowaniach przed organem państwowym (art. 1 ust. 2). W art. 3 niniejszej konwencji wyjaśnia się, że dziecko uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie, w dotyczącym go postępowaniu przed organem sądowym powinno mieć przyznane prawo – i samo może żądać przyznania tego prawa – do otrzymywania wszystkich istotnych informacji, do pytania go o zdanie i do wyrażania swojego stanowiska, do bycia informowanym o ewentualnych skutkach jego stanowiska oraz o ewentualnych skutkach każdej decyzji. Jeszcze w tym samym akcie po raz kolejny podkreślona zostaje pozycja małoletniego w postępowaniu, art. 6 konwencji stanowi bowiem, że organ sądowy przed podjęciem decyzji powinien zasięgnąć opinii samego dziecka, umożliwić mu przedstawienie jego stanowiska, a także przykładać należyłą wagę do stanowiska wyrażonego przez dziecko.

Jak zatem wynika z przytoczonych powyżej norm prawa międzynarodowego, instytucja wysłuchania małoletniego – nie tylko przed podjęciem jakiegokolwiek dotyczącej go decyzji, ale także przez którykolwiek z organów mających kompetencję do wpływu na losy dziecka – jest szeroko uregulowana w wielu aktach prawnych<sup>12</sup>. Wobec zobowiązania

<sup>9</sup> J. Szymańczak, Biuro Studiów i Ekspertyz, *Uwagi o realizacji Konwencji o prawach dziecka ONZ przez Rzeczpospolitą Polską*, [www.biurosejmu.gov.pl](http://www.biurosejmu.gov.pl)

<sup>10</sup> Konwencja o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. nr 120, poz. 526). Por. T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka*, Warszawa 1994.

<sup>11</sup> Europejska konwencja o wykonywaniu praw dzieci z 25 stycznia 1996 r. (Dz.U. z 2000 r. nr 107, poz. 1128).

<sup>12</sup> Por. szerzej T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa, Wolters Kluwer 2011, s. 206, wskazując, że w literaturze zagranicznej zgodnie podkreśla się, iż dziecko nie może zostać zredukowane do roli przedmiotu regulacji o prawie do kontaktów z dzieckiem.

państw do przestrzegania prawa dziecka do bycia wysłuchanym niedopuszczalne było więc pomijanie tej kwestii w dotychczasowej praktyce sądowniczej w Polsce. Dlatego choć nader często natrafić można na krytyczne głosy specjalistów podnoszące, że wprowadzenie omawianej instytucji do Kodeksu postępowania cywilnego było zbędne wobec istniejących regulacji w prawie międzynarodowym, trudno się z nimi do końca zgodzić. Nie tylko bowiem instytucja ta nie była w pełni wykorzystywana w praktyce, wprowadzenie jej zobligowało zaś sądy do wnikliwszego spojrzenia na omawianą problematykę, ale także, co za tym idzie, wzmocniona została pozycja dziecka w polskim prawie procesowym – a to już niezaprzecalnie warte jest nawet zarzutu powielania prawa. Dodatkowym elementem towarzyszącym stanowisku aprobującemu niniejszą implementację jest świadomość zachowawczego podejścia praktyków prawa tak do europejskich, jak i międzynarodowych przepisów. Niejednokrotnie spotkać się można z opinią, że sędziowie wystrzegają się stosowania tych aktów pomimo ich powszechnego obowiązywania w Polsce. „Sędziowie stosując prawo i dostrzegając trudność w stosowaniu przepisów europejskich albo ich sprzeczność z przepisami krajowymi, niechętnie stosują prawo europejskie bezpośrednio, zasłaniając się koniecznością dokonania przez Parlament odpowiednich zmian w ustawach”<sup>13</sup>. Dlatego też tym bardziej wprowadzenie instytucji wysłuchania dziecka wprost do polskiego prawa proceduralnego, bez względu na to, ile standardów międzynarodowych odwzorowuje, wydaje się posunięciem nie tylko słusznym, ale wręcz niezbędnym.

## ROZBIEŻNOŚCI MIĘDZY POLSKIM USTAWODAWSTWEM A STANDARDAMI MIĘDZYNARODOWYMI

Nie każda implementacja dokonana przez stworzenie przepisu prawa krajowego może odpowiadać swoim zakresem normie skonstruowanej na arenie międzynarodowej przez więcej niż jedno państwo. Na tym tle jawi się kilka problemów związanych z porównaniem wyznaczonych przez prawo międzynarodowe standardów i sposobem, w jaki zostały one ujęte w przepisach prawa polskiego. W tym miejscu warto również odnotować komentarze krytykujące redakcję niniejszego przepisu.

W opinii legislacyjnej Biura Analiz Sejmowych<sup>14</sup> do projektowanego jeszcze art. 216<sup>1</sup> k.p.c. podkreślono, że nie tylko artykuł ten powtarza uregulowanie prawa międzynarodowego, ale przede wszystkim zawęża w stosunku do nich kwestię wysłuchania dziecka. Podczas gdy międzynarodowe akty pozostawiają nieograniczony katalog spraw, w których zastosowanie ma omawiana instytucja, art. 216<sup>1</sup> k.p.c. obejmuje tylko **sprawy dotyczące osoby dziecka**. W uzasadnieniu projektu do ustawy nowelizującej k.r.o. i k.p.c. czytamy, że „projektowany przepis art. 216<sup>1</sup> k.p.c. dotyczyłby ustalania w procesie praw tylko niemajątkowych”, w dalszej zaś części uzasadnienia podnosi się, że niecelowe byłoby wysłuchanie dziecka w sprawach majątkowych. Tymczasem przytoczony wcześniej art. 12 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka używa sformułowania „we wszystkich sprawach dotyczących dziecka”, art. 12 ust. 2 zaś – „w każdym postępowaniu”. Z kolei art. 3 Euro-

<sup>13</sup> Rozmowa z adw. Małgorzatą Kożuch, Członkiem Prezydium NRA, „Prawo Europejskie w Praktyce” nr 5 (59), s. 30.

<sup>14</sup> *Opinia legislacyjna*.

pejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci nakazuje wysłuchać dziecko „w dotyczącym go postępowaniu”. Zastanawiający jest więc fakt, że choć akty stanowiące wzór dla opracowanego przepisu nie rozróżniają postępowania dotyczącego praw majątkowych i niemajątkowych, to kodeks takie rozróżnienie wprowadził. Co więcej, sama Konstytucja w przytaczanym już art. 72 ust. 3 nakazuje wysłuchać małoletniego „w toku ustalania praw dziecka”. Oznacza to, że obowiązujące od kilku bądź kilkunastu już lat przepisy w prawie polskim nie tylko obligowały sąd do wysłuchania dziecka, ale także stanowiły, że będzie się to odbywać w każdym postępowaniu, które go dotyczy. W omawianej opinii legislator podkreśla także, że choć problem może zostać rozwiązany przez przyjęcie szerszej wykładni, to jednak istnieje ryzyko ustalenia jej w sposób zawężający omawianą instytucję – wtedy zaś regulacja będzie niezgodna ze wskazanymi przepisami Konstytucji RP i konwencji. Przepis ustawy bowiem mógłby jedynie rozszerzyć powinność wysłuchania dziecka przez organ postępowania, a nie zawęzić tę powinność<sup>15</sup>. Ze stanowiskiem tym spotkać się również możemy w Komentarzu do kodeksu postępowania cywilnego<sup>16</sup>, który podkreśla brak ograniczenia w samym art. 216<sup>1</sup> k.p.c. do spraw tylko niemajątkowych, co z kolei budzi wątpliwość, czy zamierzony cel legislacyjny został zrealizowany. Wynika z tego, że za zastrzeżeniem niniejszej instytucji jedynie do spraw niemajątkowych dziecka nie tylko nie przemawia Konstytucja RP czy wspomniane konwencje, które w żaden sposób nie ograniczają spraw, w których należy wysłuchać dziecko, ale także przeczy temu wykładnia gramatyczna art. 216<sup>1</sup> k.p.c. Wydaje się również, że argument w postaci odwołania do treści § 2 art. 576 k.p.c., w którym wyraźnie przewiduje się w postępowaniu nieprocesowym obowiązek wysłuchania dziecka „w sprawach dotyczących jego osoby, jak i w sprawach majątku dziecka”, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla pozbawienia dziecka tej możliwości w procesie<sup>17</sup>.

Ograniczeniem natomiast, które widnieje w prawie międzynarodowym, a które nie zostało wypowiedziane we wprowadzonych przepisach, jest przesłanka **dobra dziecka**<sup>18</sup>. To właśnie tę naczelną przesłankę tak prawa rodzinnego, jak i związanego z nim prawa procesowego należy zawsze mieć na względzie. Zasada ta, będąca regułą interpretacyjną norm k.r.o., stanowi podstawowe i decydujące kryterium rozstrzygania wszelkich sporów w rodzinie. Pomimo jednak niewypowiedzenia jej wprost w znowelizowanych przepisach oczywiste jest, że nie można dopuścić poprzez wprowadzenie instytucji wysłuchania małoletniego do włączenia dziecka w konflikt, jaki istnieje pomiędzy jego rodzicami. To właśnie opierając się na przesłance dobra dziecka, Sąd Najwyższy, już ponad 10 lat temu, uwzględnił treść art. 12 Konwencji o prawach dziecka, wypowiadając się w kwestii wysłuchania małoletniego. Wskazał, że kierując się celowością, przy uwzględnieniu stopnia dojrzałości małoletniego oraz charakteru sprawy opiekuńczej, właściwy sąd powinien zapoznać się ze stanowiskiem małoletniego, mając na względzie jego dobro<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Tamże.

<sup>16</sup> J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M. Wójcik, *Komentarz bieżący do art. 216<sup>1</sup> k.p.c.*, Komentarz Lex/el. 2010.

<sup>17</sup> Tamże.

<sup>18</sup> Na temat pojęcia dobra dziecka por. W. Stojanowska, *Rozwód..., a co z dzieckiem?*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze 1983, a także T. Sokołowski, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1986; A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki udzielenia rozvodu*, Poznań 1980, s. 52.

<sup>19</sup> Postanowienie SN z 15 grudnia 1998 r., I CKN 1122/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 19.

W związku z powyższym należy podzielić krytyczne refleksje na temat omawianych przepisów sformułowane przez J. Ignaczewskiego<sup>20</sup>. Podkreślił on przede wszystkim niefortunność i kategoryczność sformułowań, które znajdują się w przepisach o wysłuchaniu małoletniego, tak w procesie, jak i w postępowaniu nieprocesowym.

W pierwszej kolejności autor zarzuca definitywne wskazanie na sąd jako organ wysłuchujący dziecko, podczas gdy normy prawa międzynarodowego przewidują dla tej instytucji możliwość pośrednictwa kuratora sądowego czy specjalistów z rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego, jak również mediatora (obecność tych pośredników w k.p.c. odnaleźć możemy przykładowo w art. 436 czy art. 570<sup>2</sup> k.p.c.).

W dalszej kolejności komentator poddaje krytyce sposób zredagowania przepisów, które nie tylko stanowią, że wysłuchanie następuje zawsze przed sądem, ale przede wszystkim sugerują, jakoby wysłuchanie to następowało zawsze, w każdej sprawie dotyczącej dziecka. Tymczasem omówiona wcześniej przesłanka dobra dziecka ma na celu uchronić małoletniego przed niebezpieczeństwem udziału w każdym konflikcie, uzasadnienie do zasady 3 Rekomendacji wyraźnie zaś wskazuje, że wymóg wysłuchania dziecka nie dotyczy wszystkich wypadków. W Rekomendacji zapisano bowiem wprost, że instytucja ta odnosi się do „decyzji dotyczących **podstawowych interesów dziecka**”<sup>21</sup>. Warto przy tym zauważyć, że w rozumieniu Europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci podstawowymi interesami dziecka są sprawy dotyczące **ustalenia miejsca jego pobytu i prawa styczności** z nim (art. 1 ust. 3). W komentarzu do Rekomendacji nr R (84) W. Stojanowska zauważyła przy tym, że sąd opiekuńczy powinien czuwać nad tym, aby udział małoletniego w postępowaniu nie miał ujemnych następstw natury społeczno-wychowawczej<sup>22</sup>. Z tego też właśnie względu Rekomendacja nie wymaga uzyskania stanowiska dziecka we wszystkich wypadkach.

Przepisom wprowadzającym do polskiej procedury cywilnej instytucję wysłuchania dziecka zarzuca się nie tylko rozbieżną z międzynarodowymi standardami redakcję samych artykułów, ale także pominięcie pewnego istotnego w tej materii prawa dziecka. W Europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci bliźniaczym niejako uprawnieniem małoletniego do omawianej instytucji jest jego **prawo do informacji**. Zarówno art. 3, jak i art. 6 konwencji przyznają dziecku „prawo do otrzymywania wszelkich istotnych informacji”, organ sądowy zobowiązują zaś do „upewnienia, czy dziecko otrzymało wszelkie istotne informacje”. **Należy więc kolejny raz zwrócić uwagę na fakt zawężenia art. 216<sup>1</sup> k.p.c. oraz art. 576 § 2 k.p.c. wobec międzynarodowych aktów prawnych**. Ponadto w art. 3 tej konwencji jest mowa o „prawach”, w art. 6 zaś o przesłankach wyrokowania, co oznacza, że rodzi się pytanie, czy nie powinny zostać wprowadzone środki prawne dla realizacji tych praw i dla korygowania wadliwych orzeczeń sądowych – chodzi tu w szczególności o środki zaskarżenia<sup>23</sup>. Tym bardziej że wspomniany akt już w art. 1 zachęca państwa do regulacji rozszerzającej uprawnienia małoletnich,

<sup>20</sup> J. Ignaczewski, *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Sądowe Komentarze Tematyczne*, J. Ignaczewski (red.), Warszawa, C. H. Beck 2010, s. 189, a także por. J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*.

<sup>21</sup> Komentarz oficjalny Komitetu Ekspertów, (w:) M. Safjan (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. I, Warszawa 1994.

<sup>22</sup> W. Stojanowska, (w:) M. Safjan (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. I, Warszawa 1994, s. 222 i 223.

<sup>23</sup> *Opinia legislacyjna*.

stanowiąc, iż rzeczona konwencja nie stoi na przeszkodzie stosowaniu przez strony korzystniejszych zasad promowania i wykonywania praw dzieci.

Mając powyższe na uwadze, nie można nie zgodzić się z konstatacją, że wprowadzenie instytucji wysłuchania małoletniego – czy to w tej, czy innej postaci – ma pewną niepodważalną zaletę. Otóż ostatecznie pozwoli stosować ją, przy jednoczesnym zachowaniu autonomii proceduralnej prawa polskiego, gwarantując przy tym skuteczność tak przepisów unijnych, jak i międzynarodowych, których stosowanie dotychczas było utrudnione<sup>24</sup>.

## PRAKTYKA WYŚLUCHANIA MAŁOLETNIEGO PRZEZ SĄD

Warto w tym miejscu zastanowić się nad samym celem funkcjonowania omawianej instytucji. Truizmem byłoby rzec, że założeniem wysłuchania małoletniego jest działanie z korzyścią dla niego, nie zaś przyczynienie się do nieopatrznego wciągnięcia go w konflikt, jaki istnieje pomiędzy jego rodzicami. Z tej perspektywy praktyczny problem jawi się w tym, że wysłuchanie jest posiedzeniem sądowym dla przeprowadzenia ściśle określonej czynności<sup>25</sup>. Co za tym idzie, o terminie i miejscu wysłuchania zawiadamia się strony postępowania i ich pełnomocników, ponieważ mają oni prawo być obecni przy wysłuchaniu<sup>26</sup>. Dla dziecka może oznaczać to umiejscowienie w centrum sądowego sporu, co gorsze zaś, chęć uniknięcia konfliktu i zachowania lojalności wobec rodziców doprowadzić może do odwrotnych niż zamierzone skutków<sup>27</sup>. Z tych właśnie względów kluczowy wydaje się obowiązek wysłuchania małoletniego poza salą posiedzeń. Miejscem tym mogłoby być zarówno miejsce pobytu dziecka, czy nawet park, choć jednak w praktyce wysłuchanie odbywa się najczęściej w gabinecie sędziego. Chodzi przy tym o stworzenie atmosfery intymności i dyskrecji, umożliwiającej bliski kontakt z małoletnim i pełną swobodę wypowiedzi<sup>28</sup>. Zgodnie z treścią komentowanych przepisów sąd powinien uwzględnić rozsądne życzenia dziecka. Życzenia te naturalnie mają być doraźne, związane z wysłuchaniem, a nie odnosić się do przebiegu postępowania sądowego czy wyniku sprawy. Jakkolwiek wysłuchanie dotyczy spraw istotnych dla dziecka, niewątpliwie musi być ono dostosowane do poziomu intelektualnego i stopnia dojrzałości małoletniego<sup>29</sup>. Kwestia rozeznania stopnia rozwoju umysłowego dziecka oraz stopnia jego dojrzałości i w konsekwencji oceny rozsądności jego wypowiedzi może uzasadniać powołanie osoby dysponującej wiedzą specjalistyczną<sup>30</sup>. Ponadto spełnienie wspomnianych przesłanek przemawiających

<sup>24</sup> *Rozmowa z adw. Małgorzatą Koźuch*, s. 30.

<sup>25</sup> J. Ignaczewski, *Władza rodzicielska*, s. 189.

<sup>26</sup> J. Ignaczewski, *Rozwód i separacja. Sądowe Komentarze Tematyczne*, J. Ignaczewski (red.), Warszawa, C. H. Beck 2010, s. 256.

<sup>27</sup> Por. W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Wyższa Szkoła Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej, Warszawa 1997, a także W. Stojanowska, *Rozwód...*

<sup>28</sup> J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. Erciński (red.), t. III, wyd. 3, Warszawa, Lexis Nexis 2009, s. 170.

<sup>29</sup> Tamże.

<sup>30</sup> A. Czerederecka, *Psychologiczne kryteria wysłuchania dziecka w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo” 2010, nr 14–15, s. 22 i n.



za wysłuchaniem dziecka musi być oceniane przez sąd w świetle okoliczności konkretnej sprawy w odniesieniu do konkretnego małoletniego dziecka<sup>31</sup>.

Jeśli tylko dziecko jest w stanie sprecyzować swoje potrzeby, odczucia czy już wyartykułowane życzenia, to za wszelką cenę trzeba dać mu szansę wpłynięcia samemu na swój los. Należy jednak mieć na uwadze, że dziecko bardzo różnie postrzega rzeczywistość w zależności od wieku. I tak na przykład dzieci do 4. roku życia spostrzegają przede wszystkim to, co jest związane z ich aktualnym stanem emocjonalnym, ich spostrzeżenia są ubogie w treść opisową, bogate zaś w treści uczuciowe, ponadto mają one ograniczony zasób słownictwa. Gdy dziecko zaczyna mówić, spostrzeżenia doskonalą się, stają się bardziej świadome<sup>32</sup>. Jednak do osiągnięcia wieku co najmniej 7 lat dziecko nie tylko nie ma tak bogatego zasobu pojęć jak osoba dorosła, ale znajduje się w okresie swoistej mowy dziecięcej, polegającej na używaniu zdrobnień i uproszczeń, a także tzw. nowotworów językowych<sup>33</sup>. Ponieważ zaś rozwój dziecka w psychologii podzielić można na różne okresy życia – każda z tych faz, charakteryzująca się wspólnymi dla wszystkich dzieci w danym wieku właściwościami psychicznymi, rodzic może trudności w ocenie wypowiedzi dziecka. To z kolei wiąże się z następnym problemem, jakim jest konieczność nie tylko szczególnego podejścia sędziów, ale także specjalistycznego wykształcenia dla potrzeb prawidłowego wysłuchania małoletniego. Nie tylko bowiem sam wiek dziecka wpływa na sposób postrzegania relacji łączących go z każdym z rodziców, czy też relacji wzajemnych pomiędzy rodzicami, ale również wiele innych czynników – takich jak nawet płeć dziecka. I tak u chłopców dość wcześnie kształtuje się zdolność logicznego myślenia, podczas gdy dziewczęta bardziej subiektywizują, w ich psychice dominują zaś uczucie i intuicja<sup>34</sup>.

Wszystkie te cechy powodują, że od osoby wysłuchującej tak szczególnego podmiotu, jakim jest dziecko, wymaga się specjalnych predyspozycji. Sędzia powinien więc nie tylko być gruntownie przygotowany z psychologii czy pedagogiki, ale także istotne jest, aby potrafił stworzyć przyjazną dziecku atmosferę. Równie ważne jest, aby unikać zadawania pytań sugestywnych. Dziecku można bardzo łatwo zasugerować odpowiedź – świadomie lub nieświadomie, i to w takim stopniu, że nie będzie ono zdolne do rozpoznania prawdy<sup>35</sup>. Paroletnie dziecko ma swoje niewysłowione potrzeby. Można jednak do nich dotrzeć – należy jednak czynić to umiejętnie i tak, aby w żaden sposób nie „nasuwać” mu odpowiedzi. Trudno również wyobrazić sobie, aby sędzia przykładowo pytał małoletniego, z kim woli zamieszkać. Pytania powinny być postawione w taki sposób, aby to sędzia mógł sam wywnioskować z wypowiedzi dziecka o tym, gdzie się

<sup>31</sup> K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. Ereciński (red.), t. I, Warszawa, LexisNexis 2009, s. 646.

<sup>32</sup> A. Witczak, *Wartość dowodowa zeznań małoletniego świadka*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. LXXII, pt. *Wybrane problemy psychologii sądowej*, M. Szostak (red.), Wrocław, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 2005, s. 51.

<sup>33</sup> I. Sochacka, *Charakterystyka wad wymowy u dzieci w wieku przedszkolnym*, (w:) *Wybrane problemy rozwoju i edukacji małego dziecka*, M. Królika (red.), Częstochowa, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Pedagogicznej w Częstochowie 2001, s. 15.

<sup>34</sup> A. Szumski, *Przesłuchanie dzieci i nieletnich. Wartość dowodowa ich zeznań (wyjaśnienia)*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. LXXII, pt. *Wybrane problemy psychologii sądowej*, M. Szostak (red.), Wrocław, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 2005, s. 121.

<sup>35</sup> A. Witczak, *Wartość dowodowa zeznań*, s. 61.



dobrze czuje czy z kim się chętniej bawi. Najważniejsze jest jednak, aby dziecko jak najczęściej od siebie powiedziało o własnych życzeniach. Choć nieunikniona jest zatem konieczność wydobywania z niego pewnych informacji, nie można dopuścić, aby pytania sędziego implikowały odpowiedzi. Należy dbać o indywidualizm dziecka, gdyż nie posiada ono właściwości „przybierania pozy” – nieodłącznej cechy ludzi dorosłych. Autentyzm dziecka wyraża się przede wszystkim brakiem trwałych postaw i uprzedzeń, dlatego przy umiejętnym wysłuchaniu małoletniego sędziego liczyć może na całkowitą szczerą wypowiedź dziecka.

Odnosząc się do małoletniego mającego kilkanaście lat – choć na ogół doskonale rozumie on i wie, czego chce – nie należy nie doceniać wagi, jaką odgrywać mogą namowy czy presja jednego z rodziców<sup>36</sup>. Tym bardziej jeśli rodzic miałby być obecny przy takowym wysłuchaniu. Jak już wcześniej była o tym mowa, problem polega na tym, że wysłuchanie jest posiedzeniem sądowym do przeprowadzenia określonej czynności – w konsekwencji strony wraz z pełnomocnikami mogą być podczas wysłuchania obecni. Z czynności zaś należy obligatoryjnie sporządzić protokół<sup>37</sup>. Jeśli chodzi o samo uczestnictwo rodziców, pomimo że pozwala ono pokonać nieśmiałość dziecka, to jednak obecność matki czy ojca rozprasza i krępuje swobodę wypowiedzi małoletniego. Dlatego też postuluje się wykorzystanie **tzw. niebieskich pokoi** stworzonych dla potrzeb postępowań karnych. Zapewniają one realizację wszystkich warunków koniecznych dla prawidłowego przeprowadzenia czynności procesowej, przy jednoczesnej ochronie dobra dziecka. W pokoju tym małoletniego wysłuchiwałby sędzia, w drugim zaś zarówno strony, uczestnicy, jak i ich pełnomocnicy uczestniczyliby w przebiegu całej czynności za pośrednictwem kamery, telewizora oraz słuchawek<sup>38</sup>. Podkreśla się również, aby wypowiedź dziecka zamiast protokołować, nagrywać – najlepiej audiowizualnie. Dzięki temu biegły psycholog będzie mógł wystąpić z dalszą opinią analizującą takie okoliczności, jak zachowanie czy dojrzałość dziecka podczas wysłuchania. Jednak jeszcze przed samym przystąpieniem do wysłuchania sąd musi „wrobić” sobie ocenę rozwoju umysłowego dziecka. W tym celu powinien przeprowadzić dochodzenie w postaci zbadania dokumentów, wywiadu środowiskowego, opinii szkolnej czy opinii biegłego psychologa<sup>39</sup>.

Dla podsumowania niniejszych rozważań warto w tym miejscu przytoczyć zalecenie zmian, autorstwa poznańskiego Zespołu Prawa Rodzinnego. Podkreśla się w nim, że aby przepis art. 216<sup>1</sup> k.p.c. mógł dalej funkcjonować, „każdy sąd powinien dysponować niebieskim pokojem”, a „sędziowie powinni przejść odpowiednie szkolenia teoretyczno-warsztatowe celem umiejętnego wysłuchiwanie dzieci, tak by zminimalizować ich stres oraz uzyskać jak najwięcej istotnych informacji od wysłuchiwanego”. Zespół ten w sposób szczególnie pochyła się nad dobrem dziecka w postępowaniu, podkreślając, że już sam pobyt w sądzie i rozmowa na trudne dla dziecka tematy z obcą, nieprzygotowaną do tego profesjonalnie osobą jest sytuacją nadzwyczaj stresującą dla małoletniego. Warto w tym miejscu nadmienić, że w zaproponowanych przez Zespół poprawkach odnaleźć można także postulat wprowadzenia przepisu odnośnie do obligatoryjnego

<sup>36</sup> Por. W. Stojanowska, *Rozwód...*, a także W. Stojanowska, *Ochrona dziecka*.

<sup>37</sup> J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*, s. 37.

<sup>38</sup> J. Ignaczewski, *Władza rodzicielska*, s. 189.

<sup>39</sup> J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, s. 194.

udziału prokuratora w postępowaniu o pozbawienie, zawieszenie czy ograniczenie władzy rodzicielskiej. Wynika to z faktu, że małoletni w toku postępowania nie jest należycie reprezentowany, nie może składać wniosków dowodowych czy też wnosić środków odwoławczych. Dlatego proponuje się zwrócenie uwagi na wzór amerykański<sup>40</sup>, gdzie małoletni reprezentowani są przez adwokatów, i to do nich właśnie – jako adwokatów dzieci – należy inicjatywa dowodowa<sup>41</sup>.

W kwestii dowodów natomiast podkreśla się także jeszcze jeden ważki problem dotyczący wysłuchania małoletniego. Otóż doprecyzowania wymaga, jaki **charakter dowodowy** ma wyjaśnienie dziecka oraz czy strony mogą się z nim zapoznać<sup>42</sup>. Pomimo bowiem że wysłuchanie pozbawione jest omawianego przymiotu – do oświadczeń składanych przez małoletnich w tym trybie ma zastosowanie ogólna zasada obowiązku dawania wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek (art. 3 k.p.c.)<sup>43</sup>. Mimo że samo wysłuchanie nie jest dowodem w sprawie, to zgodnie z postanowieniami prawa międzynarodowego stanowić może ono istotną przesłankę rozstrzygnięcia. Dotychczas prawo polskie, dopuszczając zbadanie dziecka jedynie przez triadę specjalistów z RODK, niejako wiązało sędziom ręce. Ci bowiem, świadomi swojej niewiedzy w obliczu psychologii, pedagogiki czy psychiatrii dziecięcej, nie podważali – co zrozumiale – opinii specjalistów w tej dziedzinie. Sąd więc był niejako „zmuszony” do wydania wyroku zgodnego z opinią RODK, gdyż – tak jak w większości wszelkich postępowań – sędziowie w rozstrzygnięciach przychylają się ku opiniom biegłych specjalistów, zwłaszcza orzekając w sprawach z dziedzin, które stanowią dla nich *terra incognita*. Trudno dziwić się wyrokom przychylnym opiniom wydanym przez biegłych, tym bardziej gdy umożliwia to sędziemu oparcie rozstrzygnięcia na konkretnym dokumencie. Niestety wspomniane opinie RODK niejednokrotnie są krzywdzące i niesprawiedliwe poprzez fakt, że są one wydawane na podstawie powielanego szablonu. Wszystkie te okoliczności prowadziły paradoksalnie do znanych praktyce przypadków „omijania” niekorzystnych dla danej strony środków na rzecz tych – *sit venia verba* – „sprawdzonych”. W obliczu powyższej konkluzji tym bardziej zasadne jawi się wprowadzenie tej instytucji do polskiego Kodeksu postępowania cywilnego.

Oczywiste jest, że utrwalenie słusznej praktyki, szczególnie w dziedzinie procedury cywilnej, wymaga czasu, dlatego nieuniknione jest korzystanie z wysuwanych postulatów w piśmiennictwie. Do takich niewątpliwie należą cztery poniżej przedstawione wytyczne. Po pierwsze, przestrzega się, aby wysłuchiwanie małoletniego na okoliczność rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej i kontaktach, w przypadku rozwodzących się rodziców, nie stało się w żadnym przypadku regułą<sup>44</sup>. Decyzję o wysłuchaniu takiego

<sup>40</sup> Por. także T. Sokołowski, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 11, T. Smoczyński (red.), wyd. 2, Warszawa, C. H. Beck 2011, s. 681, wskazujący, że w zagranicznej doktrynie zwrócono uwagę, iż w istocie w postępowaniu rozwodowym dziecko nie jest wystarczająco reprezentowane; J. H. Ellis, *Plans, Protections and Professionals Intervention*, „University of Michigan Journal of Law Review”, vol. 24, s. 79.

<sup>41</sup> Zespół Prawa Rodzinnego pod przewodnictwem Z. Marciniaka, poprawki z 25 maja 2010 r., [www.poznan.so.gov.pl](http://www.poznan.so.gov.pl)

<sup>42</sup> Tamże.

<sup>43</sup> J. Ignaczewski, *Rozwód i separacja*, s. 256.

<sup>44</sup> B. Czech, *Art. 58 w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 czerwca 2008 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 12, s. 9.

dziecka sędzia powinien podjąć dopiero po zważeniu na różne okoliczności, zarówno związane z samym małoletnim, jak i mając na uwadze swoje własne doświadczenie, tak orzecznicze, jak i zawodowe. Po drugie, należy rozważyć, czy powinno się wysłuchać małoletniego również poza salą rozpraw w przypadku, gdy dziecko to ukończyło 17 lat i jest przesłuchiwane jako świadek. Trzeci postulat – wysunięty także przez innego autora<sup>45</sup> oraz zaprezentowany w części dotyczącej rozbieżności w unormowaniach – każe zawsze mieć na uwadze dobro dziecka i z tego względu rozważyć dokonanie wysłuchania za pośrednictwem innych osób niż sędzia. Osobami tymi, poza wspomnianymi wyżej specjalistami z rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego, mogłyby być także mediatorzy posiadający umiejętności w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych czy kuratorzy sądowi<sup>46</sup>. Czwarty postulat – wielokrotnie już podnoszony w niniejszej pracy – podkreśla po raz kolejny kluczowy problem, jakim jest troska o osobę dziecka. Należy dbać o to, aby nie wciągać go do konfliktu i procesu toczącego się między rodzicami małoletniego<sup>47</sup>.

## PODSUMOWANIE

Instytucja wysłuchania małoletniego wprowadzona została do Kodeksu postępowania cywilnego równoległe z nowelizacją art. 95 k.r.o. Nie jest to fakt bez znaczenia, albowiem komentarze odnajdują inspirację zwiększenia uprawnień procesowych dzieci właśnie w tym przepisie. Wprowadzenie konieczności wysłuchania dziecka jest bowiem wyrazem idei racjonalnego partnerstwa rodziców i dorastających dzieci<sup>48</sup>, sformułowanej właśnie w art. 95 k.r.o. Jak przeczytać można w uzasadnieniu ustawy nowelizującej z 6 listopada 2008 r.: „każda ze stron stosunku władzy rodzicielskiej powinna wysłuchać drugą stronę, a rodzice powinni w miarę możliwości uwzględnić rozsądne życzenia dziecka. Nałożony na rodziców w dodanym do art. 95 paragrafie 4 obowiązek wysłuchania dziecka przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących jego osoby lub majątku został sformułowany w nawiązaniu do art. 72 ust. 3 Konstytucji. Wskazany przepis Konstytucji nakazuje m.in. osobom odpowiedzialnym za dziecko wysłuchanie go w toku ustalania jego praw (art. 216<sup>1</sup> i 576 § 2 k.p.c.)”<sup>49</sup>. Myślę, że warto przytoczyć niniejsze uzasadnienie dla poznania źródeł i motywów, jakie towarzyszyły wprowadzaniu omawianej instytucji do polskiego kodeksu. Jak się również podkreśla, jednym z celów nowelizacji było zaakcentowanie rosnącej samodzielności dorastających dzieci, dlatego warto równocześnie zwrócić uwagę na zobligowanie samych rodziców do wysłuchania dziecka przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka.

Jak już wielokrotnie w trakcie niniejszych rozważań zostało podkreślone – słuszne było dopuszczenie do tzw. *superfluum* ustawowego, gdyż choć istniała już podstawa

<sup>45</sup> J. Ignaczewski, *Władza rodzicielska*, s. 189.

<sup>46</sup> Por. szerzej H. Haak, *Ochrona prawna udzielana przez sąd opiekuńczy*, Toruń, TNOIK 2002, s. 170–173.

<sup>47</sup> B. Czech, *Art. 58 w związku z problematyką ustawy*, s. 9.

<sup>48</sup> Por. szerzej T. Sokołowski, *Władza rodzicielska*.

<sup>49</sup> Uzasadnienie do ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 220, poz. 1431).

prawna do wysłuchania małoletniego przez sąd, to jednak zbyt ogólny charakter unormowań Konstytucji oraz nieskuteczność w stosowaniu norm prawa międzynarodowego spowodowały, że wprowadzenie niniejszych przepisów wprost – było nieuniknione. Tym bardziej że wedle stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zaniechanie wysłuchania dziecka przez sąd rodzinny narusza art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>50</sup>, który stanowi o prawie do poszanowania życia rodzinnego<sup>51</sup>.

Wszystkie wspomniane powyżej argumenty dowodzą, że nie wystarcza moralny postulat ani przekonanie o powinnościach rodziców względem dziecka, czy też dobra wola sędziego orzekającego o przyszości małoletniego. Potrzebne są bowiem akty prawne różnej rangi, które kształtują sytuację prawną dziecka, podkreślając w szczególności jego uprawnienia. Prawa dziecka zasługują zatem w pełni na to, aby ponownie otrzymać gwarancję – lecz tym razem od polskiego ustawodawcy.

<sup>50</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 3 września 1953 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284).

<sup>51</sup> Por. A. Szklanna, *Naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego zagwarantowanego w EKPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 1, s. 18.

## Summary

*Joanna Zajączkowska*

THE VOICE OF THE CHILD ON THE TRIAL  
– DEBATE ON HEARING OF THE CHILD

The article deals with recently introduced to Polish legal system – the right and obligation to hear the child. The analysis focuses mainly on the discrepancy between international and Polish regulations as well as differences between provisions of hearing the child in litigious and non-litigious proceedings. The first concerns only the matters related to the person of child while non-litigious concerns both the person and property of the child.

The publication debates on key factors that entailed the necessity to express directly in the code the right and obligation to hear the child.

The article also highlights the practical problems arising from different age, maturity and vulnerability of each child.

KEY WORDS: hear the child (the minor), child welfare, children's rights, family courts, family justice, family cases, contact with a child, cases concerning person and property of the child, litigious family law, non-litigious family law

POJĘCIA KLUCZOWE: wysłuchanie dziecka (małoletniego), dobro dziecka, prawa dziecka, sądy rodzinne, sprawy rodzinne, kontakt z dzieckiem, sprawy dotyczące osoby lub majątku dziecka, prawo rodzinne procesowe, prawo rodzinne nieprocesowe

## PRAWO DO MILCZENIA W POSTĘPOWANIU W SPRAWACH NIELETNICH

Prawo do zachowania milczenia w postępowaniu o czyn zabroniony jest jednym z podstawowych elementów prawa do obrony w znaczeniu materialnym i znajduje swój wyraz nie tylko w prawie międzynarodowym, ale chyba we wszystkich cywilizowanych systemach prawnych. Wydawałoby się, że w polskim ustawodawstwie, opartym na standardach określonych przez prawo międzynarodowe, każdy człowiek, któremu zarzuca się popełnienie czynu zabronionego, ma prawo do milczenia we wszystkich stadiach postępowania. Istotnie, na gruncie obowiązującego Kodeksu postępowania karnego kwestia wydaje się oczywista i przepisy gwarantują prawo do milczenia podejrzanemu i oskarżonemu w postępowaniu karnym, a nadto zobowiązują organy procesowe do pouczenia osoby przesłuchiwanej w tym zakresie. A jednak wyjątek znajduje się w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (u.p.n.)<sup>1</sup>. Na gruncie u.p.n. istnieje zasada zgoła odwrotna, bowiem w postępowaniu wyjaśniającym i opiekuńczo-wychowawczym nieletni wysłuchiwany przez sędziego rodzinnego lub sąd rodzinny nie tylko nie ma prawa do milczenia, ale (co zostanie wykazane w dalszej części artykułu) ma obowiązek podać okoliczności faktyczne zgodne z prawdą i bez zatajania czegokolwiek. Niniejszy artykuł ma na celu omówienie stanu prawnego oraz poglądów przedstawionych w orzecznictwie i literaturze w tym zakresie oraz zwrócenie uwagi na wadliwość obecnej regulacji ustawowej.

### I. PRAWO DO MILCZENIA NA GRUNCIE U.P.N.

Wskazana wyżej ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich określająca standardy tego postępowania weszła w życie 18 maja 1983 r., a więc jeszcze w poprzednim systemie prawnym, i w nieznacznie zmienionym kształcie obowiązuje do dnia dzisiejszego. Ustawę stosuje się do nieletnich, którzy wykazują przejawy demoralizacji, a więc osób, które nie ukończyły lat 18, oraz do nieletnich, którzy dopuścili się czynu karalnego po ukończeniu 13 lat, a przed ukończeniem lat 17.

Pierwszą fazą tego postępowania jest postępowanie wyjaśniające, które jest odpowiednikiem postępowania przygotowawczego i ma na celu ustalenie, czy są podstawy do wszczęcia wobec nieletniego postępowania opiekuńczo-wychowawczego albo postępowania poprawczego.

Organ prowadzący postępowanie, aby podjąć jakąkolwiek decyzję merytoryczną w sprawie, winien jednak zetknąć się osobiście z nieletnim. Ustawodawca przewidział w u.p.n. dwa rodzaje czynności polegającej na osobistym spotkaniu nieletniego z or-

<sup>1</sup> Dz.U. z 2010 r. nr 33, poz. 178.

ganem procesowym i odebraniu od niego oświadczeń dotyczących stanu faktycznego i danych osobopoznawczych. Pierwszą jest wysłuchanie nieletniego przez sędziego rodzinnego lub sąd rodzinny, którego przebieg określa art. 19 u.p.n., a drugą przesłuchanie nieletniego przez Policję lub inny organ administracji państwowej zbierający i utrwalający dowody czynów karalnych (art. 39 u.p.n.)<sup>2</sup>.

Ustawa nie dokonuje jednak wyczerpującej regulacji i wprowadza tzw. procedurę mieszaną, której wyrazem jest art. 20 u.p.n., zgodnie z którym „w sprawach nieletnich stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego – trybu nieprocesowego, a w zakresie zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów przez policję, powoływania i działania obrońcy oraz w postępowaniu poprawczym – przepisy Kodeksu postępowania karnego, ze zmianami przewidzianymi w ustawie”.

W postępowaniu wyjaśniającym i opiekuńczo-wychowawczym stosuje się więc oprócz przepisów u.p.n. odpowiednio przepisy art. 506–526 k.p.c., niektóre przepisy art. 568–579 k.p.c., a nadto z mocy art. 13 § 2 k.p.c. niektóre przepisy trybu procesowego<sup>3</sup>. Natomiast w trakcie czynności przesłuchania nieletniego prowadzonej przez Policję lub inny organ administracji państwowej zbierający i utrwalający dowody czynów karalnych, a nadto w postępowaniu poprawczym stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k.

#### Ia. WYŚLUCHANIE NIELETNIEGO PRZED SĘDZIĄ I SĄDEM RODZINNYM W POSTĘPOWANIU WYJAŚNIAJĄCYM I OPIEKUŃCZO-WYCHOWAWCZYM

Artykuł 19 u.p.n. stanowi, że: „Przy wysłuchaniu nieletniego należy dążyć do zapewnienia mu pełnej swobody wypowiedzania się. Wysłuchanie nieletniego powinno odbywać się w warunkach zbliżonych do naturalnych, w miarę potrzeby w miejscu zamieszkania nieletniego, przy czym unikać należy wielokrotnego wysłuchiwanie nieletniego co do tych samych okoliczności lub okoliczności ustalonych już innymi dowodami i niebudzących wątpliwości”.

Przepis ten nie przewiduje wprost w sprawie o czyn karalny prawa do zachowania przez nieletniego milczenia, wręcz natomiast sugeruje, że nieletni powinien w trakcie wysłuchania swobodnie wypowiedzieć się na temat zaistniałego zdarzenia (czytaj: swobodnie i bez przymusu opowiedzieć wszystko o faktach istotnych dla sprawy). Zazwyczaj wysłuchanie nieletniego w postępowaniu wyjaśniającym odbywa się w gabinecie sędziego rodzinnego w obecności jednego lub obojga rodziców nieletniego, natomiast wysłuchanie w postępowaniu opiekuńczo-wychowawczym odbywa się na sali posiedzeń sądu (również w obecności jednego lub obojga rodziców nieletniego). Z obserwacji praktyki wysłuchania nieletniego na przykładzie kilku postępowań, w których uczestniczyłem, wynika, że wysłuchanie nieletniego w postępowaniu wyjaśniającym rozpoczyna się zazwyczaj od odebrania od niego podstawowych danych osobopoznawczych, takich jak imię i nazwisko, wiek, imiona rodziców i czy żyją, miejsce zamieszkania i urodzenia, obywatelstwo, zawód lub zajęcie rodziców, zapytania, czy nieletni uczęszcza do szkoły oraz czy pracuje, czy przynależy do organizacji, czy uciekał z domu lub spr-

<sup>2</sup> Przy czym przepis art. 39 u.p.n. nie ma zastosowania do przesłuchania nieletniego świadka, tak. P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 139.

<sup>3</sup> M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Kraków 2004, s. 74; F. Zedler, *Postępowanie opiekuńczo-wychowawcze*, Warszawa 1986, s. 8.



wiał inne kłopoty wychowawcze, o stosunek do pokrzywdzonego oraz czy stosowano w przeszłości inne środki opiekuńczo-wychowawcze lub poprawcze. Następnie sędzia rodzinny zadaje pytanie nieletniemu, czy otrzymał odpis postanowienia o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w danej sprawie. W postanowieniu tym określa się osobę, której postępowanie dotyczy, oraz przedmiot tego postępowania (art. 34 § 1 u.p.n.), w sprawie o czyn karalny zazwyczaj umieszcza się w postanowieniu opis czynu wraz z kwalifikacją prawną. Następnie sędzia rodzinny pyta się nieletniego, czy przyznaje się do czynu karalnego, czy nie. Po tym nieletni wypowiada się na temat zdarzenia objętego postępowaniem, przy czym wypowiedź ta ma postać albo wypowiedzi spontanicznej, albo odpowiedzi na pytania zadawane przez sędziego rodzinnego. W postępowaniu opiekuńczo-wychowawczym zazwyczaj wysłuchanie nieletniego ogranicza się do ponownego odebrania niektórych danych osobopoznawczych (imię i nazwisko, wiek, w której jest klasie itp.), zapytania, czy podtrzymuje to, co dotychczas powiedział podczas pierwszego wysłuchania. Niekiedy sąd rodzinny ma w zwyczaju pytać, czy nieletni poniósł już karę za swój czyn, np. w domu lub szkole, czy żałuje tego, co zrobił itp.

Żaden przepis u.p.n., jak i k.p.c. nie przewiduje jednak prawa do milczenia ani w konsekwencji obowiązku pouczenia wysłuchiwanego o tym prawie. Wręcz w literaturze wskazano, że na podstawie art. 20 u.p.n. i art. 13 § 2 k.p.c. do wysłuchania nieletniego winien mieć zastosowanie przepis art. 3 k.p.c., który stanowi, iż „strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody”<sup>4</sup>. W doktrynie przedstawiono nawet kontrowersyjny pogląd, że w trakcie wysłuchania nieletniego można wręcz stosować podstęp<sup>5</sup>. Pogląd ten jednak spotkał się z krytyką<sup>6</sup>.

Ponieważ art. 20 u.p.n. odsyła odpowiednio do przepisów trybu nieprocesowego, w literaturze badając instytucję wysłuchania nieletniego, sięgano do dorobku doktryny opisującego wysłuchanie w postępowaniu nieprocesowym. Zarysowały się jednak odmienne poglądy co do tego, czy wysłuchanie nieletniego jest w ogóle dowodem w postępowaniu w sprawach nieletnich. W jednym z komentarzy do art. 19 u.p.n. wskazano, że wysłuchanie nie jest formalnym środkiem dowodowym, w odróżnieniu od przesłuchania<sup>7</sup>. Istotnie, na gruncie procedury cywilnej doktryna odróżnia w postępowaniu nieprocesowym wysłuchanie od dowodu z przesłuchania uczestników<sup>8</sup>. Wysłuchanie nieletniego jest jego oświadczeniem dotyczącym sprawy, a więc zarówno okoliczności stanowiących podstawę wszczęcia postępowania, jak również i wniosków co do ewentualnego stosowania środków wychowawczych. Oświadczenia te mogą zawierać także przyznanie faktu na podstawie art. 229 k.p.c. Odróżnia się jednak przesłuchanie

<sup>4</sup> M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 132; podobnie A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 923.

<sup>5</sup> T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 89 – autorzy wskazują, iż „nie można wpływać na wypowiedzi nieletniego ani za pomocą przymusu, ani też groźby bezprawnej. Wydaje się, że można stosować podstęp”.

<sup>6</sup> Por. D. Kala, recenzja książki T. Bojarskiego i E. Skrętowicza, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z komentarzem*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2002, „Prokuratura i Prawo” 2003, z. 10, s. 120, 121; K. Gromek, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Warszawa 2004, s. 208.

<sup>7</sup> K. Gromek, *Komentarz*, s. 206.

<sup>8</sup> Por. W. Siedlecki, W. Resich (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1969, s. 752, 778; K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2000, s. 287.

nioletniego przez Policję od przesłuchania uczestnika postępowania nieprocesowego w rozumieniu przepisów k.p.c., wskazuje się, że ani wysłuchanie (art. 19 u.p.n.), ani przesłuchanie policyjne nioletniego nie stanowią dowodu<sup>9</sup>.

Przedstawiono także pogląd odmienny, że wysłuchanie nioletniego w postępowaniu wyjaśniającym i opiekuńczo-wychowawczym ma na celu zebranie danych osobopoznawczych, jak i dowodów<sup>10</sup>.

W literaturze dotyczącej procedury cywilnej analizowano wysłuchanie w postępowaniu nieprocesowym w kontekście obowiązku mówienia prawdy i uchylenia się od złożenia wyjaśnień. W. Siedlecki wskazuje, że już w pracach Komisji Kodyfikacyjnej w 1928 r. do najsporniejszych kwestii w procesie cywilnym zaliczano odpowiedź na pytanie, czy strony powinny mieć obowiązek mówienia prawdy, czy też takiego obowiązku nie należy ustanawiać. Do dawnego kodeksu taki obowiązek wprowadzono dopiero w 1950 r., obecnie obowiązujący kodeks obowiązek mówienia prawdy wysuwa na czoło zasad procesowych. Autor ten słusznie stwierdza, że obowiązek mówienia prawdy w procesie cywilnym nie jest obwarowany żadną sankcją, jest obowiązkiem w znaczeniu moralnym, a nie formalnym. Jedyna sankcja przewidziana została w art. 103 k.p.c., czyli możliwość nałożenia na stronę obowiązku zwrotu kosztów wywołanych niesumiennym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem – niezależnie od wyniku sprawy. Dotyczy to zwłaszcza kosztów powstałych wskutek uchylenia się od wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niezgodnych z prawdą, zatajenia lub opóźnienia powołania dowodów<sup>11</sup>. A więc komentatorzy art. 3 k.p.c. wprost wskazali, że nie jest dopuszczalne w postępowaniu cywilnym uchylenie się od wyjaśnień.

J. Bodio wskazuje, że z obowiązkiem mówienia prawdy związana jest także powinność zupełności i kompletności wyjaśnień, wyrażająca się w tym, iż strona ma obowiązek przedstawienia wszystkich okoliczności sprawy, a więc również tych niekorzystnych. Nie oznacza to jednak wymogu przytaczania przez stronę okoliczności ją poniżających, hańbiących czy narażających na odpowiedzialność karną. Powinny być one jednak przedstawiane w dobrej wierze<sup>12</sup>.

Podporządkowanie postępowania wyjaśniającego i opiekuńczo-wychowawczego przepisom k.p.c., które nie przewidują prawa do milczenia, ma jeszcze inne negatywne strony. Procedura cywilna nie przewiduje wprost zakazu posługiwania się dowodami uzyskanymi w sposób nielegalny, ustawa nie wymienia zasady informowania uczestników postępowania o ich prawach i obowiązkach tak jak art. 16 k.p.k., zgodnie z którym brak pouczenia lub mylne pouczenie nie mogą wywoływać ujemnych skutków procesowych dla osoby, której dotyczą. Zasada pouczeń, jaką przewiduje art. 5 k.p.c., nie ma charakteru kategorycznego nakazu pouczenia uczestników postępowania<sup>13</sup>.

Oczywiście należy mieć na uwadze, że podstawowym celem postępowania w sprawach nioletnich jest wychowanie nioletniego, a nie jego karanie<sup>14</sup>. W literaturze przed-

<sup>9</sup> F. Zedler, *Postępowanie*, s. 72.

<sup>10</sup> B. Czarnecka-Działuk, *Nioletni sprawcy czynów karalnych przed sądem rodzinnym. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 1993, s. 82; F. Zedler, *Postępowanie*, s. 59, 60.

<sup>11</sup> W. Siedlecki, W. Resich (red.), *Kodeks*, s. 79.

<sup>12</sup> J. Bodio, (w:) A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz*, Kraków 2005, s. 34.

<sup>13</sup> B. Czarnecka-Działuk, *Nioletni sprawcy*, s. 82.

<sup>14</sup> P. Górecki, *Nioletni na szubienicę?*, „Prawo i Życie” 1994, nr 14.

stawiono pogląd, że postępowanie opiekuńczo-wychowawcze jest postępowaniem typowo cywilnym, albowiem sprawy normowane ustawą o postępowaniu w sprawach nieletnich są sprawami cywilnymi w ścisłym materialnoprawnym tego słowa znaczeniu. Niektóre środki przewidziane natomiast przez ustawę są środkami przewidzianymi w k.r.o. dla ochrony dobra dziecka (por. art. 109 k.r.o. i art. 6 pkt 11 u.p.n.)<sup>15</sup>. Być może ustawodawcy przyświecała myśl, że konieczność złożenia wyjaśnień przez nieletniego i ewentualne przyznanie się do winy ma cel przede wszystkim wychowawczy. Ale przecież nieletni, w stosunku do którego wdrożono postępowanie poprawcze, ma prawo do milczenia, a tego typu nieletni są osobami z pewnością o wyższym stopniu demoralizacji (por. art. 10 u.p.n.) i w stosunku do nich cel wychowawczy postępowania winien mieć szczególne znaczenie.

#### Ib. PRZESŁUCHANIE NIELETNIEGO PRZEZ POLICJĘ ORAZ WYSŁUCHANIE W POSTĘPOWANIU POPRAWCZYM

Artykuł 39 u.p.n. stanowi, że: „Przesłuchanie nieletniego może być dokonane przez Policję, a w wyjątkowych wypadkach, gdy jest to konieczne ze względu na dobro sprawy – przez organ wymieniony w art. 37 § 1 u.p.n.; przesłuchanie nieletniego odbywa się w obecności rodziców lub opiekuna albo obrońcy, a jeżeli zapewnienie ich obecności byłoby w danym przypadku niemożliwe, należy wezwać nauczyciela, przedstawiciela powiatowego centrum pomocy rodzinie lub przedstawiciela organizacji społecznej, do której zadań statutowych należy oddziaływanie wychowawcze na nieletnich lub wspomaganie procesu ich resocjalizacji”.

Policyjne przesłuchanie nieletniego w postępowaniu wyjaśniającym, jak również wysłuchanie przez sąd w postępowaniu poprawczym, podlega odpowiednio stosowanym przepisom k.p.k. Nieletni ma prawo wówczas korzystać ze wszystkich uprawnień wynikających z Kodeksu postępowania karnego, takich jak prawo do obrony w znaczeniu formalnym i materialnym (art. 6 k.p.k.), brak obowiązku dowodzenia swej niewinności oraz obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść (art. 74 § 1 k.p.k.), prawo do bycia pouczoneym o uprawnieniach: do składania wyjaśnień, do odmowy składania wyjaśnień lub odmowy odpowiedzi na pytania, do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia, do korzystania z pomocy obrońcy, a nadto pouczenie należy wręczyć nieletniemu na piśmie (art. 300 k.p.k., art. 16 k.p.k.). Jedynie prawo nieletniego do przeglądania akt sprawy może ulec ograniczeniu, jeżeli przemawiają za tym względy wychowawcze (art. 30 § 3 u.p.n.). P. Górecki stoi na stanowisku, że nieletniemu w trakcie przesłuchania policyjnego można także umożliwić złożenie wyjaśnień na piśmie (art. 176 § 1 k.p.k.)<sup>16</sup>.

Przebieg przesłuchania policyjnego z udziałem nieletniego sprawcy czynu karalnego regulują nie tylko przepisy ustaw, ale także wewnętrzne przepisy obowiązujące w Policji. Zgodnie z § 163 ust. 2 i 4 Zarządzenia nr 1426 Komendanta Głównego Policji<sup>17</sup> policjant może przesłuchać nieletniego w charakterze sprawcy czynu karalnego w postępowaniu w niezbędnym zakresie, w postępowaniu wszczętym przez Policję i w śledztwie powie-

<sup>15</sup> F. Zedler, *Postępowanie*, s. 25, 26.

<sup>16</sup> P. Górecki, *Udział policji w postępowaniu w sprawach nieletnich*, „Prokuratura i Prawo” 1999, z. 3, s. 70, 71.

<sup>17</sup> Dz. Urz. KGP 2005, nr 1, poz. 1.

rzonym przez prokuratora (ust. 2). Przesłuchanie nieletniego, o którym mowa w ust. 2, podejrzanego o popełnienie czynu karalnego następuje według reguł obowiązujących w procedurze karnej w stosunku do osób przesłuchiwanym na podstawie art. 308 § 2 k.p.k.<sup>18</sup> (ust. 4).

Niemniej jednak przed wszczęciem postępowania poprawczego nieletni zazwyczaj jest wysłuchany w postępowaniu wyjaśniającym bez pouczenia go o przysługujących mu uprawnieniach, jak również bez prawa do milczenia. Wyjaśnienia nieletniego z postępowania wyjaśniającego mogą być dowodem w postępowaniu poprawczym, a nadto podlegają odczytaniu w postępowaniu karnym w sytuacji wniesienia przeciwko nieletniemu aktu oskarżenia przy zastosowaniu art. 10 § 2 k.k.<sup>19</sup>

Zarysowały się jednak odmienne poglądy co do tego, czy art. 19 u.p.n. winien mieć zastosowanie także w trakcie przesłuchania policyjnego<sup>20</sup>.

F. Zedler stoi natomiast na stanowisku, że przesłuchanie nieletniego, o jakim mowa w art. 39 u.p.n., nie jest dowodem. Zdaniem autora nie można bowiem poprzez art. 20 u.p.n. stosować przepisów k.p.k. o przesłuchaniu oskarżonego, gdyż byłoby to sprzeczne z istotą odpowiedniego stosowania prawa, prowadziłyby do stosowania przepisów procedury karnej do postępowania cywilnego w szerszym zakresie, niż wynika to z art. 20 u.p.n. Byłoby to sprzeczne z celem ustawy, która w swych założeniach odchodzi od unormowań karnoprawnych. Przesłuchanie nieletniego ma więc taki sam charakter jak wysłuchanie i nie jest dowodem<sup>21</sup>.

P. Górecki twierdzi natomiast, że materiał uzyskany przez Policję w ramach uprawnień wynikających z art. 37 i 39 u.p.n. wchodzi w skład materiału dowodowego przyszłego postępowania rozpoznawczego (opiekuńczo-wychowawczego i poprawczego).

---

<sup>18</sup> P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 297–467*, t. II, Warszawa 2007, s. 21 – autorzy komentarza wskazują, że pouczenie, o jakim mowa w art. 300 k.p.k., stosuje się także do pierwszego przesłuchania podejrzanego w trybie art. 308 § 2 k.p.k.

<sup>19</sup> Por. P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2007 – autorzy powołują się na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Lublinie: „Jeśli zatem sąd rodzinny w trybie art. 42 § 3 tej ustawy wyda postanowienie o przekazaniu sprawy nieletniego prokuratorowi wobec stwierdzenia okoliczności uzasadniających wymierzenie kary nieletniemu na podstawie art. 9 § 2 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 10 § 2 k.k.), zaś prokurator wnieśli akt oskarżenia do sądu (...) to w tych warunkach protokół wysłuchania nieletniego stanowi protokół wyjaśnień podejrzanego, podlegający odczytaniu na rozprawie w warunkach art. 389 § 1 k.p.k.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 18 stycznia 2000 r., II AKA 241/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, z. 10, s. 34). Autorzy wskazują jednak, że zaprezentowany pogląd jest kontrowersyjny. Należy bowiem zwrócić uwagę, że sytuacja procesowa nieletniego jest wówczas mniej korzystna aniżeli „dorosłego” oskarżonego, któremu przysługuje prawo do milczenia i który powinien być przed składaniem wyjaśnień pouczony o tym prawie (art. 175 § 1 k.p.k., art. 16 k.p.k. – zasada informacji). Sędzia rodzinny, stosujący w toku postępowania wyjaśniającego przepisy k.p.c., nie ma jednak obowiązku pouczenia nieletniego o treści art. 175 § 1 k.p.k.

<sup>20</sup> Por. P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 83, 43 – autorzy wskazują, że przepis art. 19 u.p.n. dotyczy także przesłuchania policyjnego; T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z komentarzem*, Lublin 2002, s. 59 – autorzy uważają podobnie, jednak zmienili pogląd w dalszym wydaniu komentarza, gdzie twierdzą, że przepis dotyczy tylko organów uprawnionych do wysłuchania (por. T. Bojarski, E. Skrętowicz, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 88); nadto por. A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Gdańsk 2002, s. 119 – autorzy uważają, że przepis nie dotyczy przesłuchania policyjnego.

<sup>21</sup> F. Zedler, *Postępowanie*, s. 71, 72.

### Ic. PODSUMOWANIE REGULACJI U.P.N.

Analizując powyższy stan prawny dotyczący zarówno wysłuchania, jak i przesłuchania nieletniego, a nadto poglądy przedstawione w literaturze, stwierdzić należy, że na gruncie obowiązujących ustaw sytuacja prawna nieletniego w postępowaniu wyjaśniającym i opiekuńczo-wychowawczym jest więc diametralnie odmienna i zarazem mniej korzystna niż w postępowaniu poprawczym.

K. Gromek uważa, że skoro przepisy procedury karnej lepiej zabezpieczają prawa oskarżonego niż przepisy procedury cywilnej, to powinny mieć zastosowanie we wszystkich sprawach nieletnich<sup>22</sup>.

Wskazuje się, że w sprawach nieletnich powinny mieć zastosowanie te same gwarancje, jakie przysługują osobom dorosłym, wobec których prowadzone jest postępowanie w związku z zarzutem popełnienia przestępstwa, oraz ponadto gwarancje wynikające z aktów prawnych wytyczających minimalne standardy modelu postępowania z nieletnimi<sup>23</sup>.

Podporządkowanie postępowania w sprawach nieletnich dwóm różnym, zgoła odmiennym procedurom od dawna spotykało się z zasłużoną krytyką w doktrynie<sup>24</sup>. Dualizm procedur, jakie należy stosować odpowiednio w postępowaniu o czyn karalny, od dawna wywoływał wątpliwości, niemniej jednak głównie z uwagi na to, że rodziły się problemy, jakie konkretnie instytucje z k.p.c. i k.p.k. stosować<sup>25</sup>. Przedstawiono nawet pogląd, aby całe postępowanie w sprawach nieletnich unormowane było bardziej elastycznymi przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, głównie z uwagi na cel wychowawczy ustawy<sup>26</sup>.

Istniały plany stworzenia zupełnie nowej ustawy – Kodeksu nieletnich, w 2004 r. powstał projekt takiej ustawy, która kompleksowo miała normować postępowania przy zastosowaniu jednej procedury zbliżonej do procedury karnej. Zgodnie z art. 48 § 1 tego projektu nieletni ma prawo do wysłuchania go, może jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na niektóre albo wszystkie pytania. Zgodnie z § 3 tego przepisu o uprawnieniu tym należy nieletniego pouczyć. W efekcie jednak do uchwalenia nowej ustawy nie doszło<sup>27</sup>.

Zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości Nr 175/09/DSP z 13 października 2009 r. powołany został zespół do przeprowadzenia analizy dotychczasowych i wypracowania nowych modelowych rozwiązań prawnych w zakresie problematyki nieletnich. Zespół ten przygotował projekt ustawy o zmianie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Projekt podkreśla, że nieletni nie

<sup>22</sup> K. Gromek, *Postępowanie z nieletnimi w Polsce w aspekcie unormowań międzynarodowych*, „Opieka, Wychowanie, Terapia” 1990, nr 1–2, s. 10.

<sup>23</sup> M. Pieszczek, *Prawo do rzetelnego procesu w postępowaniu w sprawach nieletnich w świetle przepisów obowiązujących w Polsce i standardów międzynarodowych*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie”, Zeszyty Studenckie 2009, t. 2, s. 331.

<sup>24</sup> Por. M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie*, s. 75–76; K. Gromek, *Komentarz*, s. 209.

<sup>25</sup> Por. *ibidem*.

<sup>26</sup> Por. P. Górecki, *Nieletni na szubienicę?*; P. Górecki, *Wybrane problemy na tle stosowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, „Rodzina i Prawo” 2006, nr 3, s. 36.

<sup>27</sup> Por. P. Górecki, *Wybrane problemy*, s. 37, 38; M. Korcyl-Wolska, *Dostęp do sądu nieletniego de lege lata i wedle projektu Kodeksu nieletnich*, (w:) I. Nowikowski (red.), *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, Lublin 2007, s. 315.



jest przedmiotem, ale podmiotem postępowania, czego gwarancją jest obowiązek poinformowania nieletniego o przysługujących mu uprawnieniach i ciężących obowiązkach, zapewnienie mu prawa do milczenia poprzez wprowadzenie zakazu samooskarżania się oraz zasady domniemania niewinności. Projekt wprowadza jednolite postępowanie w sprawach nieletnich prowadzone według przepisów k.p.c., przy zachowaniu stosowania k.p.k. jedynie w ściśle określonych, niezbędnych sytuacjach. Rada Ministrów przewiduje procedowanie nad tym projektem w III kwartale 2012 r.<sup>28</sup>

## II. PRAWO DO MILCZENIA NIELETNIEGO W KODEKSACH POSTĘPOWANIA KARNEGO Z 1928 R. I Z 1969 R.

Przed dniem wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy (u.p.n.) nieletni po ukończeniu 13. roku życia ponosił odpowiedzialność karną na zasadach określonych w Kodeksie karnym z 1932 r.<sup>29</sup>, którego przepisy art. 69–78 obowiązywały do dnia wejścia w życie u.p.n. na podstawie ustawy z dnia 22 grudnia 1969 r. o utrzymaniu w mocy na okres przejściowy niektórych dotychczasowych przepisów prawa karnego<sup>30</sup>. Procedura postępowania w sprawie nieletniego podlegała do 31 grudnia 1969 r. w całości przepisom k.p.k. z 1928 r.<sup>31</sup>, natomiast od 1 stycznia 1970 r. z mocy ww. ustawy z 22 grudnia 1969 r. stosowano art. 474–495 k.p.k. z 1928 r. oraz inne przepisy tego kodeksu dotyczące nieletnich (np. art. 79 § 1 lit. a – obrona obligatoryjna), natomiast w pozostałym zakresie postępowanie toczyło się według zasad postępowania przed sądami powiatowymi (od 1975 r. – rejonowymi), które normował już k.p.k. z 1969 r.

Itak przed 1 stycznia 1970 r., czyli na gruncie obowiązującego w całości k.p.k. z 1928 r., oskarżony nieletni mógł czynić uwagi i składać wyjaśnienia co do każdego dowodu, przeprowadzonego w jego obecności (art. 489), mógł nie odpowiadać na zadane mu pytania (art. 73), przewodniczący pytał oskarżonego, czy przyznaje się do zarzuczonego mu czynu i jakie wyjaśnienia chce złożyć (art. 294), oraz pouczał oskarżonego, że wolno mu czynić uwagi i składać wyjaśnienia co do każdego dowodu (art. 195).

Od 1 stycznia 1970 r. nieletni mógł czynić uwagi i składać wyjaśnienia co do każdego dowodu, przeprowadzonego w jego obecności (art. 489 k.p.k. z 1928 r.), miał prawo składać wyjaśnienia, mógł jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień (art. 63 k.p.k. z 1969 r.).

Nadmienić należy, że nieletni podlegał przed wejściem w życie u.p.n. odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego pod groźbą kary z rozeznaniem (art. 70 k.k. z 1932 r.). Sąd mógł umieścić nieletniego w zakładzie poprawczym (art. 70), jednakże mógł też zastosować środki wychowawcze (upomnienie, oddanie pod dozór odpowiedzialny rodzicom, dotychczasowym opiekunom lub specjalnemu kuratorowi albo umieszczenie w zakładzie wychowawczym) wówczas, gdy ze względu na okolicz-

<sup>28</sup> Pismo Ministerstwa Sprawiedliwości Departamentu Prawa Karnego z 5 marca 2012 r. skierowane do autora niniejszego artykułu.

<sup>29</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r. nr 60, poz. 571.

<sup>30</sup> Dz.U. z 1969 r. nr 37, poz. 311.

<sup>31</sup> Kodeks postępowania karnego z 19 marca 1928 r., Dz.U. z 1950 r. nr 40, poz. 364.



ności czynu, charakter nieletniego albo warunki jego życia i otoczenia umieszczenie go w zakładzie poprawczym nie jest celowe (art. 71).

Stan prawny obowiązujący więc przed wejściem w życie u.p.n. był w zakresie prawa do milczenia korzystniejszy dla nieletniego w sytuacji oskarżenia go o popełnienie czynu zabronionego pod groźbą kary.

### III. PRAWO DO MILCZENIA NIELETNIEGO W PRAWIE MIĘDZYKARODOWYM

Jak wskazano wyżej, prawo do milczenia jest jedną z podstawowych form prawa do obrony w znaczeniu materialnym.

Zasada prawa do obrony uważana jest za normę prawa międzynarodowego, wyartykułowana bowiem została w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, Konwencji o prawach dziecka i Regułach minimalnych ONZ. Wyraża ją ponadto art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Na prawo do obrony w znaczeniu materialnym składa się prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania się do obrony, prawo do bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, prawo do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego wymiar sprawiedliwości, prawo do otrzymywania informacji o prawie do obrony z urzędu, gdy oskarżony nie posiada dostatecznych środków na ich pokrycie, prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach, jak i świadków oskarżenia, wreszcie prawo do zachowania milczenia i prawo do obecności członka rodziny lub opiekuna przy czynnościach<sup>32</sup>.

Wprost prawo do milczenia zostało zagwarantowane nieletniemu w prawie międzynarodowym w tzw. Regułach minimalnych ONZ<sup>33</sup>. Reguły minimalne określają minimalny standard postępowania z nieletnimi. Artykuł 7.1 tych Reguł stanowi, że realizacja podstawowych gwarancji procesowych – takich jak domniemanie niewinności, prawo do otrzymywania informacji o stawianych zarzutach, prawo do zachowania milczenia, prawo do pomocy prawnej oraz do korzystania z obecności członka rodziny i opiekuna, prawo do zadawania świadkom pytań i ich kontrolowania, prawo do odwoływania się do wyższej instancji – powinna być zapewniona we wszystkich stadiach postępowania<sup>34</sup>.

Reguły minimalne ONZ są jednak uchwałą podjętą przez Zgromadzenie Ogólne ONZ, nie są natomiast typową umową międzynarodową mającą bezpośrednie zastosowanie w polskim porządku prawnym. Reguły minimalne winny jednak mieć

<sup>32</sup> M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich w Polsce*, Zakamycze 2001, s. 401.

<sup>33</sup> Wzorcowe Reguły Minimum Narodów Zjednoczonych dotyczące Wymiaru Sprawiedliwości wobec Nieletnich – Reguły Beijińskie, zwane też Regułami Pekinскими – uchwalone na VII Kongresie Narodów Zjednoczonych w sprawie zapobiegania przestępczości i postępowania z przestępcami, przyjęte na 40. Zgromadzeniu ONZ w listopadzie 1985 r.

<sup>34</sup> J. Szumski, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Gdańsk 1998, s. 270.

wpływ na wykładnię prawa międzynarodowego, w tym pojęcia rzetelnego procesu sądowego<sup>35</sup>.

Zgodnie z art. 40 ust. 2 lit. b pkt iv Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r.<sup>36</sup> państwa strony zapewnią w szczególności niestosowanie przymusu do składania zeznań lub przyznania się do winy. Istotnie, art. 19 u.p.n. przewiduje zasadę swobody wypowiedzi nieletniego, choć nie zawiera prawa do milczenia. W literaturze jednak wskazuje się generalnie zgodność ustawy (u.p.n.) z zaleceniami Konwencji praw dziecka<sup>37</sup>.

W literaturze analizowano zgodność u.p.n. z prawem międzynarodowym. M. Korcyl-Wolska stwierdziła, że polska ustawa nie zapewnia nieletniemu trzech praw przewidzianych w prawie międzynarodowym, a mianowicie:

- prawa do otrzymania informacji o możliwości skorzystania z pomocy obrońcy z urzędu bez ponoszenia kosztów (prawo takie gwarantuje art. 14 ust. 3 pkt d Międzynarodowego Paktu Praw Człowieka) – albowiem w postępowaniu wyjaśniającym takiego pouczenia nie uregulowano;
- prawa do udzielania nieletniemu pomocy prawnej lub innej właściwej pomocy w celu przygotowania się do obrony (jest to niezgodne z art. 40 ust. 2 pkt b II Konwencji praw dziecka);
- prawa do milczenia, stanowiącego podstawową gwarancję prawa do obrony w znaczeniu materialnym. Prawo to przewiduje reguła 7.1 Reguły minimalnych<sup>38</sup>. Przedstawiono także pogląd, że konieczne jest wprowadzenie do u.p.n. wyraźnych uregulowań prawnych, które umożliwią pełniejszą realizację prawa do obrony w postępowaniu wobec nieletnich<sup>39</sup>.

Również wskazano, że u.p.n. odbiega od standardów wyznaczonych przez akty prawa międzynarodowego w zakresie zabezpieczenia prawa do rzetelnego, uczciwego procesu wszystkim uczestnikom postępowania, m.in. dlatego, że nie zamieszczono przepisu obligującego organy procesowe do informowania uczestników postępowania sądowego o ich prawach i obowiązkach (realizacja zasady informacji prawnej)<sup>40</sup>.

Wskazuje się, że zachodzi pilna potrzeba znowelizowania przepisów u.p.n. w celu dostosowania przyjętych w niej rozwiązań do standardów europejskich w zakresie szczególnej ochrony praw dziecka w toku całego postępowania wobec nieletnich<sup>41</sup>.

Problematyka prawa do milczenia nieletniego nie jest również obca orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

<sup>35</sup> Art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

<sup>36</sup> Dz.U. z 1991 r. nr 120, poz. 526.

<sup>37</sup> H. Kołakowska-Przełomiec, D. Wójcik, *Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich a Konwencja Praw Dziecka*, „Studia Prawnicze” 1992, z. 3–4, s. 19.

<sup>38</sup> M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, s. 403.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 404–405.

<sup>40</sup> M. Korcyl-Wolska, *Dostęp do sądu nieletniego*, (w:) I. Nowikowski (red.), *Problemy*, s. 304, 305.

<sup>41</sup> M. Korcyl-Wolska, *Zasada uczciwego procesu w postępowaniu w sprawach nieletnich w Polsce na tle standardów europejskich*, (w:) J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 378.

I tak w wyroku ETPCz z 2 marca 2010 r. w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polsce*<sup>42</sup> wskazano, że prawo do milczenia jest elementem prawa do rzetelnego procesu sądowego.

Z kolei w wyroku ETPCz w sprawie *Panovits przeciwko Cyprowi*<sup>43</sup> wskazano znaczenie prawa do milczenia i prawa do niedostarczania dowodów przeciwko samemu sobie jako istotnych elementów zasady *fair trial*. Z przywileju ochrony przed samooskarżeniem wynika, że oskarżyciel w sprawie karnej powinien dowieść zasadności zarzutów stawianych oskarżonemu bez korzystania z dowodów pozyskanych dzięki przełamaniu jego woli<sup>44</sup>.

#### IV. PODSUMOWANIE

Analiza przytoczonych przepisów prawa polskiego i międzynarodowego oraz poglądów doktryny i orzecznictwa wskazuje, że obecna regulacja ustawowa jest wadliwa.

Standardy międzynarodowe i krytyka obowiązującej w Polsce ustawy winny już dawno doprowadzić do jej zmiany w zakresie przyznania nieletniemu wyraźnych gwarancji procesowych dotyczących prawa do milczenia. Niestety prace nad nowelizacją ustawy w omawianym zakresie trwają już 10 lat i na dzień dzisiejszy problem nie został rozwiązany.

Do dnia dzisiejszego nie udało się poddać kontroli Trybunału Konstytucyjnego zgodności obowiązującej ustawy z Konstytucją RP i umowami międzynarodowymi w zakresie prawa do milczenia nieletniego.

Należy jednak mieć nadzieję, że prace ustawodawcze nad nowelizacją ustawy zakończą się w najbliższym czasie uchwaleniem stosownej ustawy nowelizującej.

<sup>42</sup> Wyrok ETPCz z 2 marca 2010 r., skarga nr 54729/00.

<sup>43</sup> Wyrok ETPCz z 11 grudnia 2008 r., skarga nr 4268/04.

<sup>44</sup> Przegląd orzecznictwa europejskiego dotyczącego spraw karnych (okres 1 sierpnia – 31 grudnia 2008 r.), Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego – Dział prawa europejskiego” 2008, zeszyt nr 3–4, s. 28.

## Summary

*Maciej Markowski*

THE RIGHT TO REMAIN SILENT IN JUVENILES CASES

The article describes legal status, doctrine views, jurisdiction about right to remain silent by juveniles, which are interrogate through juvenile court. The article criticizes legal status, which do not ensure the right to remain silent by juveniles during interrogation. The article also describes legislation process which is going to change actual legal status, and history of regulation in Penal Procedure Codes from 1928 and 1969. Also article describes international law about the right to remain silent by juveniles, and compares Polish law to international law.

KEY WORDS: juvenile, Juvenile Court, right to remain silent

POJĘCIA KLUCZOWE: nieletni, sąd rodzinny, prawo do milczenia

## MEDIACJA W POSTĘPOWANIU WYKONAWCZYM

### I. ZWIĄZANIE SĄDU PENITENCJARNEGO UGODĄ ZAWARTĄ W WYNIKU MEDIACJI

Stosownie do art. 162§ 1 zd. 1 k.k.w.<sup>1</sup> sąd penitencjarny – rozstrzygając w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia – uwzględnia ugodę zawartą w wyniku mediacji. Jest to jeden z najbardziej kontrowersyjnych przepisów postępowania wykonawczego. W literaturze przedmiotu podnosi się, że jego podstawowym celem jest zagwarantowanie pokrzywdzonemu poczucia bezpieczeństwa i spełnienie jego oczekiwań w tym zakresie<sup>2</sup>. Podkreśla się również, że mediacja może stanowić przygotowanie więźnia do życia na wolności<sup>3</sup>.

W praktyce trudno jednakże wyobrazić sobie zastosowanie mediacji na etapie postępowania wykonawczego<sup>4</sup>. Przeciwny wprowadzeniu mediacji do k.k.w. był S. Lelental, który w opinii do prezydenckiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw wskazywał, że w przypadku wprowadzenia tej zmiany należy w przepisach ustawowych określić zasady i warunki prowadzenia mediacji przez skazanego i zawieranej w jej wyniku ugody<sup>5</sup>. Takich zasad i warunków nie określono, lecz sam przepis o mediacji do k.k.w. został wprowadzony<sup>6</sup>. Co więcej, po pewnym czasie nadano mu formę kategoryczną – w przypadku przeprowadze-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r. nr 90, poz. 557 ze zm.).

<sup>2</sup> E. Bienkowska, *Mediacja w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 14.

<sup>3</sup> A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004, s. 15.

<sup>4</sup> Niewykorzystywanie instytucji mediacji w postępowaniu wykonawczym jest zauważalne w analizie orzecznictwa dotyczącego warunkowego przedterminowego zwolnienia, które zasadniczo koncentruje się wokół: 1) obowiązku wysłuchania przedstawiciela administracji zakładu karnego przy rozpoznawaniu wniosku o warunkowe przedterminowe zwolnienie (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 13 grudnia 2011 r., sygn. II AKz w 2093/11, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Gdańsku” 2012, nr 1, poz. 4); 2) braku podstaw do przypisywania istotnego znaczenia, przy rozpoznawaniu wniosku o warunkowe przedterminowe zwolnienie, elementom charakteryzującym przestępstwo popełnione przez skazanego kilka lat przed rozpoznawaniem wniosku o przedterminowe zwolnienie (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 października 2004 r., sygn. II AKz w 690/04, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, nr 10, poz. 17); 3) zależności wniosku gospodarza postępowania wykonawczego o potrzebie resocjalizacji skazanego od faktycznych ustaleń dotyczących cech skazanego jako osoby zdesocjalizowanej, tj. nieprzystosowanej do życia w społeczeństwie (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 października 2004 r., sygn. II AKz w 691/04, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, z. 10, poz. 18); 4) oceny prognozy kryminologicznej wobec skazanego przez sąd penitencjarny oraz braku związania sądu stanowiskiem zajętym przez administrację zakładu karnego (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 4 stycznia 2000 r., II AKz 852/00, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2001, z. 3, poz. 71).

<sup>5</sup> S. Lelental, *Uwagi do prezydenckiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw* (druk 183), [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl)

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r. nr 142, poz. 1380) – przepis o mediacji wszedł w życie z dniem 1 września 2003 r.

nia mediacji sąd penitencjarny uwzględnia (a nie – może uwzględnić) ugodę zawartą w wyniku mediacji. Początkowo – po zmianach w 2003 r. – art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. miał następującą treść: „Sąd penitencjarny powinien wysłuchać przedstawiciela administracji zakładu karnego, a także wysłuchać sądowego kuratora zawodowego, jeżeli składał wniosek o warunkowe zwolnienie oraz uwzględnić ugodę zawartą w wyniku mediacji”. Ustawą nowelizacyjną z 16 września 2011 r. treść powyższego artykułu została zmieniona w następujący sposób: „Sąd penitencjarny wysłuchuje przedstawiciela administracji zakładu karnego, a sądowego kuratora zawodowego, jeżeli składał wniosek o warunkowe zwolnienie, oraz uwzględnia ugodę zawartą w wyniku mediacji”<sup>7</sup>. Wprawdzie już w poprzedniej wersji przepis wyrażał powinność uwzględnienia ugody, przez co należało rozumieć konieczność (a nie tylko możliwość) jego zastosowania, jednakże takie sformułowanie pozwalało, naszym zdaniem, sądowi penitencjarnemu na pewien margines swobody w zastosowaniu przepisu. Obecnie ustawa nie przewiduje żadnych odstępstw od uwzględnienia „ugody zawartej w wyniku mediacji”, sądowi penitencjarnemu pozostawiony został jednak sposób uwzględnienia ugody i jej przełożenie na treść postanowienia w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Treść art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. nie oznacza bowiem, że w przypadku pozytywnie zakończonej mediacji sąd penitencjarny musi wydać postanowienie o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia. Można wyobrazić sobie sytuację, w której dochodzi do zawarcia ugody w wyniku mediacji, a inne przeszkody – np. negatywna opinia dyrektora zakładu karnego – powodują, że sąd penitencjarny wydaje postanowienie o nieudzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia. Artykuł 162 § 1 zd. 1 k.k.w. nakłada bowiem na sąd penitencjarny jedynie obowiązek uwzględnienia ugody zawartej w wyniku mediacji, a nie wydania postanowienia o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia, gdy strony zawarły ugodę w wyniku mediacji. Postanowienie w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia jest zawsze zaskarżalne zażaleniem, zatem dyspozycja art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. – w wyżej wymienionym zakresie – wiąże również sąd odwoławczy.

## II. ISTOTA MEDIACJI W POSTĘPOWANIU WYKONAWCZYM

W literaturze przedmiotu pojawiły się rozbieżności sprowadzające się do pytania, o jaką w art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. w istocie mediację chodzi. K. Postulski wskazuje, że przepis ten nakazuje uwzględnić ugodę zawartą z pokrzywdzonym w wyniku mediacji przeprowadzonej stosownie do treści art. 23a k.p.k.<sup>8</sup> w postępowaniu przygotowawczym lub jurysdykcyjnym, przepisy k.k.w. nie przewidują bowiem postępowania mediacyjnego w stadium wykonania orzeczenia<sup>9</sup>. Podobny pogląd zajmuje K. Dąbkiewicz, który – nie uzasadniając swojego stanowiska – uważa, że powinność uwzględnienia ugody zawartej w wyniku mediacji dotyczy jej wyników, jakie zostały osiągnięte na

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. nr 240, poz. 1431) – zmiana przepisu weszła w życie z dniem 1 stycznia 2011 r.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 ze zm.).

<sup>9</sup> K. Postulski, (w:) Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 550.

etapie postępowania przygotowawczego lub jurysdykcyjnego, oraz stanu jej realizacji przez skazanego<sup>10</sup>. Również zdaniem S. Lelental konieczność uwzględnienia przez sąd penitencjarny w orzekaniu o warunkowym przedterminowym zwolnieniu ugody zawartej w wyniku mediacji nie oznacza, że chodzi o mediację pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym, przeprowadzoną w postępowaniu wykonawczym. Autor przywołuje art. 53 § 3 k.k.<sup>11</sup> oraz art. 23a k.p.k. jako odnoszące się do postępowania przygotowawczego i sądowego, sprzeciwiając się zastosowaniu na podstawie art. 1 § 2 k.k.w. przepisów o mediacji w postępowaniu wykonawczym. S. Lelental wskazuje ponadto, że nawet bez unormowania z art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. sąd penitencjarny powinien uwzględnić ugodę zawartą w wyniku mediacji w ramach oceny zachowania się skazanego po popełnieniu przestępstwa, jako jedną z materialnych przesłanek ustalania prognozy skazanego (art. 77 § 1 k.k.)<sup>12</sup>. S. Lelental w przytoczonej wyżej opinii do prezydenckiego projektu nowelizacji zauważa ponadto, że – w stanie prawnym sprzed nowelizacji z 2003 r. – nie ma w k.k.w. mowy o ugodzie zawartej w wyniku mediacji; w przypadku jej wprowadzenia postuluje określenie zasad i warunków prowadzenia mediacji przez skazanego i zawieranej w jej wyniku ugody w przepisach ustawowych<sup>13</sup>. Zwolennikiem poglądu, że art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. dotyczy mediacji w postępowaniu wykonawczym, jest E. Bieńkowska, która wskazuje, iż uгода mediacyjna zawarta na wcześniejszych etapach postępowania karnego jest wykorzystywana dla podjęcia określonych decyzji procesowych zanim nastąpi faza postępowania wykonawczego<sup>14</sup>. Podobne stanowisko zdaje się zajmować T. Szymanowski, który proponuje, by poprzez art. 1 § 2 k.k.w. do mediacji w postępowaniu wykonawczym stosować odpowiednio przepisy k.p.k.<sup>15</sup> Wydaje się, że uгода, o której stanowi art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w., jest instytucją autonomiczną, właściwą jedynie postępowaniu wykonawczemu. To odrębna regulacja, inna niż uгода zawarta pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzonym w postępowaniu sądowym, odnosząca się już do relacji pomiędzy pokrzywdzonym a skazanym. Mediacja uregulowana w k.p.k. służy innym celom niż mediacja w postępowaniu penitencjarnym. Przywołany już art. 53 § 3 k.k. wyraźnie stanowi, że wymierzając karę, a zatem na etapie merytorycznego wyrokowania, a nie w postępowaniu wykonawczym, sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem. Zakładając racjonalność ustawodawcy, nie byłoby zasadne wprowadzenie do k.k.w. regulacji powielającej konstrukcję z k.k. i k.p.k., wystarczyłyby właściwe regulacje tych dwóch kodeksów. Właśnie fakt, że ustawodawca nowelizacją umieścił nakaz uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji w kodeksie regulującym postępowanie wykonawcze, wskazuje, iż mamy do czynienia z odrębną od uregulowanej w k.p.k. instytucją. Artykuł 77 § 1 k.k. zakładający badanie zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa i w czasie odbywania kary nie może być podnoszony jako argument przeciwko odrębności mediacji w postępowaniu wykonawczym, gdyż istniał

<sup>10</sup> K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 473.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 ze zm.).

<sup>12</sup> S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 719–720.

<sup>13</sup> S. Lelental, *Utwagi*.

<sup>14</sup> E. Bieńkowska, *Mediacja*, s. 14.

<sup>15</sup> T. Szymanowski, *Kodeks karny wykonawczy po nowelizacjach z 2003 r.*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 3, s. 40.



już przed nowelizacją z 2003 roku, wprowadzającą mediację do k.k.w. Podobnie istniały już przepisy art. 72 § 1 pkt 1, 2 k.k., które poprzez art. 159 k.k.w. sąd penitencjarny mógł zastosować wobec warunkowo zwolnionego.

### III. WPŁYW REGULACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO NA MEDIACJĘ W POSTĘPOWANIU WYKONAWCZYM

Należy jednak przyznać, że regulacja mediacji w k.k.w. jest szczątkowa i w zasadzie sprowadza się do jej zasygnalizowania oraz nakazania sądowi penitencjarnemu uwzględnienia ugody zawartej w jej wyniku. Powoduje to konieczność rozważenia możliwości zastosowania regulacji z k.p.k. do mediacji w postępowaniu wykonawczym. Jak wyżej zostało zasygnalizowane, zwolennikiem poglądu o dopuszczalności odpowiedniego stosowania przepisów k.p.k. dotyczących mediacji jest T. Szymanowski<sup>16</sup>. Podobne stanowisko zajmuje E. Bieńkowska<sup>17</sup>. Przeciwny pogląd prezentuje S. Lelental<sup>18</sup>. Artykuł 1 § 2 k.k.w. stanowi, że w postępowaniu wykonawczym w kwestiach nieuregulowanych w tym kodeksie stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k. Odpowiednie stosowanie przepisów k.p.k. oznaczać może trojakiemu rodzaju odniesienie: stosowanie wprost danego przepisu, bez żadnych modyfikacji, stosowanie przepisu z modyfikacją merytoryczną, niestosowanie danego przepisu z uwagi na jego bezprzedmiotowość lub sprzeczność z przepisami, do których miałyby być stosowane odpowiednio<sup>19</sup>. W k.p.k. mediacji poświęcony został art. 23a. Na podstawie § 5 tego artykułu wydane zostało rozporządzenie w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych<sup>20</sup>. Odpowiednie stosowanie, o którym stanowi art. 1 § 2 k.k.w., oznacza odpowiednie stosowanie także przepisów rozporządzeń wydanych na podstawie k.p.k. W tej sytuacji zastosowanie do mediacji w postępowaniu wykonawczym znajdują następujące, odpowiednio zmienione, regulacje art. 23a k.p.k.: skierowanie sprawy do instytucji lub osoby godnej zaufania z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i skazanego, czas trwania postępowania mediacyjnego (nie dłużej niż miesiąc), wyłączenia podmiotowe (art. 23a § 3 k.p.k.), sporządzenie sprawozdania z przebiegu i wyników postępowania mediacyjnego. Również przepisy rozporządzenia wydają się w znacznej części możliwe do odpowiedniego zastosowania do mediacji w postępowaniu wykonawczym. W szczególności przepisy dotyczące: warunków, jakim powinny odpowiadać instytucje i osoby uprawnione do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, sposobu ich powoływania i odwoływania oraz zakresu i warunków udostępniania im akt sprawy. Największe trudności praktyczne wywoływać może natomiast sposób i tryb postępowania mediacyjnego. Pewne rozwiązanie przynosi § 12 rozporządzenia, który stanowi, że jeżeli nie jest możliwe bezpośrednie spotkanie podejrzanego lub oskarżonego (czyli w warunkach postępowania wykonawczego skazanego) z pokrzywdzonym, mediator

<sup>16</sup> T. Szymanowski, *Kodeks*, s. 40.

<sup>17</sup> E. Bieńkowska, *Mediacja*, s. 15.

<sup>18</sup> S. Lelental, *Kodeks*, s. 719.

<sup>19</sup> J. Nowacki, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 3, s. 373–375.

<sup>20</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz.U. z 2003 r. nr 108, poz. 1020).

może prowadzić postępowanie mediacyjne w sposób pośredni, przekazując każdemu z nich informacje, propozycje i zajmowane przez drugą stronę stanowisko co do zawarcia ugody<sup>21</sup>. *De lege ferenda* należy jednak postulować obszerniejsze uregulowanie instytucji mediacji w k.k.w.<sup>22</sup>, najlepiej w osobnej jednostce redakcyjnej, na wzór art. 23a k.p.k. Z uwagi na specyfikę postępowania wykonawczego taki przepis powinien dawać większe kompetencje sądowi penitencjarnemu, zakładać dłuższy niż miesiąc czas trwania postępowania mediacyjnego oraz wymieniać wśród osób, które nie mogą prowadzić postępowania mediacyjnego, osoby zatrudnione w zakładach karnych. Powinien zawierać również delegację ustawową do wydania odrębnego rozporządzenia przez Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w postępowaniu wykonawczym. Nadto mediacja powinna być dla stron wolna od kosztów.

#### IV. GRANICE MEDIACJI W POSTĘPOWANIU WYKONAWCZYM

Stosownie do art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w. sąd penitencjarny, rozstrzygając w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia, uwzględnia ugodę zawartą w wyniku mediacji. Obligatoryjny charakter uwzględnienia przez sąd penitencjarny ugody zawartej w wyniku mediacji w rozstrzygnięciu w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia (co – jak wyżej wskazano – nie musi jednak automatycznie przekładać się na wydanie pozytywnego postanowienia sądu penitencjarnego) skłania do zastanowienia się nad relacją pomiędzy karą orzeczoną w wyroku kończącym postępowanie sądowe a ugodą zawartą w mediacji w postępowaniu wykonawczym. Istnieje niebezpieczeństwo, że mediacja w postępowaniu wykonawczym może skutkować zbyt daleko idącymi uprawnieniami dla pokrzywdzonego, szczególnie w zakresie roszczeń materialnych dotyczących naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem. Powstaje bowiem pytanie, jak daleko może sięgać ugoda zawarta w wyniku mediacji w postępowaniu wykonawczym. Problem ten jest ważny niezależnie od tego, czy sąd orzekł, czy też nie w wyroku o obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Zgodnie z art. 46 k.k. w razie skazania sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Pokrzywdzeni coraz częściej korzystają z tej formy realizacji roszczeń wobec sprawcy. W przypadku gdy wyrok zawiera orzeczenie o obowiązku naprawienia szkody bądź zadośćuczynieniu za krzywdę, po zaopatrzeniu wyroku w klauzulę wykonalności stanie się on tytułem wykonawczym i może zostać skierowany do egzekucji komorniczej<sup>23</sup>. Jednakże ustawodawca, poprzez art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w., dał pokrzywdzonemu możliwość osiągnięcia porozumienia ze skazanym

<sup>21</sup> Przepis § 12 rozporządzenia w chwili obecnej może przecież znaleźć zastosowanie m.in. do sytuacji, w której jedna osoba jest pozbawiona wolności, a toczy się postępowanie karne i zaistniały przesłanki skierowania sprawy do instytucji lub osoby godnej zaufania w celu przeprowadzenia mediacji między pokrzywdzonym i oskarżonym.

<sup>22</sup> Fragmentaryczność regulacji mediacji w k.k.w. krytykuje T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 2, s. 58.

<sup>23</sup> Skutkuje to tym, że zbędne jest wyznaczanie terminu wywiązania się z wykonania obowiązku z art. 46

w trakcie odbywania przez niego orzeczonej kary pozbawienia wolności. Powstaje pytanie, czy ugoda, o której mówi art. 162 § 1 zd. 1 k.k.w., może jednak obejmować odszkodowanie bądź zadośćuczynienie na kwotę wyższą niż zasądzona wyrokiem karnym. Może tego żądać pokrzywdzony w postępowaniu mediacyjnym. Artykuł 415 § 6 k.p.k. stanowi, że jeżeli zasądzone odszkodowanie, obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie pokrywają całej szkody lub nie stanowią pełnego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, pokrzywdzony może dochodzić dodatkowych roszczeń w postępowaniu cywilnym. Przyjmując, że na podstawie art. 1 § 2 k.k.w. do mediacji w postępowaniu wykonawczym odpowiednie zastosowanie znajdzie art. 23a k.p.k., strony mają dużą swobodę ustalania przedmiotu ugody. Ugoda ta podlega jednak kontroli sądu penitencjarnego. Wydaje się, że w postępowaniu wykonawczym dopuszczalna jest tylko taka ugoda, która – wychodząc poza kwotę odszkodowania bądź zadośćuczynienia określoną w wyroku – dotyczy kwoty, której pokrzywdzony mógłby dochodzić w postępowaniu cywilnym na podstawie art. 415 § 6 k.p.k. Z kolei w przypadku, gdy w wyroku sąd nie orzekł o obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynieniu za doznaną krzywdę, strony mogą – w ramach ugody zawartej w mediacji w postępowaniu wykonawczym – określić kwotę odszkodowania lub zadośćuczynienia, przy czym ugoda ta również podlega kontroli sądu penitencjarnego. W szczególności należy mieć na uwadze, by zgoda skazanego, który dąży do opuszczenia zakładu karnego, na roszczenia majątkowe pokrzywdzonego nie była wymuszona.

## V. ZNACZENIE AKTYWNOŚCI POKRZYWDZONEGO W POSTĘPOWANIU MEDIACYJNYM

Osiągnięcie rezultatu postępowania mediacyjnego, w tym ewentualnego porozumienia zawartego pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym w zakresie naprawienia szkody wyrządzonej czynem zabronionym, uzależnione jest od aktywnego uczestnictwa pokrzywdzonego w tym postępowaniu. Należy zauważyć, że pokrzywdzony czynem popełnionym przez skazanego nie został zaliczony do grona dysponentów postępowania wykonawczego – ustawodawca w art. 2 k.k.w. zamieścił zamknięty katalog organów postępowania wykonawczego. Powyższe prowadzi do wniosku, że pokrzywdzony zajmuje pozycję, którą opisowo można określić jako bycie „uczestnikiem postępowania wykonawczego”. Zgodnie z art. 22 § 1 k.k.w. pokrzywdzony („inna osoba”) zostanie zawiadomiony przez sąd penitencjarny o posiedzeniu, którego przedmiotem będzie porozumienie pomiędzy nim a skazanym. Należy jednakże wskazać, że wobec braku uczestnictwa pokrzywdzonego w posiedzeniu sądu, o którym pokrzywdzony jest zawiadamiany (a nie wzywany do stawienia), nie stanowi przeszkody do przeprowadzenia posiedzenia sądu penitencjarnego (art. 22 § 1a k.k.w.). Osiągnięcie porozumienia skazanego z pokrzywdzonym w zakresie naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu będzie zatem niemożliwe z powodu niestawienia pokrzywdzonego na

---

§ 1 k.k. Tak wyrok SA w Katowicach z 21 grudnia 2000 r., sygn. II AKa 338/00, „Prokuratura i Prawo” 2001, z. 10 – wkładka. Egzekucja toczy się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 196 k.k.w.).

posiedzeniu sądu penitencjarnego, w przypadku gdy został on prawidłowo zawiadomiony przez sąd. Pokrzywdzony czynem zabronionym winien zatem przejawiać aktywność w naprawieniu szkody wyrządzonej tym czynem przez skazanego w toku postępowania wykonawczego, prowadząc negocjacje ze skazanym i zawierając z nim ugodę. Uгода skazanego z pokrzywdzonym, zawarta przed sądem penitencjarnym, jest tytułem wykonawczym i może stanowić podstawę prowadzenia postępowania egzekucyjnego z majątku skazanego, zarówno w toku odbywania przez skazanego kary, jak i po opuszczeniu zakładu karnego.

## Summary

*Dariusz Michta, Andrzej Szczepański*

### MEDIATION IN EXECUTIVE PROCEEDINGS

Pursuant to Art. 162 § 1 phrase 1 of the Executive Penal Code, penitentiary court – while settling the case of conditional early release – takes into account an agreement concluded in mediation. It is one of the most controversial regulations of the executive proceeding. In reference books it is stated that the basic aim of the regulation is to provide the injured party sense of safety and to fulfil their expectations in this matter. It is emphasized that mediation can be regarded as a preparation of a prisoner to live in freedom.

KEY WORDS: mediation, penitentiary proceeding, injured party, sentenced person

POJĘCIA KLUCZOWE: mediacja, postępowanie penitencjarne, pokrzywdzony, skazany

## FUNDUSZ POMOCY POKRZYWDZONYM ORAZ POMOCY POSTPENITENCJARNEJ – KILKA SŁÓW KOMENTARZA

Nie ulega wątpliwości, że przestępstwo jest zjawiskiem, które wyrządza krzywdę i szkodę osobom nim dotkniętym. W interesie społecznym leży, aby to sprawca czynu zabronionego naprawił wyrządzone swoim postępowaniem szkody. To na nim w pierwszej kolejności musi spoczywać obowiązek dokonania kompensaty na rzecz ofiary przestępstwa. Niemniej jednak w pewnych sytuacjach, jak choćby wówczas, gdy sprawcy nie ustalono, nie jest możliwe zobowiązanie sprawcy do naprawienia wyrządzonych szkód. W takich przypadkach to państwo jako podmiot odpowiedzialny za bezpieczeństwo obywateli i dbanie o porządek publiczny powinno kompensować ofiarom przestępstw poniesione straty.

Najwcześniejsze europejskie regulacje dotyczące państwowej kompensaty na rzecz ofiar przestępstw pojawiły się w latach 60. XX wieku w systemach typu *common law*. Przyjęte wówczas rozwiązania pozwoliły na utworzenie specjalnych funduszy kompensacyjnych – pierwsze powstały w Zjednoczonym Królestwie w 1964 r.<sup>1</sup> Problematyka kompensowania ofiarom przestępstw doznanych szkód została dostrzeżona także w prawie międzynarodowym. W połowie lat 70. ubiegłego wieku Rada Europy zajęła się opracowywaniem minimalnych standardów w tym zakresie dla wszystkich państw sygnatariuszy. Efektem tych prac było powstanie rezolucji (77)27 o kompensowaniu ofiar przestępstw z 28 września 1977 r.<sup>2</sup> Kolejnym krokiem było przyjęcie Europejskiej konwencji o kompensacji dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy z 24 listopada 1983 r.<sup>3</sup> (dotychczas nieratyfikowana przez Polskę), która ustaliła podstawowe zasady kształtowania mechanizmów kompensacyjnych.

Problemem kompensacji ofiar przestępstw zajęła się także Unia Europejska. W ramowej decyzji z 15 marca 2001 r. o pozycji ofiar w postępowaniu karnym<sup>4</sup> znalazła się definicja podstawowych pojęć, jak „ofiara” czy „organy udzielające wsparcia”, wskazano w niej także potrzebę przyznania ofiarom przestępstw praw, które uczyniłyby je aktywnymi uczestnikami postępowań karnych. Z kolei w dyrektywie dotyczącej kompensaty przysługującej ofiarom przestępstw z 29 kwietnia 2004 r.<sup>5</sup> nałożono na państwa człon-

---

<sup>1</sup> E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata przysługująca ofiarom niektórych przestępstw. Komentarz*, LEX 2011, s. 7.

<sup>2</sup> E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Europejskie standardy kształtowania sytuacji ofiar przestępstw*, Białystok 1997, s. 24.

<sup>3</sup> Tamże, s. 64.

<sup>4</sup> Decyzja ramowa Rady 2001/220/WSiSW z 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, Dz.Urz. UE L 82 z 22 sierpnia 2001 r.

<sup>5</sup> Dyrektywa Rady 2004/80/WE odnosząca się do kompensaty dla ofiar przestępstw, Dz.Urz. UE L 261 z 6 sierpnia 2004 r.

kowskie obowiązek utworzenia państwowych systemów kompensacji, które spełniałyby określone wymagania.

Efektom prac polskiego ustawodawcy w tym zakresie było wejście w życie ustawy z 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw<sup>6</sup>. Należy jednak podkreślić, że już wcześniej problematyka sytuacji ofiar przestępstw i naprawienia doznanych przez nich szkód została dostrzeżona na gruncie polskim. Sąd Najwyższy w wytycznych z 1976 r. w sprawie poprawy położenia ofiar przestępstw w postępowaniu sądowym wskazywał potrzebę przyznania im restytucji oraz informowania i ułatwiania ofiarom uczestnictwa w procesie. W 1985 r. powstał quasi-państwowy Fundusz Pomocy Ofiarom Przestępstw, a w 1999 r. Minister Sprawiedliwości podpisał Kartę Praw Ofiar, stanowiącą zestawienie praw osób dotkniętych przestępstwem<sup>7</sup>. Dowodzi to faktu, że polski ustawodawca dostrzegł trudną sytuację osób dotkniętych przestępstwem i podjął pewne działania, których celem jest udzielenie im wsparcia.

Z dniem 1 stycznia 2012 r. na mocy ustawy z 12 lutego 2010 r.<sup>8</sup> został powołany do życia Fundusz Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej. Tym samym ustawodawca uczynił kolejny krok w celu stworzenia państwowego systemu udzielania pomocy osobom dotkniętym przestępstwem. Wskazana ustawa zmieniła dotychczasowe brzmienie art. 43 Kodeksu karnego wykonawczego<sup>9</sup>, którego § 4 przewidywał tylko wyjątkowo możliwość korzystania ze środków Funduszu Pomocy Postpenitencjarnej w celu udzielenia pomocy osobom pokrzywdzonym przestępstwem i ich rodzinom. Takie rozwiązanie nie respektowało prawa ofiar przestępstw do kompensaty szkody wyrządzonej czynem zabronionym i jako takie wymagało zmian. W tym świetle działania podjęte przez ustawodawcę zasługują na pełną aprobatę. Pozostaje jednak pytanie, czy dokonana nowelizacja jest wolna od wad i czy rozwiązuje wszelkie problemy związane ze świadczeniem pomocy pokrzywdzonym.

Ustawa z 12 lutego 2010 r., obok wspomnianej już zmiany art. 43 Kodeksu karnego wykonawczego, zmodyfikowała także brzmienie art. 47, 49 oraz 67 Kodeksu karnego<sup>10</sup> oraz uchyliła jego art. 49a i 57a. Tym samym zmiany dotknęły mechanizmu orzekania przez sądy środka karnego w postaci nawiązki oraz pewnym przeobrażeniem uległ sposób stosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary oraz warunkowego umorzenia postępowania karnego. Nowe brzmienie art. 47 i 49 Kodeksu karnego określa, że nawiązka oraz świadczenie pieniężne orzekane przy odstąpieniu od wymierzenia kary mogą być zasądzone wyłącznie na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, a nie tak, jak to miało miejsce dotychczas – na rzecz instytucji, stowarzyszeń, fundacji lub organizacji społecznych, których celem statutowym

<sup>6</sup> Ustawa z 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw, Dz.U. z 2005 r. nr 169, poz. 1415 z późn. zm.

<sup>7</sup> Więcej na temat praw ofiar przestępstw i kompensacji na ich rzecz można znaleźć w: B. Hołyst, *Wiktymologia*, Warszawa 2011, s. 1172–1209; E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 78–84; E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Europejskie standardy*, s. 90–93.

<sup>8</sup> Ustawa z 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska, Dz.U. z 2010 r. nr 40, poz. 227 z późn. zm.

<sup>9</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. nr 90, poz. 557 z późn. zm.

<sup>10</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 z późn. zm.



lub podstawowym zadaniem było spełnianie świadczeń na cele bezpośrednio związane z ochroną zdrowia, środowiska oraz udzielaniem pomocy poszkodowanym w wypadkach komunikacyjnych i które obejmowały swoją działalnością terytorium całego kraju, a także wpisanych do wykazu prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości. Za dokonaniem wskazanej modyfikacji według jej pomysłodawców przemawiał fakt, że obowiązujące w poprzednim stanie prawnym „rozwiązania dotyczące dysponowania nawiązkami i świadczeniami pieniężnymi, a więc środkami publicznymi, nie realizowały w pełni zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych, a w szczególności zasady kontroli finansowej”<sup>11</sup>. Przeprowadzane cyklicznie kontrole wykazywały nieprawidłowości w wydatkowaniu tychże środków<sup>12</sup>. Jednocześnie Minister Sprawiedliwości nie posiadał żadnego narzędzia, które umożliwiłoby mu zweryfikowanie wiarygodności i rzetelności podmiotów z nich korzystających<sup>13</sup>.

Uczynienie Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej jedynym beneficjentem orzeczonych nawiązek i świadczeń prawnych oraz zobowiązanie podmiotów ubiegających się o środki z Funduszu, po uprzedniej weryfikacji w drodze konkursowej, do zawarcia z nim umowy szczegółowo określającej m.in. przeznaczenie otrzymywanych środków, a także obowiązek sporządzania i przekazywania dysponentowi Funduszu sprawozdań z ich wykorzystania powinny wyeliminować dotychczas pojawiające się nieprawidłowości i z tego punktu widzenia nowelizacja zasługuje na aprobatę. Na pozytywną ocenę zasługuje także wprowadzenie możliwości ubiegania się o środki z Funduszu także przez podmioty, które nie obejmują swoją działalnością terytorium całego kraju. Uprzednio obowiązujące uregulowanie faworyzowało ogólnokrajowe fundacje, stowarzyszenia, organizacje oraz instytucje, podczas gdy podmioty o ograniczonym obszarze działania mogą równie dobrze świadczyć pomoc pokrzywdzonym przestępstwem, a być może, ze względu na ich lokalny charakter, łatwiej będzie im rozpoznać potrzeby osób dotkniętych tego typu nieszczęściem i tym samym osiągnąć większą skuteczność podejmowanych działań.

Pewne wątpliwości wzbudza jednak sposób wyboru podmiotów, z którymi zawarta zostanie umowa nadająca im legitymację do korzystania ze środków Funduszu<sup>14</sup>. Paragraf 6 znowelizowanego art. 43 Kodeksu karnego wykonawczego wskazuje, że wybór ten nastąpi w trybie otwartego konkursu ofert, niemniej jednak ustawodawca nie precyzuje w ustawie, jak tego rodzaju konkurs miałby wyglądać oraz pod względem jakich kryteriów składane oferty miałyby być oceniane. Sytuację wyjaśnia w pewnej mierze rozporządzenie wykonawcze do ustawy z 12 lutego 2010 r.<sup>15</sup> Treść § 2–6 rozporządzenia określa minimalną zawartość ogłoszenia konkursowego, składanych ofert, kryteria ich oceny, jednak ani ustawa, ani rozporządzenie nie przewidują możliwości zaskarżenia rozstrzygnięcia konkursowego przez podmiot, którego oferta nie została wybrana. Stworzenie takiej możliwości pozwoliłoby kontrolować, czy na etapie wyboru ofert nie dochodzi do nieprawidłowości. Istotnym *novum*, o czym już wspomniano, jest także to, że z podmiotem, którego oferta

<sup>11</sup> Druk sejmowy nr 1854, uzasadnienie projektu ustawy, s. 1.

<sup>12</sup> M. Kruk, *Nowy fundusz – szansa na realną pomoc pokrzywdzonym*, „Wokanda” 2012, nr 1, s. 18.

<sup>13</sup> Druk sejmowy nr 1854, uzasadnienie projektu ustawy, s. 2–3.

<sup>14</sup> E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata*, s. 19–20.

<sup>15</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3 stycznia 2012 r. w sprawie Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, Dz.U. z 2012 r. nr 9, poz. 49.

zostanie wybrana, zawarta zostanie umowa precyzyjnie określająca czas przekazywania środków oraz ich wysokość. Z jednej strony pozwoli to uniknąć sytuacji mającej miejsce w dotychczas obowiązującym stanie prawnym, a polegającej na tym, że podmiot, na rzecz którego zasądzono nawiazkę czy świadczenie pieniężne, nie dysponował informacją o tym, kiedy i w jakiej wysokości zasądzone świadczenia uda się wyegzekwować – co skutecznie mogło blokować podejmowanie wszelkich działań mających na celu pomoc ofiarom przestępstw<sup>16</sup>, a z drugiej strony zawarcie umowy rodzi po stronie korzystającego ze środków Funduszu obowiązek ich wydatkowania w sposób ściśle określony umową oraz obowiązek sprawozdawczy – naruszenie tychże obowiązków będzie skutkowało zobowiązaniem do zwrotu uzyskanego świadczenia.

Zdaniem pomysłodawców zmian kolejnym argumentem przemawiającym za utworzeniem Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej i uczynieniem go jedynym beneficjentem zasądzanych nawiazek oraz świadczeń pieniężnych jest to, że „wiele organizacji, szczególnie mniejszych i będących beneficjentami opiekujących na niewielkie kwoty nawiazek i świadczeń, nie podejmuje żadnych działań w celu ich egzekucji”<sup>17</sup>. Wprowadzane rozwiązanie rzeczywiście w pewnym zakresie może wpłynąć na lepszą ścigalność zasądzanych środków karnych, co z kolei skutkować będzie uzyskaniem większych środków na działalność Funduszu. Niemniej jednak brak jakichkolwiek badań, które pozwoliłyby określić, w jakim stopniu egzekucja tychże środków stanie się efektywniejsza. Reprezentowane przez twórców wprowadzanych zmian stanowisko, że ścigalność zwiększy się co najmniej do poziomu 50%, należy ocenić jako bezpodstawne i bardzo optymistyczne. Niewątpliwie w wielu przypadkach, w których doszło do zasądzenia nawiazek lub świadczeń pieniężnych, w trakcie postępowania egzekucyjnego zastosowanie znajdzie norma art. 824<sup>18</sup> Kodeksu postępowania cywilnego. Organ prowadzący postępowanie będzie zmuszony je umorzyć ze względu na fakt, że z egzekucji nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych. W tym miejscu nie sposób nie zwrócić uwagi także na to, że ustawodawca, stosownie do treści zmienionego art. 43 § 3–5 Kodeksu karnego wykonawczego, nałożył na sąd, który orzeka nawiazkę lub świadczenie pieniężne, wiele obowiązków związanych z ich egzekucją. Sądy mają za zadanie m.in. prowadzić szczegółową ewidencję księgową nawiazek i świadczeń pieniężnych zasądzonych na rzecz Funduszu, wzywać osobę zobowiązaną do uiszczenia nawiazki albo świadczenia pieniężnego do ich uiszczenia w terminie 30 dni oraz występować z wnioskiem do komornika o wszczęcie egzekucji i nadawać z urzędu tytułowi egzekucyjnemu klauzulę wykonalności. W tym świetle powstaje pytanie, czy nowe obowiązki sądów, już przecież niezmiernie obciążonych pracą, nie wpłyną na jeszcze większą przewlekłość postępowań. Taką obawę wyraziły, w trakcie konsultacji społecznych przeprowadzanych na etapie prac legislacyjnych nad wprowadzanymi zmianami, same sądy, wskazując potrzebę zwiększenia obsady etatowej do obsługi nowo powstałego Funduszu. Postulat ten nie został jednak w żadnej mierze uwzględniony w wyniku końcowym prac<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Druk sejmowy nr 1854, uzasadnienie projektu ustawy, s. 5.

<sup>17</sup> Tamże, s. 4.

<sup>18</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 z późn. zm.

<sup>19</sup> Druk sejmowy nr 1854, uzasadnienie projektu ustawy, s. 14.

Środki Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, zgodnie ze zmienionym art. 43 § 8 Kodeksu karnego wykonawczego, mają być przeznaczane m.in. na pomoc osobom pokrzywdzonym przestępstwem oraz członkom ich rodzin, zwłaszcza pomoc medyczną, psychologiczną, rehabilitacyjną, prawną oraz materialną, udzielaną przez jednostki niezaliczane do sektora finansów publicznych i nie działające w celu osiągnięcia zysku, w tym stowarzyszenia, fundacje, organizacje i instytucje, pomoc postpenitencjarną osobom pozbawionym wolności, zwalnianym z zakładów karnych i aresztów śledczych oraz członkom ich rodzin, udzielaną przez zawodowych kuratorów sądowych oraz Służbę Więzienną, działalność podejmowaną lub powierzoną przez dysponenta Funduszu, mającą na celu wsparcie i rozwój systemu pomocy osobom pokrzywdzonym przestępstwem oraz pomocy postpenitencjarnej.

Ustawodawca w art. 43 § 8 pkt 1 Kodeksu karnego wykonawczego posłużył się pojęciem osób pokrzywdzonych przestępstwem, określając krąg osób uprawnionych do korzystania ze środków Funduszu. Pojawia się w tym miejscu pewna niespójność – z jednej strony ustawa posługuje się pojęciem pokrzywdzonego (jak wynika to z samej nazwy Funduszu) zdefiniowanym w art. 49 § 1 Kodeksu postępowania karnego<sup>20</sup>, a z drugiej bliżej nieokreślonym w ustawie zwrotem „osoby pokrzywdzone przestępstwem”. Nie ulega wątpliwości, że zakres znaczeniowy obu pojęć jest różny – osobą pokrzywdzoną przestępstwem może być także osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało tylko pośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Brak konsekwencji terminologicznej ustawodawcy będzie skutkowało problemami interpretacyjnymi przy stosowaniu przepisów ustawy.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że art. 43 § 8 pkt 1 Kodeksu karnego wykonawczego umożliwi korzystanie ze środków Funduszu także członkom rodzin osób pokrzywdzonych przestępstwem. Również w tym miejscu należałoby wymagać od ustawodawcy większej precyzji, ustawa nie daje bowiem żadnych wskazówek co do tego, o jakim stopniu pokrewieństwa i powinowactwa mowa. Brak odniesienia do art. 115 § 11 Kodeksu karnego czy do art. 2 pkt 2 ustawy o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw<sup>21</sup>. Tego typu odwołanie pozwoliłoby naprawić błąd ustawodawcy skutkujący w rzeczywistości tym, że nieokreślony pozostaje krąg podmiotów uprawnionych do korzystania z pomocy gwarantowanej przez ustawę. Innym rozwiązaniem zasygnalizowanego problemu byłoby umieszczenie całej regulacji z art. 43 Kodeksu karnego wykonawczego poświęconej pomocy pokrzywdzonym w ustawie o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw oraz uregulowanie materii związanej z udzielaniem pomocy postpenitencjarnej w przepisach dotyczących Funduszu Aktywizacji Zawodowej Skazanych oraz Rozwoju Przywiąziennych Zakładów Pracy<sup>22</sup>. Wprowadzenie takiego rozwiązania pozwoliłoby uniknąć niebezpieczeństwa w postaci mnożenia państwowych podmiotów wykonujących w istocie bardzo zbliżone zadania i gwarantowałoby powstanie dwóch wyczerpujących

<sup>20</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 z późn. zm.

<sup>21</sup> Ustawa z 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw, Dz.U. z 2005 r. nr 169, poz. 1415 z późn. zm.

<sup>22</sup> E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata*, s. 20.

i wewnątrznie spójnych państwowych systemów – jednego służącego udzielaniu pomocy osobom dotkniętym przestępstwem i drugiego zajmującego się świadczeniem pomocy postpenitencjarnej.

Paragrafy 11 i 14 rozporządzenia wykonawczego do ustawy z 12 lutego 2010 r. doprecyzowują, jaką postać mogą przybrać świadczenia wykonywane ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej. Katalog tychże świadczeń jest bardzo rozbudowany i powstaje w związku z tym pytanie, czy środki Funduszu pozwolą na świadczenie tak szeroko ujętej pomocy. Dotychczasowe doświadczenia związane z udzielaniem pomocy skazanym wskazują, że najczęściej pomoc ta polega na: pokrywaniu kosztów czasowego zakwaterowania lub udzielaniu schronienia w ośrodku dla bezdomnych, organizowaniu i finansowaniu poradnictwa prawnego, promocji zatrudnienia i aktywizacji zawodowej oraz na okresowych dopłatach do bieżących zobowiązań czynszowych za lokal mieszkalny, do którego osoba ubiegająca się o pomoc ma tytuł prawny, a lokal mieszkalny nie jest użytkowany przez inne osoby<sup>23</sup>. W tym świetle skromność środków, którymi dysponuje Fundusz, przemawia za zawężeniem katalogu określonego w § 14 rozporządzenia do tych rodzajów pomocy, które są najczęściej realizowane i pochłaniają najwięcej środków – to one bowiem najlepiej odpowiadają potrzebom skazanych. Jeśli zaś chodzi o pomoc świadczoną pokrzywdzonym, to ze względu na fakt, że dotychczas realizowana ona była na zasadach wyjątkowości, trudno określić, jakiego rodzaju pomoc ze środków Funduszu powinna mieć charakter priorytetowy, niemniej jednak niezbędne będą w tej materii dalsze badania i w zależności od ich wyników odpowiednie modyfikacje katalogu zdefiniowanego w § 11 rozporządzenia.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że analizowana ustawa z 12 lutego 2010 r. wprowadza zmiany do Kodeksu karnego oraz Kodeksu karnego wykonawczego, które zasługują generalnie na pozytywną ocenę. Słusznym rozwiązaniem było odejście przez ustawodawcę od dotychczasowego modelu, zakładającego, że pomoc pokrzywdzonym w ramach Funduszu Pomocy Postpenitencjarnej była udzielana tylko wyjątkowo. Nie zapewniało to odpowiedniej opieki państwa nad osobami dotkniętymi przestępstwem. Wydaje się jednak, że należałoby posunąć się jeszcze o krok dalej i poprzez poszerzenie regulacji zawartej w ustawie o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw stworzyć wyczerpujący system udzielania pomocy i kompensowania ofiarom przestępstw doznanych krzywd. Na aprobatę zasługuje także przewidziane przepisami ustawy oraz rozporządzenia rozdzielanie środków Funduszu, z których ma być realizowana pomoc pokrzywdzonym i pomoc postpenitencjarna. Dzięki temu świadczenia na rzecz ofiar przestępstw nie będą wykonywane kosztem pomocy udzielanej skazanym. Nowy mechanizm orzekania nawiązek i świadczeń pieniężnych będących głównym źródłem finansowania działalności Funduszu, nowe zasady przyznawania środków z Funduszu oraz mechanizmy kontrolne powinny zapewnić większą przejrzystość całego procesu świadczenia pomocy i pozwolić uniknąć dotychczasowych nieprawidłowości, a także ułatwić podmiotom świadczącym bezpośrednią pomoc lepsze planowanie własnej działalności.

<sup>23</sup> S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, komentarz do art. 43 Kodeksu karnego wykonawczego.

Ustawodawca nie uniknął jednak pewnych błędów. Poważne obawy budzi nałożenie na sądy kolejnych obowiązków związanych z egzekucją zasądzonych nawiązek oraz świadczeń pieniężnych, a także zbyt szeroki katalog form pomocy, który może skutkować nadmiernym rozdrobnieniem, niewielkich w stosunku do potrzeb, środków Funduszu. Negatywnie należy ocenić także zmianę art. 49 Kodeksu karnego, polegającą na przyznaniu sądom możliwości zasądzenia świadczenia pieniężnego w wysokości 60 000 zł (a nie jak dotychczas 2000 zł) na rzecz Funduszu przy jednoczesnym odstąpieniu od wymierzenia kary. Należy zauważyć, że tak wysokie świadczenie jest w istocie karą o znacznym stopniu dolegliwości, a zmiana zaprzepaszcza cel i istotę normy art. 49 Kodeksu karnego<sup>24</sup>. Ustawodawca posłużył się także nieostryimi pojęciami, definiując krąg osób uprawnionych do korzystania z pomocy, co może negatywnie wpłynąć na stosowanie ustawy. Niemniej jednak zmiany, które weszły w życie 3 stycznia 2012 r., niewątpliwie stanowią krok w pożądanym kierunku, który powinien poprawić sytuację ofiar przestępstw. W tej sytuacji tym bardziej frapujące jest to, dlaczego ustawodawca nie zdecydował się dotychczas na ratyfikowanie wspomnianej na wstępie Europejskiej konwencji o kompensacji dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy z 1983 r. Z jednej strony ustawodawca małymi krokami zmierza do stworzenia efektywnego systemu pomocy ofiarom przestępstw, a z drugiej unika wprowadzenia do porządku prawnego norm międzynarodowych poświęconych tej samej tematyce. Ratyfikowanie wskazanej Konwencji byłoby wyraźnym sygnałem dla europejskiej społeczności, że Polska jest nowoczesnym państwem szanującym prawa człowieka, a więc także prawa ofiar przestępstw.

<sup>24</sup> M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, t. II, Warszawa 2011, komentarz do art. 49 Kodeksu karnego.

## Summary

*Mikołaj Drozdowski*

VICTIMS OF CRIME ASSISTANCE AND POST-PENITENTIARY ASSISTANCE FUND – A FEW WORDS OF COMMENT

The main aim of that article is to show how the Polish legislator changed crime victim compensation and post-penitentiary assistance by the legal act which entered into force on the 1st of January 2012. Author tries to indicate advantages and disadvantages of that modifications. General conclusion is that creation of Victims of Crime Assistance and Post-Penitentiary Assistance Fund probably will be very helpful in supporting both the aggrieved party and the ex-convicts nevertheless it won't solve all the problems related to this matter.

KEY WORDS: crime victim compensation, post-penitentiary assistance, the aggrieved party

POJĘCIA KLUCZOWE: kompensacja dla ofiar przestępstw, pomoc postpenitencjarna, porrzywdzony

## WYKŁADNIA ZNAMIENTA „WŁAMANIE” NA GRUNCIE ART. 279 § 1 KODEKSU KARNEGO

Kradzież z włamaniem jako kwalifikowany typ kradzieży zwykłej w obecnym brzmieniu obowiązuje na mocy ustawy – Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. (dalej: k.k.)<sup>1</sup> i stanowi odpowiednik przestępstwa kradzieży z włamaniem zdefiniowanego w art. 208 k.k. z 1969 r.<sup>2</sup> Ten kwalifikowany typ kradzieży nie występował w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, który zasady odpowiedzialności za kradzież ujmował jedynie w zasadniczym typie<sup>3</sup>. Kradzież z włamaniem przewidywały natomiast wszystkie wydawane w pierwszym okresie funkcjonowania PRL akty prawne<sup>4</sup>. Można zatem powiedzieć, że kradzież z włamaniem będzie obchodzić w tym roku swoje 60-lecie. Wydawać by się mogło, że tak długi okres obowiązywania tej regulacji, liczne opracowania dogmatyczne oraz często zajmowane stanowisko orzecznictwa odnośnie do tej instytucji powinny powodować bezprzedmiotowość niniejszego opracowania. Wbrew pojawiającym się opiniom o znacznym ograniczeniu sporów interpretacyjnych<sup>5</sup> niektóre zagadnienia dotyczące wykładni tego terminu nie tylko wciąż istnieją, ale co więcej – upływający czas i związany z tym rozwój technik dokonywania kradzieży z włamaniem powodują konieczność interpretacji tego pojęcia na nowo<sup>6</sup>, a ich niewyeliminowanie może budzić wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnej zasady *nullum crimen, nullum poena sine lege certa* (czyli dostatecznej określoności czynu zabronionego) w aspekcie zarówno zewnętrznym (pozwalającym odróżnić

<sup>1</sup> Art. 279 § 1 k.k. w obecnie obowiązującym brzmieniu stanowi: „Kto kradnie z włamaniem, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

<sup>2</sup> Art. 208 k.k. z 1969 r. stanowił: „Kto kradnie w sposób szczególnie zuchwały lub z włamaniem, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

<sup>3</sup> Zob. art. 257 § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 r.

<sup>4</sup> Odpowiedniki kradzieży z włamaniem zawarte były w art. 1 § 3 lit. c dekretu z 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej, który stanowił: „Kto zagarnia mienie społeczne (...) dokonując kradzieży z włamaniem podlega karze więzienia od lat 2 do lat 10” oraz w art. 2 § 2 lit. b ustawy z dnia 18 czerwca 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko własności społecznej, o następującym brzmieniu: „Tej samej karze [więzienia od lat 2 do lat 10 i karze grzywny – przyp. autora] podlega, kto zagarnia mienie społeczne (...) dokonując kradzieży z włamaniem”.

<sup>5</sup> Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. III, Kraków 2006, s. 81; D. Pleńska, O. Górniok, *O przestępstwach w szczególności*, (w:) *System prawa karnego*, t. IV, cz. II, Ossolineum 1989, s. 438; P. Nasuszny, *Treść i zakres pojęcia włamania jako okoliczności kwalifikującej przestępstwo kradzieży podstawowej w ujęciu doktryny i orzecznictwa sądowego*, (w:) L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XIII, Wrocław 2003, s. 134.

<sup>6</sup> Zob. postanowienia SN: z 29 października 2012 r., sygn. akt I KXP 11/12, LEX nr 1225128 oraz z 24 czerwca 2010 r., sygn. akt V KK 388/09, OSNKW 2010, z. 9, poz. 82; wyrok SN z 9 września 2004 r., sygn. akt V KK 144/04, R-OSNKW 2004, poz. 1533; postanowienie SA w Katowicach z 27 lipca 2011 r., sygn. akt II AKz 477/11, LEX nr 1102931; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 88, teza 19 do art. 279 k.k.; A. Marek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 594, teza 4 do art. 279 k.k.; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 548, teza 3 do art. 279 k.k.



zachowania karalne od niekaralnych), jak i w aspekcie wewnętrznym (pozwalającym ustalić wzajemne relacje między czynami zabronionymi pod groźbą kary, w tym przypadku między kwalifikowanym typem kradzieży a jej typem zasadniczym). Wykładnia ta musi także uwzględniać zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, zgodnie z którą w prawie karnym zabronione jest stosowanie analogii (*legis* lub *iuris*), mającej na celu poszerzenie zakresu kryminalizacji lub penalizacji, jak również dokonywanie wykładni rozszerzającej przepisu karnego na niekorzyść sprawcy.

W opinii glosatorów<sup>7</sup> i orzecznictwa<sup>8</sup> dominuje pogląd, że pojęcie „włamanie” jest terminem języka prawnego albo prawniczego<sup>9</sup>, a nie języka potocznego czy też słow-

<sup>7</sup> M. Szerer, *O kradzieży z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1956, nr 4, s. 48–50, który stwierdza: „Nie w słowniku więc należy szukać treści prawnej pojęcia włamania się (...) Niech nas nie wstrzymują względy semantyczne. Interpretując przepis karny nie uprawiamy językoznawstwa. Nie chodzi więc o słownikowe znaczenie włamywania się, jako takiego, ale chodzi o pojęcie prawne «kradzieży z włamaniem» (...) Ale w tym właśnie rzecz, by wyjść z koła ścisłej semantyki, która tam, gdzie chodzi o definicję nowego (stosunkowo) pojęcia prawnego, nie może mieć rozstrzygającego znaczenia. Decyduje взгляд na «ochronę (...) ustanowionego przez władzę ludową porządku prawnego przed przestępstwami» (...)”. Bardziej umiarkowane stanowisko prezentuje Z. Bożyczko, (w:) Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny i orzecznictwa sądów polskich*, „Nowe Prawo” 1967, nr 7–8, s. 902: „Oczywiście, Szerer ma rację, że znaczenie słownikowe «nie może mieć rozstrzygającego znaczenia», lecz niepotrzebnie odrzuca potrzebę konfrontacji z semantyką, przy interpretacji przepisów prawa karnego”; W. Gutekunst, *Zagarnięcie mienia społecznego*, Warszawa 1956, s. 185: „w potocznym rozumieniu termin włamanie określa się jako działanie połączone z uszkodzeniem, a nawet zniszczeniem (...) elementom konstrukcji, wewnątrz której znajduje się mienie. Takiego ujęcia nie można jednak przenieść na płaszczyznę rozważań prawnokarnych”; J. Bafia, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 237, pkt 47: „Pojęcie włamania znane prawu karnemu różni się od pojęcia włamania używanego w języku potocznym i dlatego znaczenia tego pojęcia nie można utożsamiać ze znaczeniem objaśnionym w słownikach języka polskiego. Jest to pojęcie prawne (...)”; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 633; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 279; P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, Kraków 2002, s. 47; A. Marek, T. Oczkowski, (w:) *System prawa karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, s. 88; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 86; B. Michalski, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, Warszawa 2006, s. 843; T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 589; Odmienne: L. Hochberg, *Rzecz o włamaniu*, „Nowe Prawo” 1956, nr 9, s. 77: „Jak wyłożył wyraz «włamanie»? Od semantyki nie uciekniemy, gdyż żadne pojęcie prawne nie da się wyprowadzić z wyrazów, których semantycznego znaczenia nie rozumiemy”; J. Terpiłowski, *Art. 1 § 3 pkt c dekretu o wzmoczeniu ochrony własności społecznej a drobne kradzieże z włamaniem*, „Nowe Prawo”, nr 9, s. 101: „czy nie wskazane byłoby zbliżyć nieco pojęcie «włamania» do jego znaczenia leksykalnego, przepisy prawne bowiem pisane są dla ludu, a nie dla uczonych-prawników”; W. Gutekunst, *Kradzież szczególnie zuchwała, a kradzież z włamaniem z art. 208 k.k.*, „Przeгляд Prawa i Administracji” 1979, t. V, s. 45–46: „(...) na kradzież z włamaniem stanowiącą alternatywę art. 208 k.k. trzeba patrzeć jako na czyn, do którego znamion przedmiotowych należy destrukcja, niszczenie zapór lub zamknięć zabezpieczających faktycznie mienie”. Jasnego stanowiska w tym względzie nie zajmuje J. Wróblewski, (w:) J. Wróblewski, *Kradzież z włamaniem. Z zagadnień rozumienia tekstów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1966, z. 2, s. 247–248.

<sup>8</sup> Wyrok z 27 stycznia 1958 r., sygn. akt I K 483/57, LEX nr 178673: „Pojęcie «włamania», użyte w art. 1 § 3, lit. c dekretu marcowego w związku z dokonaniem kradzieży, nie jest określeniem języka potocznego i nie można jego znaczenia mierzyć słownikowo. Jest to pojęcie prawne (...)”; postanowienie SN z 6 grudnia 2006 r., sygn. akt III KK 358/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 17: „Określenie «włamanie» jest pojęciem prawnym, którego treść jest ustalana autonomicznie w obrębie prawa karnego, zgodnie z przyjmowanymi regułami wykładni i może odbiegać od jego potocznego rozumienia”.

<sup>9</sup> Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, Warszawa 1970, s. 19.

nikowego. Jako uzasadnienie wyższej karalności tego typu kradzieży najczęściej podaje się zwiększenie braku poszanowania dla cudzej własności<sup>10</sup>, sposób działania sprawcy<sup>11</sup> polegający na większym nasileniu złej woli, większej zuchwałości niż u zwykłego złodzieja kradnącego cudze mienie w celu przywłaszczenia<sup>12</sup>, a także naruszanie systemu bezpieczeństwa mienia, który polegał na umieszczeniu owego mienia w odpowiednim pomieszczeniu lub schowku wyposażonym w funkcjonujące zamknięcie w celu ochrony przed kradzieżą<sup>13</sup>. Konsekwencją zajętą stanowiska w przedmiocie językowej (wąskiej) bądź też „prawniczej” (szerokiej) wykładni pojęcia „włamanie” były różne teorie dotyczące jego rozumienia. Początkowo w orzecznictwie SN, a także wypowiedziach części doktryny<sup>14</sup>, dominowała teoria niebezpieczeństwa (zwana też teorią siły fizycznej), odwołująca się do wykładni słownikowej (semantycznej) tego terminu<sup>15</sup>. Negatywny stosunek części doktryny<sup>16</sup> do zagadnienia siły fizycznej jako elementu kradzieży z włamaniem spowodował ewolucję w orzecznictwie SN w kierunku interpretacji rozszerzającej pojęcie „włamanie”, tzw. teorii zabezpieczenia<sup>17</sup>, i jeszcze więk-

<sup>10</sup> L. Hochberg, *Rzecz*, s. 73; Tagancew uzasadniał surowszą karalność za kradzież z włamaniem następująco: „Człowiek, który w wykonaniu swego przestępnego zamiaru nie zostaje powstrzymany przez trudności piętrzące się przed nim na drodze do jego wykonania, człowiek, który pokonywa wszelkie przeszkody na tej drodze, psując mocne zamki oraz przeszkody tamujące mu dostęp do cudzego mienia, ujawnia w ten sposób takie zuchwalstwo i taką przestępczość, że zwykle środki represji karnej są o wiele za łagodne do walki z takimi gwałcicielami prawa własności. Przestępca taki jest o wiele niebezpieczniejszy od zwykłego złodzieja, który bierze tylko to co mu wpadnie do rąk”, (w:) N. Tagancew, *Kodeks karny*, Warszawa 1923, s. 903.

<sup>11</sup> A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 391.

<sup>12</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny*, s. 634, teza 12; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny*, s. 278, teza 19; M. Bereźnicki, *Uwagi na temat kradzieży z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1967, nr 6, s. 771; D. Pleńska, *Glosa do uchwały SN z 3.12.1966.*, VI KZP 42/66, OSPiKA 1968, nr 2, s. 83. Zgodnie z przytoczoną przez autorkę subiektywną teorią niebezpieczeństwa kradzieży z włamaniem „zasługuje na surowszą w stosunku do zwykłej kradzieży represję, gdyż włamywacz jest od zwykłego złodzieja bardziej niebezpieczny, zuchwały, w drodze do przedmiotu kradzieży gotów na wszystko, także na atak na człowieka”; wyrok SN z 25 czerwca 1957 r., sygn. akt IV K 367/57, OSNPG 1958, nr 1, poz. 56; B. Michalski, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, s. 844, teza 8. Zob. także orzecznictwo austriackiego SN, które wskazywało „rację surowszego karania kradzieży rzeczy zamkniętych w tym, że złodziej mając do czynienia z kradzieżą, więcej czasu i trudu wymagają, nie daje się tym odstraszyć, a więc zdradza większą zuchwałość i skłonność do kradzieży”, L. Hochberg, *Rzecz*, s. 76.

<sup>13</sup> Wyrok SN z 3 lutego 1999 r., sygn. akt V KKN 566/98, „Prokuratura i Prawo”, z. 7–8, poz. 7; wyrok SN z 6 listopada 2003 r., II KK 5/03, OSN 2003, poz. 2360, s. 837.

<sup>14</sup> W. Gutekunst, *O położeniu przedmiotu wykonawczego kradzieży z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1956, nr 11–12, s. 56; tenże, *Glosa do wyroku SN z dnia 25 czerwca 1957 r.*, IV K 367/57, OSPiKA 1959, nr 1, s. 41–42.

<sup>15</sup> Zob. wyrok SN z 27 kwietnia 1955 r., sygn. akt II K 227/55, OSN 1955, z. IV, poz. 41: „Pod pojęciem «włamania» (...) należy rozumieć wdarcie się do pomieszczenia przez usunięcie przeszkody materialnej i przy użyciu siły fizycznej, w celu popełnienia kradzieży”; wyrok SN z 23 grudnia 1954 r., sygn. akt S 861/54, WPP 1954, nr 4: „(...) włamanie się, tj. przełamanie przeszkody bądź to siłą, np. wyłamywanie zamka, wybite szyby, bądź to przez jakiegokolwiek inne fizyczne oddziaływanie na przedmiotową przeszkodę przeważnie połączone z jej uszkodzeniem”.

<sup>16</sup> M. Szerer, *O kradzieży*, s. 49; L. Hochberg, *Rzecz*, s. 77–79.

<sup>17</sup> Wyrok SN z 25 czerwca 1957 r., sygn. akt IV K 367/57, OSNPG 1958, nr 1, poz. 56: „Nie ulega wątpliwości, że zabezpieczony, przez przewidziane przepisami zamknięcie, wagon kolejowy, jest zamkniętym pomieszczeniem niedostępnym dla osób do tego nieupoważnionych, a zdjęcie zagradzających ten dostęp plomb (czy drutowania) jest usunięciem materialnej przeszkody przy użyciu siły fizycznej”; wyrok SN z 21 grudnia 1956 r., sygn. akt II KK 622/56, niepubl.; wyrok SN z 27 stycznia 1958 r., sygn. akt I K 483/57, OSNPG 1958, nr 8, poz. 15: „Błędne jest wobec tego przypuszczenie, że do «włamania» potrzeba użycia znacznego wysiłku fizycznego. Wystarczy usunięcie czegokolwiek, co tworzy odgródzenie pomieszczenia od świata zewnętrznego i jeśli przez to usunię-

szej jej aprobaty ze strony komentatorów<sup>18</sup>, chociaż wciąż pojawiały się głosy negujące szerokie rozumienie „włamania”<sup>19</sup>. Z jednej strony teoria niebezpieczeństwa wychodzi

cie rzeczy odgradzone stały się bezpośrednio dostępnymi. Czy to będzie odgradzenie słabe (np. szyba okienna) lub nawet tylko papier na opieczetowanych drzwiach – jest obojętne; ważny jest bowiem jedynie fakt, że wyrażnie zaznaczono, iż wstęp bez zezwolenia dysponenta pomieszczenia jest zabroniony”; wyrok SN z 25 czerwca 1957 r., sygn. akt IV K 376/57, niepubl.; wyrok SN z 24 marca 1958 r., sygn. akt II K 697/57, OSNPG 1958, nr 12, s. 36; wyrok Izby Karnej SN z 18 grudnia 1961 r., sygn. akt III K 837/61 oraz wyrok Izby Wojskowej z 15 czerwca 1963 r., sygn. akt Rw 627/63; uchwała SN z 3 grudnia 1966 r., sygn. akt IV KZP 42/66, OSPiKA 1968, poz. 35, s. 81: „(...) usunięcie przeszkody materialnej lub przez fizyczne na nią oddziaływanie, które jednak nie musi polegać na jej uszkodzeniu, gdyż kwestia technicznego sposobu działania nie zmienia samej istoty włamania. Usunięcie przeszkody nie musi być połączone z użyciem znacznego wysiłku fizycznego. Wystarczy bowiem usunięcie tego, co zamyka pomieszczenie, jeśli przez to usunięcie rzeczy stały się bezpośrednio dostępne. Jakie to będzie zamknięcie, w szczególności czy będzie ono słabe (np. szyba okienna lub nawet tylko papier na opieczetowanych drzwiach) – jest rzeczą obojętną. Ważny jest tylko fakt, że przez ustanowienie zabezpieczenia wyraźnie zaznaczono, iż wstęp do pomieszczenia bez zezwolenia dysponenta tymże zabezpieczeniem jest zabroniony”; wyrok SN z 22 sierpnia 1968 r., sygn. akt V KRZ 359/68, OSNKW 1969, nr 2, poz. 23; wyrok SN z 18 lutego 1972 r., sygn. akt VI KZP 74/71, OSNKW 1978, nr 5; wyrok SN z 15 sierpnia 1974 r., sygn. akt Rw 384/74, Biuletyn SN 1974, nr 4: „Włamanie w rozumieniu art. 208 k.k. jest pojęciem prawnym, oznaczającym usunięcie (pokonanie) przy użyciu siły fizycznej przeszkody materialnej wskazującej na to, że dostęp do pomieszczenia (urządzenia), w którym znajduje się mienie, jest zabroniony. Istotą włamania w ujęciu przepisu art. 208 k.k. jest więc wdarcie (przedostanie się) do pomieszczenia, do którego swobodny dostęp jest ograniczony (chroniony) celowo stworzoną przeszkodą materialną”. Zob. również wyroki SN: z 9 listopada 1971 r., sygn. akt V KRZ 406/71, OSNKW 1972, nr 3, poz. 51; z 9 grudnia 1976 r., sygn. akt II KR 322/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 22; uchwała Izby Karnej SN z 25 czerwca 1980 r., sygn. akt VII KZP 48/78, OSNKW 1980, nr 8, poz. 65; wyrok SN z 15 sierpnia 1985 r., sygn. akt I KR 212/85, OSNKW 1986, nr 11–12, poz. 97: „Rodzaj zabezpieczenia przed wtargnięciem osób niepowołanych do pomieszczeń, w których znajduje się cudze mienie, oraz skuteczność tego zabezpieczenia, a w szczególności możliwość łatwego jego pokonania bez użycia narzędzi i znacznej siły, nie stanowią przeszkody do przyjęcia kwalifikacji z art. 208 k.k., jeżeli tylko z charakteru zabezpieczenia bez wątpliwości wynika zamiar właściciela czy użytkownika pomieszczenia niedopuszczenia do niego takich osób”; wyrok SA w Białymstoku z 8 października 2002 r., sygn. akt VIII Aka 505/02, „Prokuratura i Prawo” 2004, z. 10, poz. 21; wyrok SA w Łodzi z 28 marca 2001 r., sygn. akt II Aka 31/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, z. 9, poz. 24.

<sup>18</sup> H. Rajzman, *Przegląd orzecznictwa SN*, „Nowe Prawo” 1967, nr 11, s. 1484; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny*, s. 634, teza 13; I. Andrejew, *Kodeks karny – krótki komentarz*, Warszawa 1978, s. 168; tenże, *Kodeks karny – krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 185, teza 8; W. Gutekunst, *Zagarnięcie mienia*, s. 185; E. Wojnar, *Uwagi na tle przestępstwa kradzieży z włamaniem (art. 2 § 2 lit. b ustawy z 18.6.1959 r.)*, „Nowe Prawo” 1966, nr 7–8, s. 877; Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny*, s. 912; tenże, *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, s. 23; O. Górniok, D. Pleńska, *O przestępstwach*, s. 438; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny*, s. 279, teza 21; A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 527; P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa*, s. 45; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 512; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 86, teza 13, 18–20 oraz 33; M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1023, teza 3; B. Michalski, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, s. 848, teza 19 i 25.

<sup>19</sup> Zob. opozycyjne stanowisko Z. Cwiąkalskiego i A. Zolla w stosunku do wyroku SN z 15 sierpnia 1985 r., sygn. akt I KR 212/85, OSNKW 1986, nr 11–12, poz. 97, (w:) *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Nowe Prawo” 1987, nr 11–12, s. 103, gdzie wskazano: „Wydaje się, iż teza jest sformułowana zbyt ogólnie i może obejmować przypadki, które nie mieszczą się w zakresie pojęcia kradzieży z włamaniem (np. samo otwarcie drzwi z napisem «obcym wstęp wzbroniony»). Wyrażony tu pogląd Sądu Najwyższego może prowadzić do zatarcia różnicy między «włamaniem się», a «wdzieraniem» (art. 171 k.k.). Ten ostatni wyraża właśnie przede wszystkim przełamanie woli osoby uprawnionej. Włamanie musi się łączyć zawsze z pokonaniem przeszkody za pomocą środków fizycznych. Zabezpieczenie fizyczne mienia, a nie przeciwna wola osoby uprawnionej ma więc stanowić przeszkodę w swobodnym zawładnięciu mieniem”. Por. T. Bojarski, *Pojęcie „wdarcia się” i „niedopuszczenia” przy przestępstwie naruszenia miru domowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”

ze słusznego założenia dotyczącego prymatu wykładni językowej, z drugiej jednak strony odwoływanie się do kryterium użycia siły fizycznej jako warunku *sine qua non* włamania powodowałoby niczym nieuzasadnione premiowanie sprawców działających w sposób bardziej wyrafinowany i wysublimowany. Słusznie wskazuje się, że w zasadzie to, czy sprawca dokonuje włamania za pomocą łomu, powodując przy tej okazji nieraz znaczne zniszczenia, czy też zaledwie otwiera zamek podarowanym tudzież dorobionym<sup>20</sup> kluczem wbrew woli właściciela, wymaga w obu przypadkach użycia jakiejś siły fizycznej; w drugim przypadku nieporównywalnie mniejszej, ale jednak jej użycia<sup>21</sup>. Kryterium to nie stanowi więc żadnego charakterystycznego wyróżnika dla kradzieży z włamaniem. Druga z kolei koncepcja, teoria zabezpieczenia, w swojej skrajnej formie pozwala na kwalifikowanie jako włamania nie tylko wdarcia się do pomieszczeń jedynie oplombowanych, opieczętowanych, ale także sytuacji, w której sprawca widziałby właściciela próbującego bezskutecznie (np. z powodu awarii zamka) zamknąć swój pojazd, a następnie ukradłby pozostawiony otwarty samochód. Wszak w podanym przykładzie właściciel zmanifestował wolę zabezpieczenia rzeczy przed innymi osobami<sup>22</sup>. W zasadzie poza nielicznymi przypadkami, gdy właściciel samoistnie pozbywa się rzeczy, trudno znaleźć przypadki, w których właściciel chociażby konkludentnie nie manifestowałby, że dany przedmiot należy do niego<sup>23</sup>.

1971, nr 4, s. 43 i n.; zob. także W. Gutekunst, *Kradzież szczególnie zuchwała*, s. 45–46; M. Berezniński, *Uwagi*, s. 771; D. Pleńska, *Glosa do uchwały SN*, s. 83; T. Dukiet-Nagórska, *Kradzież z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1981, nr 10–12, s. 79; A. Marek, E. Pływaczewski, *Kradzież z włamaniem – wykładnia pojęcia i zagadnienia polityki karnej*, (w:) *Materiały IV Wrocławskiego Symposium Kryminologicznego*, Wrocław 1993, s. 8 i n.; postanowienie Izby Wojskowej SN z 15 października 1963 r., sygn. akt Rw 1123/63, BIBOSN 1964, nr 1, poz. 12.

<sup>20</sup> Tak art. 381 ust. 4 francuskiego *Code pénal* z 1810 r., który w kazuistycznym wyliczeniu kradzieży z włamaniem wskazał tę dokonaną za pomocą podrobionych kluczy. Podobnie recypowany z Francji art. 1151 rosyjskiego kodeksu kar głównych i poprawczych z 1847 r. oraz § 243 pkt 3 kodeksu karnego Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., który przewidywał surowszą karalność także „jeżeli kradzieży dokonano w ten sposób, że celem otwarcia budynku lub wejść do zagrożonego miejsca albo celem otwarcia znajdujących się wewnątrz drzwi lub schowań użyto dobranych kluczy lub innych narzędzi, do zwykłego otwierania nie przeznaczonych”. Zob. L. Hochberg, *Rzecz*, s. 73–80, który także sam stwierdza: „W praktyce dostanie się do pomieszczenia lub schowku w celu dokonania kradzieży – za pomocą wytrychu, dorobionego lub podrobionego klucza – uważane jest za dokonanie kradzieży z włamaniem. Jak widzieliśmy wyżej, niektóre ustawodawstwa nie pozostawiają tej kwestii orzecznictwu, a wyraźnie o tym stanowią. W istocie rzeczy, mamy tu do czynienia z pewnym oddziaływaniem fizycznym (inaczej niż przy otwieraniu zamku prawdziwym kluczem), lecz nie mamy ani uszkodzenia, ani zniszczenia przeszkody. Niemniej wypadałoby uznać praktykę stosowaną co do tego za gadnienia za słuszną; sprawca jednak pokonywa przeszkodę specjalnie ustanowioną do tego, aby nie mógł dostać się do wnętrza”; wyrok SN z 25 czerwca 1957 r., sygn. akt IV K367/57, OSPiKA 1959, nr 1, poz. 13 z głosem W. Gutekusta; postanowienie Izby Wojskowej SN z 6 grudnia 1962 r., sygn. akt V K 659/62, w którym stwierdzono: „Otwarcie zamka nawet przy użyciu właściwego klucza, lecz przez osobę nieuprawnioną i wbrew woli dysponującego danym mieniem społecznym – stanowi włamanie, jeżeli owo otwarcie dokonane zostało w celu zagarnięcia mienia znajdującego się pod zamknięciem”.

<sup>21</sup> Zob. M. Szerer, *O kradzieży*, s. 48, który wskazał: „Oczywiście, do tego nawet, by coś zdmuchnąć, potrzebny jest jakiś wysiłek jakichś mięśni – nie robi się tego samym wpływem duchowym, nie stanie się to też na magiczne zaklęcie «Sezanie, otwórz się». Ale (rozumując obrońcy tezy siły fizycznej) nie można przecież byle jakiego wysiłku awansować do godności użycia siły fizycznej, rozstrzygającego o wysokiej kwalifikacji karnej”.

<sup>22</sup> Tak SN w postanowieniu z 29 października 2012 r., sygn. akt I KZP 11/12, OSNKW 2012, nr 12, poz. 124.

<sup>23</sup> Uzależnianie kwalifikacji kradzieży z włamaniem jedynie od wyrażenia woli przez właściciela rzeczy mogłoby nasuwać przypuszczenie, że są właściciele, którzy życzą sobie, by ktoś niepowołany wszedł do ich pomieszczenia i dokonał kradzieży. Jeżeli zaś nikt rozumny takiego przypuszczenia nie wyrazi, to w takim

Istotniejsza z punktu widzenia rozważanego zagadnienia jest odpowiedź na pytanie, do czego właściwie można się włamać<sup>24</sup>. Doktryna, a za nią orzecznictwo, dość szybko sformułowała takie kryteria. Z. Bożyczko, charakteryzując czyn w postaci włamania, wskazał, że jego cechą konstytutywną stanowi zamknięcie dostępu do mienia (innymi słowy, mienie musi znajdować się w pomieszczeniu zamkniętym). Autor dokonał podziału pomieszczeń zamkniętych na pomieszczenia zamknięte zasadnicze (budynki, budowle, lokale), pomieszczenia zamknięte specjalne (skarbcce, skrytki i schowki – budowane lub wytwarzane wyłącznie w celu przechowywania i zabezpieczenia mienia)<sup>25</sup>. Do drugiej grupy zaliczył także środki transportu, takie jak: wagony towarowe, samochody-chłodnie, samochody-warsztaty lub inne środki lokomocji, służące do transportu ludzi lub mienia, a stanowiące pomieszczenia konstrukcyjnie zamknięte oraz oznakowane, np. plombą, zamknięte na zamki. Jako ostatnią grupę wyróżnił inne pomieszczenia zamknięte, tj. wszelkiego rodzaju przedmioty wykonane z drewna, metalu lub mas plastycznych, a niezbędne jako zbiorniki (np. bańki na mleko, butle do przechowywania materiałów lotnych, kanistry); podobnie wszelkiego rodzaju opakowania, w jakich przechowuje się mienie do obrotu towarowego, transportu itp., np. beczki, pudełka, opakowania przesyłek pocztowych<sup>26</sup>. Jeśli chodzi o trzecią grupę pomieszczeń, to autor ten zastrzegł, że nie stanowią one pomieszczeń zamkniętych w rozumieniu prawa karnego. Dlatego też otwarcie takich pomieszczeń i zabranie mienia znajdującego się w ich wnętrzu nie stanowi kradzieży z włamaniem, lecz jedynie kradzież zwykłą. Autor ten dodał jednak, że aby przedmioty te mogły stać się obiektem włamania, powinny zostać co najmniej oplombowane, po to, by została wyrażona wyraźnie wola właściciela zabezpieczenia mienia znajdującego się wewnątrz tego pomieszczenia<sup>27</sup>. Przedmiot odrębnie-

---

razie czy każda kradzież, jako dokonana wbrew woli gospodarza, aby sprawca dostał się do pomieszczenia, jest kradzieżą z włamaniem? Rozumowanie to prowadziłoby zbyt daleko, L. Hochberg, *Rzecz*, s. 78, przypis 7.

<sup>24</sup> Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny*, s. 913.

<sup>25</sup> W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 59 definiuje schowki jako „oddzielne konstrukcje budowlane, przeznaczone tylko do przechowywania mienia (np. kasy pancerne, kasetki, kufty, skrzynie). Schowki różnią się od poprzednio omawianych konstrukcji szczególnym charakterem budowy. Całość ich konstrukcji jest podporządkowana zadaniu zabezpieczenia mienia przed kradzieżą. Nadaje to szczególny charakter konstrukcyjny poszczególnym schowkom. Niektóre schowki stanowiące oddzielne konstrukcje budowlane są wyraźnie tworzone pod kątem zabezpieczenia mienia, co prowadzi przy ich budowie do powiązania najrozmaitszych osiągnięć techniki w system zabezpieczenia mienia położonego w ich wnętrzu (należą do nich kasy pancerne o swoistej konstrukcji, wyposażone w skomplikowane zamknięcia, sieć alarmującą itp. urządzenia)”.

<sup>26</sup> Zob. L. Hochberg, *Rzecz*, s. 79: „Nie ma też usunięcia specjalnie ustanowionej przeszkody w przypadku rozbicia beczki, aby dokonać zaboru wina, przedziurawienia rury gazowej, aby dokonać zaboru gazu – pomimo zastosowania dużego nakładu siły. W takich bowiem przypadkach sprawca dopuszcza się usunięcia nie celowo ustanowionej przeszkody, lecz rozbija naczynie zawierające przedmiot kradzieży”; Zob. także W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 59: „Schówek należy odróżniać od opakowania, w jakim przekazuje się mienie do obrotu towarowego, transportu itp. Pudełko papierowe, w które opakowano w wytwórni radiodbiornik, nie jest schowkiem, a tylko opakowaniem. Podobnie wyłącznie opakowaniem są pudełka, w jakie nadawca złożył produkty, nadając je na pocztę (...) Czasami jednak opakowanie może jednocześnie tworzyć schówek. Ma to miejsce wówczas, gdy tworzy je konstrukcja stanowiąca wyraźny wyraz woli zabezpieczenia mienia, znajdującego się w jej zamkniętym wnętrzu (np. skrzynie metalowe lub drewniane)”.

<sup>27</sup> Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny*, s. 907; tenże, *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, s. 25; Zob. L. Hochberg, *Kradzież*, s. 79: „Dlatego też judykatura słusznie uważa za włamanie zerwanie plomby z drzwi wagonu, skrzyni, nawet worka, albowiem plomba, jakkolwiek nie stanowi poważnej przeszkody, zostaje umieszczona specjalnie w celu stworzenia widomej przeszkody w dostaniu się do wnętrza pomiesz-



go rozważania stanowiły rurociągi, które Z. Bożyczko także uznał za przedmiot zdolny do dokonania na nim włamania<sup>28</sup>. Szerokie rozumienie „pomieszczenia zamkniętego” w połączeniu z teorią zabezpieczenia doprowadziło do rozważań na temat możliwości dokonania włamania do przedmiotów takich jak: koperta<sup>29</sup>, poduszka, kieszeń czy też kołnierz marynarki<sup>30</sup>, a nadto zostało zaakceptowane w wytycznych wymiaru sprawiedliwości zawartych w uchwale SN z 25 czerwca 1980 r., w których stwierdzono: „Kradzież z włamaniem zachodzi wtedy, gdy jej sprawca zabiera mienie w celu przywłaszczenia w następstwie usunięcia przeszkody materialnej, będącej częścią konstrukcji pomieszczenia zamkniętego lub specjalnym zamknięciem tego pomieszczenia, utrudniającym dostęp do jego wnętrza”<sup>31</sup>. Późniejsza doktryna i orzecznictwo odwoływały się w zasadzie tylko do tej definicji kradzieży z włamaniem oraz innych wytycznych sformułowanych we wskazanej uchwale, w tym do rozumienia pojęcia „pomieszczenie zamknięte” tam określonego, co z kolei doprowadziło m.in. do znacznych wątpliwości w zakresie możliwości kwalifikacji samochodu jako przedmiotu czynności wykonawczej kradzieży z włamaniem<sup>32</sup>, a także przeszkód takich, jak rowy, płoty czy ogrodzenia<sup>33</sup>.

czenia czy schowku”; E. Wojnar, *Uwagi na tle przestępstwa*, s. 877; Odmienne W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 57; SN w postanowieniu Izby Wojskowej z 18 czerwca 1959 r., sygn. akt Rw 1123/63, Biuletyn SN 1964, nr 1.

<sup>28</sup> Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny*, s. 904–907. Podobnie: F. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1914, s. 442. Odmienne W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 60, który stwierdził, że rury są „raczej przewodnikami (niż zbiornikami) tak samo jak druty sieci elektrycznej”; L. Hochberg, *Rzecz*, s. 79.

<sup>29</sup> Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny*, s. 907, który wskazuje: „Nie stanowią one [opakowania przesyłek pocztowych – przyp. autora] jednak pomieszczeń zamkniętych (schowków) w rozumieniu prawa karnego, tak jak nie stanowi koperta listowa, która chroni tylko tajemnicę korespondencji, ukrywa treść pisma wobec osób trzecich, a nie zabezpiecza mienia; W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 59: „Nie stanowi także schowka koperta listowa. Chroni ona tylko tajemnicę korespondencji, a nie zabezpiecza mienia”; L. Hochberg, *Rzecz*, s. 81: „Posługując się tą samą argumentacją dotyczącą «zwykłego sposobu przechowywania» niektórzy uważają za dokonanie kradzieży z włamaniem otwarcie przez sprawcę zalepionej koperty zawierającej pieniądze. Nie wydaje się to słuszne, brak bowiem takiego istotnego elementu, jak stworzenie przeszkody dostania się do wnętrza. Zalepienie koperty klejem, a nawet nałożenie pieczęci takiej przeszkody, wydaje się nie stwarzać”.

<sup>30</sup> L. Hochberg, *Rzecz*, s. 81: „Podobnie też, jeżeli właściciel banknotów zaszyje je w kołnierzu swej marynarki, wycięcie przez sprawcę kradzieży banknotów odpowiada niektórym wymaganiom kradzieży z włamaniem: dokonane zostaje ze schowka (bo jednak zaszyte w kołnierzu marynarki to schowek) oraz z pokonaniem przeszkody przez użycie siły fizycznej i uszkodzeniem tej przeszkody. Trudno byłoby jednak znaleźć argument na to, że czyn taki stanowi kradzież z włamaniem albowiem kołnierz marynarki nie jest normalnie używanym schowkiem. Podobnie też nie można uważać za kradzież z włamaniem zaboru pierza z rozprutej poduszki, nawet też zaboru z tej poduszki zaszytych tam pieniędzy: poduszka nie jest normalnym schowkiem dla pieniędzy, a pierze znajduje się w niej nie w celu przechowania. Zresztą w powyższych przykładach zaszyte kołnierza lub poduszki nie ma na celu stworzenie przeszkody dostaniu się «niepowołanym osobom» do wnętrza, lecz jest zabezpieczeniem zawartości przed wysypaniem się (pierza) lub normalnym wykończeniem odzieży (zaszyte kołnierza)”.

<sup>31</sup> Uchwała SN z 25 czerwca 1980 r., sygn. akt VII KZP 48/78, OSNKW 1980, nr 8, poz. 65.

<sup>32</sup> Za możliwością kradzieży z włamaniem samochodu opowiadał się Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny*, s. 908–909; tenże, *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, s. 29; SN w wyroku z 31 maja 1965 r., sygn. akt I K 28/65 oraz w wyroku z 6 grudnia 2006 r., sygn. akt III KK 358/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 17; przeciw W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 54. Dopuszczał on jednak kradzież z włamaniem przedmiotów znajdujących się wewnątrz samochodu, tamże, s. 58.

<sup>33</sup> Za opowiedział się SN w postanowieniu z 24 czerwca 2010 r., sygn. akt V KK 388/09, OSNKW 2010, nr 9, poz. 82 z głosem aprobującą W. Wyjatka, „Palestra” 2011, nr 1–2, s. 116–119 oraz krytyczną M. Zbrojewskiej. Zob.



Wydaje się jednak, że zagadnienia włamania nie sposób rozważać w oderwaniu od jego językowego znaczenia, wbrew zasadzie prymatu wykładni językowej, skoro ustawodawca nie zawarł definicji legalnej tego terminu. Zgodnie z definicjami słownikowymi „włamać się” („włamywać”) oznacza: po pierwsze, „dostać się do zamkniętego pomieszczenia siłą, niszcząc urządzenia zabezpieczające (też: otworzyć siłą skrytkę, kasę itp. w celach rabunkowych)”<sup>34</sup>; po drugie, „po pokonaniu zabezpieczeń bezprawnie odczytać lub zapisać dane w komputerze lub w sieci komputerowej”<sup>35</sup>. Włamanie definiowane jest również jako: „napad rabunkowy połączony z przedostaniem się do wnętrza czegoś i zniszczeniem lub obejściem urządzeń zabezpieczających przed dostępem osób niepowołanych”<sup>36</sup>. Ponieważ słowniki mogą nie zawsze dawać jednoznaczną odpowiedź na to, jak kwalifikować niektóre stany, J. Wróblewski przeprowadził interesujące badania dotyczące rozumienia terminu „włamanie” na grupie studentów<sup>37</sup>. Niestety badania te unaocznily, że społeczne rozumienie tego terminu także nie jest jednoznaczne. O ile przypadki prostsze niemalże zgodnie kwalifikowano bądź jako kradzież z włamaniem, bądź im takiego przymiotu odmawiano<sup>38</sup>, o tyle w najbardziej złożonym przypadku odpowiedzi respondentów znacznie się podzieliły<sup>39</sup>. Wbrew opiniom o konieczności odejścia od semantycznego znaczenia słowa „włamanie” wydaje się, że jest ono jednak pomocne przy próbie konstruowania zasad ogólnych dotyczących tego terminu. Pierwsza ze wskazanych definicji słownikowych<sup>40</sup> wyraźnie wskazuje, czego

także B. Michalski, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, s. 848, teza 17, który dopuścił taką możliwość; W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 59, który przyjmował, że zagroda, aby tworzyła wnętrze zamknięte, musiała stanowić zwartą całość ograniczającą przestrzeń ze wszystkich stron, a elementy ograniczające wnętrze zagrody powinny być tego typu, aby uwidoczniały wolę zabezpieczenia przed kradzieżą mienia w nim położonego. Jako przykład autor ten wskazywał zagrodę z wysokich murów, których szczyty zaopatrzone drutem kolczastym lub tłuczonym szkłem. Podobnie T. Dukiet-Nagórska, *Kradzież*, s. 80; Przeciw: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 89, teza 21; A. Marek, T. Oczkowski, (w:) *System*, s. 95.

<sup>34</sup> Podobnie w odniesieniu do pierwszego ze znaczeń terminu włamanie *Słownik języka polskiego*, pod red. W. Doroszewskiego, PWN, Warszawa, <http://doroszewski.pwn.pl/haslo/w%C5%82ama%C4%87/>, dostęp: 8 stycznia 2013 r., godz. 21:00; *Mały słownik języka polskiego*, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, PWN, Warszawa 1968, s. 901: „dostać się do zamkniętego pomieszczenia siłą, niszcząc urządzenia zabezpieczające (zamki, zasuwki itp.); otworzyć siłą skrytkę, kasę itp. w celach rabunkowych”. Słowniki języka polskiego określają „włamanie” jako: „otwarcie czegoś gwałtem, wdarcie się do wewnątrz przez łamanie, rozbijanie, wypchnięcie czegoś”. Na przykład można „łamiąc zawadę dostać się do środka, wdrzeć się, werwać wtrągnąć łamiąc zaporę”, także: „włamał się przed wszystkimi w okopy”. W ujęciu synonimicznym włamanie zostało rozszerzone na akty pokonywania jakiegoś oporu, w tym intelektualnego, np. „papuga nie prędko w mówienie włamać mogła” – por. słowniki: J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki, *Słownik języka polskiego*, t. VII, Warszawa 1919, s. 649; S. B. Linde, *Słownik języka polskiego*, t. VI, Lwów 1860, s. 349 oraz *Podręczny słownik języka polskiego*, Warszawa 1957, s. 410; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1983, s. 732; S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. IV, Warszawa 2003, s. 142.

<sup>35</sup> *Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa, <http://sjp.pwn.pl/slownik/2536859/wlamanie>, dostęp: 8 stycznia 2013 r., godz. 22:00.

<sup>36</sup> *Słownik języka polskiego*, Gazeta.pl, <http://slowniki.gazeta.pl/pl/w%C5%82amanie>, wyświetlono 7 stycznia 2013 r.

<sup>37</sup> J. Wróblewski, *Kradzież*, s. 227–249.

<sup>38</sup> Zob. przykłady 1–4, tamże, s. 237–239.

<sup>39</sup> Przykład dotyczył sytuacji, gdy sprawca przedostaje się przez niezabezpieczony otwór w dachu magazynu, otwiera od wewnątrz drzwi i wynosi z magazynu towar, tamże, s. 239.

<sup>40</sup> Przypis 35.

zdaje się nie zauważać część autorów<sup>41</sup>, że rozwój cywilizacyjny i idący z nim w parze rozwój technologiczny siłą rzeczy „włacza” w znamiona typów czynów zabronionych nowe treści, przez co zakres desygnatów danego pojęcia ulega rozszerzeniu<sup>42</sup>. I z takim właśnie zjawiskiem mamy do czynienia w obrębie znaczenia terminu „włamanie”. Definicje słownikowe mogą także pomóc w odpowiedzi na pytanie, do czego właściwie można się włamać.

Próba udzielenia odpowiedzi na to pytanie pozwala wyodrębnić pewne charakterystyczne cechy włamania. Cechą taką nie jest użycie siły fizycznej ani sposób działania sprawcy. Za włamanie uznamy zarówno otwarcie drzwi łomem, jak i przekręcenie zamka kluczem. Cechą charakterystyczną będzie natomiast umiejscowienie przedmiotu kradzieży z włamaniem, tzn. musi się on znajdować: po pierwsze, w przestrzeni ograniczonej ze wszystkich stron lub sam w sobie taką przestrzeń stanowić (dlatego można dokonać kradzieży z włamaniem do samochodu); po drugie, przestrzeń ta musi być ograniczona materiałem o charakterze trwałym<sup>43</sup>. Należy wskazać, że z literalnego brzmienia pojęcia „włamanie” wynika, iż można włamać się tylko do czegoś, co tworzy realny opór (włamywanie polega na pokonywaniu przeszkód faktycznych, a nie jedynie symbolicznych), dlatego można włamać się do domu z cegieł, do drewnianej skrzyni, drewnianej szuflady, szafy złożonej z odpowiednio twardej sklejk, ale już nie można się włamać do pudełka kartonowego, koperty, kieszeni czy namiotu brezentowego. Po trzecie, można się włamać do pomieszczenia, którego głównym celem jest ochrona mienia przed włamaniem, lub takiego, które co do zasady jest przeznaczone do przechowywania mienia, ale ze względu na jego właściwości (przede wszystkim trwałość i twardość) zostało specjalnie przystosowane do ochrony mienia przed włamaniem (np. zamykana na klucz szuflada czy szafa, zamykana na kłódkę drewniana lub metalowa skrzynia). Takich funkcji nie spełniają natomiast opakowania, których celem jest przede wszystkim ochrona mienia w transporcie lub przesyłce przed czynnikami atmosferycznymi, zepsuciem, przypadkowym uszkodzeniem lub zniszczeniem, a także pojemniki, których głównym celem jest utrzymanie danej substancji umożliwiające jej użytkowanie (bańka na mleko), ani też przewodniki (rury gazowe). Po czwarte, normalna droga dostępu do pomieszczeń musi być w realny i faktyczny sposób zabezpieczona (włamać można się tylko do czegoś zamkniętego) trwałą i realną przeszkodą materialną bądź elektroniczną<sup>44</sup>

<sup>41</sup> J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 523, teza 7; B. Michalski, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, s. 852, teza 30. Odmienne: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 95, teza 39; P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa*, s. 48; A. Marek (red.), *Kodeks karny*, s. 594, teza 4: „«włamanie» nie musi polegać na używaniu siły fizycznej (tradycyjnym «damaniu» zabezpieczenia). Będzie więc kradzieżą z włamaniem przełamanie elektronicznych kodów zabezpieczających dostęp do bankomatu albo do programu komputerowego (...)”; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*, s. 548, teza 3; P. Nasuszny, *Treść*, s. 149 i 157; A. Marek, T. Oczkowski, (w:) *System*, s. 99; postanowienie SA w Katowicach z 13 lutego 2008 r., sygn. akt II AKp 24/08, KZS 2008, z. 4, poz. 83; wyrok SN z 15 sierpnia 1986 r., sygn. akt I KR 212/85, OSNKW 1986, nr 11–12, poz. 97; wyrok SA w Szczecinie z 14 października 2008 r., sygn. akt II AKA 120/08, OSA 2010, nr 12, poz. 57. Zob. także A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 120–121.

<sup>42</sup> Zob. postanowienie SN z 29 października 2012 r., sygn. akt I KZP 11/12, OSNKW 2012, nr 12, poz. 124.

<sup>43</sup> Na tę cechę wskazywali: W. Gutekunst, *O położeniu*, s. 60; P. Nasuszny, *Treść*, s. 141; A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież z włamaniem*, (w:) *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Warszawa 1985, s. 133. Odmienne: A. Marek, T. Oczkowski, (w:) *System*, s. 97; T. Dukiet-Nagórska, *Kradzież*, s. 77.

<sup>44</sup> Zob. wyrok SN z 9 września 2004 r., sygn. akt V KK 144/04, OSN 2004, poz. 1533, s. 743.

(drzwi, szafa muszą być zamknięte na klucz, kłódkę, alarm musi być włączony), a nie jedynie symboliczną, tj. plombą czy pieczęcią. Takie zabezpieczenie stanowić może również ogrodzenie, które w całości odgradza przedmiot włamania, np. dom czy samochód, i nie ma charakteru jedynie porządkującego, ale realnie chroniące mienie, tj. sprawca, aby dotrzeć do rzeczy, musi je pokonać, przecinając je (np. dom otoczony ogrodzeniem złożonym z siatki zakończonej drutem kolczastym, które to ogrodzenie sprawca musi przeciąć, przepiłować). Z realnym uniemożliwieniem dostępu do mienia nie będziemy mieli do czynienia, gdy np. klucz będzie się znajdował w zamku czy kłódce. Po piąte, sprawca musi dokonywać przełamania zabezpieczenia wbrew woli dysponenta rzeczy (właściciela, najemcy). Oznacza to, że nie przyjmujemy włamania, jeżeli sprawca otworzy drzwi podarowanym kluczem, ale uczyni to wbrew woli darczyńcy. Po szóste zaś, w toku działania sprawca musi dokonać zaboru mienia.

## Summary

*Paweł Nowak*

THE INTERPRETATION OF THE ELEMENT „BURGLARY”  
UNDER ART. 279 § 1 OF THE CRIMINAL CODE

Author interprets the meaning of the element burglary and indicates its characteristics. Such feature is not the use of physical force or mode of the offender's action. As the burglary we consider opening the door by using crowbar as well as turning the lock by the key. But such a characteristic feature will be the location of the object of the burglary. The offender must also break the security against the will of the holder of the thing (owner, tenant). During the burglary the offender should seize the possessions.

KEY WORDS: criminal law, Polish Penal Code of 1997; offences against property, burglary

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo karne, polski Kodeks karny z 1997 r., przestępstwa przeciwko mieniu, włamanie

## OBOWIĄZKI INFORMACYJNE SPÓŁDZIELNI A OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH

### I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Nowelizacja ustawy z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze<sup>1</sup> ustawą z 2005 r.<sup>2</sup> i 2007 r.<sup>3</sup>, jak również zmiana ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych<sup>4</sup> na podstawie drugiej z wymienionych ustaw uregulowały, a następnie rozszerzyły prawo członka spółdzielni dostępu do określonych dokumentów, a tym samym nałożyły na spółdzielnie określone obowiązki w tym zakresie. Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że co najmniej część dokumentów, które mają być udostępniane członkom, a niekiedy także innym podmiotom<sup>5</sup>, zawiera dane osobowe w rozumieniu ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych<sup>6</sup> podlegające silnej ochronie. Za dane osobowe ustawa uznaje w art. 6 ust. 1 wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Przetwarzanie danych osobowych (art. 7 pkt 2 tej ustawy) oznacza między innymi ich udostępnianie, które jest dopuszczalne tylko w wypadkach określonych w u.o.d.o. Z kolei w świetle art. 3 ust. 2 pkt 2 u.o.d.o. nie budzi wątpliwości, że ustawę stosuje się m.in. do spółdzielni, jako osób prawnych, które przetwarzają dane osobowe w związku z działalnością zarobkową lub dla realizacji celów statutowych.

Na wskazanej płaszczyźnie ścierają się zatem dwie tendencje, a mianowicie z jednej strony wyrażone w ostatnich latach dążenie ustawodawcy do wyraźnego uregulowania prawa członka spółdzielni dostępu do określonych dokumentów, a następnie do rozszerzenia zakresu tych dokumentów, w celu umożliwienia członkom skutecznej kontroli działalności spółdzielni, a zwłaszcza kontroli sposobu zarządzania jej majątkiem i wydatkowania pieniędzy wpłacanych przez członków do spółdzielni, z drugiej zaś konieczność respektowania prawa określonych osób do ochrony ich prywatności i danych osobowych. Na temat tego drugiego aspektu wypowiedział się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 15 lutego 2008 r., I CSK 358/07<sup>7</sup>, podkreślając, że: „Prawo do ochrony danych osobowych, rzetelnej informacji o ich gromadzeniu i przetwarzaniu i żądania sprostowania oraz usunięcia danych nieprawdziwych jest konstytucyjnie

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. nr 188, poz. 1848 ze zm., dalej: pr. spółdz.

<sup>2</sup> Ustawa z 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 122, poz. 1024.

<sup>3</sup> Ustawa z 14 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 125, poz. 873.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. nr 119, poz. 1116 ze zm., dalej: u.s.m.

<sup>5</sup> Por. art. 30 pr. spółdz., który daje prawo przeglądania rejestru członków także małżonkowi członka oraz wierzycielowi członka lub spółdzielni.

<sup>6</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. nr 101, poz. 926, dalej: u.o.d.o.

<sup>7</sup> OSNC 2009, z. 4, poz. 63.

zagwarantowanym prawem każdego człowieka, chronionym w art. 51 Konstytucji, zamieszczonym w tytule «Wolności i prawa osobiste». Należy podzielić dominujący w literaturze i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego pogląd, że prawo to wywodzi się bezpośrednio z takich dóbr osobistych, jak godność człowieka oraz prawo do prywatności (...)»<sup>8</sup>.

Mimo praktycznego znaczenia zarysowanej problematyki w bieżącej działalności spółdzielni brak jest bliższych odniesień do niej w dotychczasowym orzecznictwie i piśmiennictwie. Ten stan zachęca do podjęcia rozważań poświęconych tej tematyce. Jest ona jednak tak złożona i wielowątkowa, że w ramach artykułu możliwe jest poruszenie tylko kwestii o podstawowym znaczeniu<sup>9</sup> i podjęcie próby analizy wchodzących w grę unormowań zawartych w różnych aktach normatywnych oraz ustalenia treści zawartych w nich norm prawnych.

## II. KATALOG UJAWNIANYCH DOKUMENTÓW I SPOSOBY ICH UDOSTĘPNIANIA

W obowiązującym stanie prawo dostępu do określonych dokumentów spółdzielni regulują przepisy ustawy – Prawo spółdzielcze oraz ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych<sup>10</sup>. Znamienne jest zarówno samo brzmienie wchodzących w grę przepisów, jak i sekwencja ich wprowadzania do porządku prawnego. Podstawowe znacznie mają art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. oraz art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m.

W myśl art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. w brzmieniu nadanym przez art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz niektórych innych ustaw członek spółdzielni każdego rodzaju miał m.in. prawo do: „otrzymania odpisu statutu i regulaminów, zaznajamiania się z uchwałami organów spółdzielni, protokołami obrad organów spółdzielni, protokołami lustracji, rocznymi sprawozdaniami finansowymi, umowami zawieranymi przez spółdzielnię z osobami trzecimi”.

W trakcie prac legislacyjnych nad kolejną zmianą ustaw spółdzielczych (wrzesień 2006–czerwiec 2007) uznano, że tak sformułowany przepis niewystarczająco chroni prawa członka spółdzielni mieszkaniowej dostępu do dokumentów spółdzielni i konieczne jest rozszerzenie ich zakresu przez objęcie nim także faktur oraz ustalenie innego sposobu udostępniania dokumentów. Dodano<sup>11</sup> zatem przepis art. 8<sup>1</sup>, którego pierwszy ustęp stanowi: „Członek spółdzielni mieszkaniowej ma prawo otrzymania odpisu sta-

<sup>8</sup> Jak podkreślił SN w uzasadnieniu wyroku z 8 listopada 2012 r., I CSK 190/12 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)), reżim ochrony prawa do prywatności i reżim ochrony danych osobowych są niezależne wobec siebie; z dawniejszego orzecznictwa zob. wyrok SN z 28 kwietnia 2004 r., III CK 442/02; ramy artykułu nie pozwalają na bliższe odniesienie się do tych złożonych zagadnień, a zwłaszcza do kwestii relacji między obydwoma reżimami.

<sup>9</sup> Z tego powodu poza zakresem rozważań pozostawiam m.in. takie zagadnienia jak kwestia, czy dane osobowe przedsiębiorcy – osoby fizycznej, kontrahenta spółdzielni, podlegają ochronie przewidzianej w u.o.d.o., zagadnienie udostępniania dokumentów zawierających dane osobowe na stronie internetowej spółdzielni.

<sup>10</sup> W treści artykułu określam je niekiedy mianem ustaw spółdzielczych.

<sup>11</sup> Por. art. 1 pkt 9 ustawy z 14 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 125, poz. 873.

tutu i regulaminów oraz kopii uchwał organów spółdzielni i protokołów obrad organów spółdzielni, protokołów lustracji, rocznych sprawozdań finansowych oraz faktur i umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi”.

W konsekwencji w odniesieniu do wszystkich spółdzielni innych niż spółdzielnie mieszkaniowe prawo członka dostępu do dokumentów spółdzielni uregulowane jest obecnie w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. (zmienionym przez art. 2 pkt 1 ww. ustawy z 14 czerwca 2007 r.). Zgodnie z tym przepisem członek spółdzielni ma prawo „otrzymania odpisu statutu i regulaminów, zaznajamiania się z uchwałami organów spółdzielni, protokołami obrad organów spółdzielni, protokołami lustracji, rocznymi sprawozdaniami finansowymi, umowami zawieranymi przez spółdzielnię z osobami trzecimi, z zastrzeżeniem art. 8<sup>1</sup> ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116, z późn. zm.)”.

Z uwagi na zastrzeżenia zawarte w końcowej części powyższej regulacji oraz wobec treści art. 1 ust. 7 u.s.m., stosownie do którego w zakresie nieuregulowanym w u.s.m. do spółdzielni mieszkaniowej stosuje się przepisy ustawy – Prawo spółdzielcze, jasne jest, że przepis art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. ma charakter szczególny w stosunku do regulacji dotyczącej innych spółdzielni.

Wyliczenie rodzajów dokumentów udostępnianych członkowi spółdzielni ma charakter enumeratywny (zamknięty). Ustawodawca nie posłużył się bowiem formułą „w szczególności”, charakterystyczną dla regulacji wprowadzających katalogi otwarte. Co więcej, wobec tego, że przytoczone przepisy nakładają określone obowiązki na spółdzielnię, a zarazem statuuje wyjątek od niepisanej reguły, że wewnętrzne dokumenty spółdzielni nie podlegają powszechnemu – w tym nawet w stosunku do członków – ujawnieniu, ma w tej sytuacji zastosowanie zasada *exceptiones non sunt extendendae*, a zatem i z tego punktu widzenia katalog dokumentów nie podlega wykładni rozszerzającej. Oczywiste odstępstwo od tej zasady powinno mieć miejsce w wypadku, gdy załączniki do umowy stanowią jej integralną część, co prowadzi do wniosku, że także podlegają one ujawnieniu w sposób przewidziany w ustawie (udostępnienie, wydanie członkowi kopii).

Przepis art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. oraz art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. przewidują odmienne sposoby udostępniania wskazanych w nich dokumentów. W wypadku pierwszego z tych przepisów są to: otrzymanie odpisu statutu i regulaminów oraz zaznajamianie się z pozostałymi dokumentami wymienionymi w przepisie, co oznacza obowiązek spółdzielni stworzenia członkowi możliwości poznania treści dokumentu. W drugim wypadku realizacja prawa członka polega na otrzymaniu odpisu statutu i regulaminów oraz kopii pozostałych dokumentów<sup>12</sup>.

Wskazane przepisy ustaw spółdzielczych<sup>13</sup> stanowią – co do zasady – podstawę legalizującą udostępnianie danych osobowych zawartych w wymienionych tam dokumentach (art. 23 ust. 1 pkt 2, 3 u.o.d.o.)<sup>14</sup>.

Spośród różnych kategorii dokumentów, do udostępniania których spółdzielnia jest zobowiązana, w praktyce pewne wątpliwości rodzą się na tle realizacji obowiązku udo-

<sup>12</sup> Na temat sposobów udostępniania dokumentów przewidzianych w art. 30 i 46 § 4 pr. spółdz. zob. końcową część punktu II niniejszego opracowania.

<sup>13</sup> Jak również omówione niżej przepisy art. 30 i 46 § 4 pr. spółdz.

<sup>14</sup> Por. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 464.



stępniania protokołów obrad i uchwał organów spółdzielni zawierających dane osobowe i dotyczących sfery prywatności członków. Przytoczone przepisy ustaw spółdzielczych nie wprowadzają żadnych ograniczeń w tej materii (w sposób wyraźny wypowiadają je natomiast w odniesieniu do umów zawieranych z osobami trzecimi)<sup>15</sup>. Tymczasem protokoły obrad rady nadzorczej dotyczące np. wykluczenia czy wykreślenia ze spółdzielni mogą zawierać nie tylko zwykłe dane osobowe, ale nawet dane wrażliwe w rozumieniu art. 27 u.o.d.o., jak np. dane dotyczące nałogów członka spółdzielni. W takim wypadku uzasadnione jest przekonanie, że – poza szczególnymi wypadkami, gdy członek, którego dane dotyczą, wyrazi na piśmie zgodę na przetwarzanie jego danych wrażliwych albo przetwarzanie dotyczy danych, które zostały podane do publicznej wiadomości przez osobę, której dotyczą (art. 27 ust. 2 pkt 1 i 8 u.o.d.o.) – w rozważanych okolicznościach nie istnieje podstawa legalizująca przetwarzanie danych w rozumieniu art. 27 ust. 2 u.o.d.o. W szczególności nie można uznać, że mamy tu do czynienia z sytuacją, w której przepis szczególny innej ustawy zezwala na przetwarzanie takich danych bez zgody osoby, której dane dotyczą, i stwarza pełne gwarancje ich ochrony (art. 27 ust. 2 pkt 2 u.o.d.o.). Dla uchylenia zakazu przetwarzania danych wrażliwych jest bowiem wymagane spełnienie pewnych warunków: 1) przepis ustawy szczególnej nie pozostawia wątpliwości co do uchylenia zakazu przetwarzania danych wrażliwych i wyraźnie wskazuje takie dane lub ich typy należące do tej kategorii, 2) przepis przewiduje uprawnienie do przetwarzania danych wrażliwych bez zgody osoby, której dotyczą<sup>16</sup>. Przytoczone przepisy ustaw spółdzielczych nie spełniają tych warunków, a zatem nie mogą być uznane za podstawę legalizującą ujawnianie danych wrażliwych.

W rozważanych okolicznościach nie dochodzi także do uchylenia zakazu przetwarzania danych wrażliwych na podstawie art. 27 ust. 2 pkt 4 u.o.d.o., który ma zastosowanie do spółdzielni mieszkaniowych, jako organizacji nieprowadzących działalności nastawionej na osiągnięcie zysku, gdyż takie ujawnienie nie jest niezbędne do wykonania statutowych zadań spółdzielni.

Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości w tak delikatnej materii celowe wydaje się wyraźne uregulowanie pewnych ograniczeń w samych ustawach spółdzielczych przez stworzenie podstawy do usuwania (zaciemniania/wybielania) z udostępnianych protokołów (ich kopii) lub uchwał organów spółdzielni tych fragmentów, które dotyczą prywatności i danych osobowych<sup>17</sup>.

W działalności spółdzielni mieszkaniowych szczególne znaczenie ma udostępnianie faktur i umów zawartych z osobami trzecimi. W tym kontekście konieczne jest sprecyzowanie zakresu pojęcia „osoba trzecia”, użytego w art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. (podobnie w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz.). Sporne jest bowiem, czy za „osobę trzecią” może być uznany członek spółdzielni i jej pracownik będący członkiem. Dla wyjaśnienia tej kwestii trzeba się najpierw odwołać do przepisów art. 32–34 pr. spółdz. w brzmieniu pierwotnym<sup>18</sup>, regulujących instytucję postępowania wewnątrzspółdzielczego, które stanowiły norma-

<sup>15</sup> Zob. punkt III niniejszego opracowania.

<sup>16</sup> Zob. P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 283 i n.; J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona*, s. 556; A. Krasuski, *Dane osobowe w obrocie tradycyjnym i elektronicznym*, Warszawa 2012, s. 147.

<sup>17</sup> Na temat sposobu ograniczania dostępu *de lege lata* zob. punkt III niniejszego opracowania.

<sup>18</sup> Dz.U. z 1982 r. nr 30, poz. 210.

tywną podstawę podziału praw i obowiązków, jakie mogą istnieć w relacji członek–spółdzielnia, na trzy kategorie:

- 1) prawa i obowiązki wynikające ze stosunku członkostwa, identyczne dla wszystkich członków i powstające co do zasady w momencie nawiązania stosunku członkostwa<sup>19</sup>,
- 2) prawa i obowiązki pochodne od stosunku członkostwa<sup>20</sup>,
- 3) „inne prawa i obowiązki wynikające ze stosunków prawnych, w których członek spółdzielni występuje wobec niej jako osoba trzecia (np. wynajmuje spółdzielni lokal, poręcza za jej dług)”<sup>21</sup>,

przy czym w sprawach wynikających ze stosunku członkostwa wyczerpanie postępowania wewnątrzspółdzielczego przed wystąpieniem na drogę sądową było obligatoryjne, w wypadku zaś spraw pochodnych od członkostwa – fakultatywne.

Wskazaną na wstępie ustawą z 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw zmodyfikowano przepis art. 18 pr. spółdz., a w treści art. 18 § 1 i 7 nawiązano wprost do przedstawionego wyżej podziału spraw na wynikające z członkostwa oraz pochodne od stosunku członkostwa. Jak wynika natomiast z powyższego wyliczenia rodzajów praw i obowiązków występujących w spółdzielni, istnieją takie relacje między członkiem a spółdzielnią, w których członek występuje jako osoba trzecia. Ta kategoria relacji pozostawała i pozostaje poza regulacją zawartą w ustawach spółdzielczych, a także poza unormowaniami przewidzianymi w statucie spółdzielni i opartych na nim uchwałach. Podstawą prawną kształtowania tych stosunków są umowy i nawet gdy są zawierane z członkiem spółdzielni, to jest on traktowany tak, jakby nie należał do spółdzielni<sup>22</sup>. Przykładem takiej sytuacji jest zawarcie przez spółdzielnię z jej członkiem umowy o pracę czy innej umowy będącej podstawą świadczenia pracy, umowy sprzedaży samochodu czy umowy najmu lokalu użytkowego.

W wypadku ostatnio wymienionych relacji decydującej roli nie odgrywają kryteria podmiotowe, tj. okoliczność, że stronami danego stosunku prawnego są członek i spółdzielnia, lecz kryterium o charakterze przedmiotowym – powstanie stosunku prawnego w wyniku zawarcia umowy, przedmiot danego stosunku prawnego (rzecz, świadczenie pracy, usługi). Z tych względów nie podzielam stanowiska, że osobami trzecimi w rozumieniu art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. oraz art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. nie mogą być członkowie spółdzielni ani pracownicy spółdzielni<sup>23</sup>. Ocena ich statusu musi oczywiście następować z uwzględnieniem charakteru danego stosunku prawnego, podstawy jego powstania i przedmiotu, ale nie jest możliwe aprioryczne wyłączenie takiej konfiguracji.

W ostatnim okresie, z uwagi na rozbieżności w orzecznictwie przy wykładni terminu „osoba trzecia”, jakim operują art. 18 § 2 pkt 3 i art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m., szczególnie aktualna stała się kwestia, czy osoba zatrudniona w spółdzielni mieszkaniowej jest „osobą trzecią” w rozumieniu tych przepisów, w tym zwłaszcza w sytuacji, gdy jest członkiem tej spółdzielni. Źródłem zainteresowania tą kwestią jest częste w praktyce spółdzielni

<sup>19</sup> Por. M. Wrzolek-Romańczuk, *Postępowanie wewnątrzspółdzielcze*, Warszawa 1991, s. 56 i n.

<sup>20</sup> Zob. K. Pietrzykowski, *Zmiany w prawie spółdzielczym*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 21, s. 1048.

<sup>21</sup> K. Pietrzykowski, *Prawo spółdzielcze. Komentarz do zmienionych przepisów*, Warszawa 1995, s. 67.

<sup>22</sup> Por. P. Zakrzewski, *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich*, Warszawa 2010, s. 45.

<sup>23</sup> Tak R. Dziczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 197.

mieszkańczych dążenie członków do uzyskania dostępu do informacji o wysokości zarobków prezesa i członków zarządu. Kontrowersja w tej materii stała się na tyle poważna, że Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) skierował wniosek do Izby Cywilnej Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie tego zagadnienia prawnego<sup>24</sup>. Podstawą sformułowania wniosku była analiza orzecznictwa sądów rejestrowych w sprawach, w których członkowie spółdzielni mieszkaniowych występowali z wnioskami o zobowiązanie spółdzielni do udostępnienia (wydania kopii) umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami świadczącymi pracę na jej rzecz na podstawie umowy o pracę, zlecenia, o dzieło czy innej podobnej umowy. Jak podkreślono we wniosku RPO, rozstrzygnięcie wskazanej kwestii jest o tyle istotne, że uznanie, iż omawiana osoba nie jest „osobą trzecią” w rozumieniu rozważanych przepisów, wyłącza obowiązek spółdzielni udostępnienia takiej umowy (wydania jej kopii).

Analiza rozbieżnych orzeczeń przytoczonych we wniosku RPO wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Istotne jest stanowisko samego Rzecznika, który opowiada się za uznaniem, że „(...) pracownik spółdzielni, niezależnie od tego, czy jest członkiem spółdzielni czy nie, działając w charakterze jej pracownika i w tym charakterze zawierając umowy ze spółdzielnią, jest «osobą trzecią»”. Takie stanowisko zasługuje w pełni na aprobatę. Jak podkreślono we wniosku RPO, dla uzasadnienia takiego zapatrywania, w odniesieniu do pracownika będącego członkiem spółdzielni, nie jest wystarczające zaakcentowanie odrębności danej osoby od samej spółdzielni i „wspólnoty jej członków” (tak jest tylko w wypadku pracownika niebędącego członkiem spółdzielni). Jest tu konieczne – wskazane już we wcześniejszej części rozważań niniejszego opracowania – odróżnienie stosunków prawnych, które pozostają w związku ze stosunkiem członkostwa spółdzielni oraz powstających i istniejących bez takiego związku. Rzecznik Praw Obywatelskich trafnie zalicza umowy będące podstawą świadczenia pracy do tej drugiej kategorii.

Wątpliwości budzi natomiast zawarta w końcowej części wniosku RPO wykładnia pojęcia „osoba trzecia”, której wynik prowadzi do uznania, że „(...) chodzi tu o każdą osobę trzecią nie w stosunku do spółdzielni mieszkaniowej, ale w stosunku do członka spółdzielni mieszkaniowej, któremu powołane przepisy<sup>25</sup> przyznały określone prawo. Innymi słowy, chodziłoby w takim wypadku o każdą umowę, której stroną jest spółdzielnia mieszkaniowa i inny – niż członek pragnący zrealizować swoje prawo z art. 8<sup>1</sup> ust. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych – podmiot. Z punktu widzenia członka spółdzielni każdy podmiot będący stroną umowy ze spółdzielnią mieszkaniową inny niż on sam, jest bowiem osobą trzecią”. Nie podzielam tego zapatrywania. O kwalifikacji danej osoby z punktu widzenia rozważanych kontrowersji powinny decydować wyżej przywołane okoliczności o charakterze przedmiotowym.

Z punktu widzenia potrzeb praktyki celowe jest jeszcze rozważenie zakresu przedmiotowego postanowień umownych podlegających udostępnieniu. Jako naturalne nasuwa się pytanie, czy to udostępnienie ma nastąpić bez żadnych zmian w treści umów, czy np. po zanonimizowaniu (zaciemnieniu/wybieleniu) określonych danych. Samo brzmienie

<sup>24</sup> Wniosek oznaczony jako RPO-696122-IV/12/KD; w SN sprawa została zarejestrowana pod sygn. III CZP 21/13, zagadnienie prawne zostanie rozpoznane przez skład siedmioosobowy.

<sup>25</sup> To znaczy art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. i art. 8<sup>1</sup> u.s.m.

przepisu art. 18 § 2 pkt 3 i art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. nie zawiera wskazań. Skoro jednak art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. stanowi, że członek spółdzielni mieszkaniowej ma prawo otrzymania kopii umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi, i zważywszy na to, że w języku polskim „kopia” oznacza „to, co jest dokładnym powtórzeniem, odtworzeniem oryginału”<sup>26</sup>, trzeba uznać, że realizacja obowiązku spółdzielni mieszkaniowej powinna polegać na dokładnym odwzorowaniu treści umowy<sup>27</sup>. Wyjątek, wynikający z przepisu szczególnego, stanowią jednak te postanowienia umowy (załącznika stanowiącego jej integralną część), które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>28</sup>.

Spółdzielnie wszystkich rodzajów są ponadto obowiązane do udostępniania – przez dopuszczenie do przeglądania – danych zawartych w rejestrze członków spółdzielni. Zgodnie z art. 30 pr. spółdz. zarząd spółdzielni prowadzi rejestr członków zawierający ich imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania (w odniesieniu do członków będących osobami prawnymi – ich nazwę i siedzibę), wysokość zadeklarowanych i wniesionych udziałów, wysokość wniesionych wkładów, ich rodzaj, jeżeli są to wkłady niepieniężne, zmiany tych danych, datę przyjęcia w poczet członków, datę wypowiedzenia członkostwa i jego ustania, a także inne dane przewidziane w statucie. Członek spółdzielni, jego małżonek i wierzyciel członka lub spółdzielni mają prawo przeglądać rejestr.

Niektóre informacje wymienione w art. 30 pr. spółdz. mają charakter danych osobowych – poza oczywistymi, jak imiona, nazwiska, miejsce zamieszkania, dotyczą one także sytuacji majątkowej członka w spółdzielni<sup>29</sup>. Przepis określa krąg osób, które mają prawo przeglądać rejestr. Są to: członek spółdzielni, jego małżonek i wierzyciel członka lub spółdzielni. Krąg podmiotów uprawnionych do przeglądania rejestru został określony enumeratywnie. Także i w tym wypadku nie jest więc zasadna rozszerzająca interpretacja. Ponadto, jak podkreślono w literaturze<sup>30</sup>, prawo przeglądania rejestru nie rozciąga się na akta członkowskie, a więc ich udostępnienie powinno być co do zasady uznane za naruszenie zasad ochrony danych osobowych.

Ustawa Prawo spółdzielcze reguluje ponadto obowiązki informacyjne spółdzielni w stosunku do jej organu kontrolnego – rady nadzorczej. W myśl art. 46 § 4 pr. spółdz. w celu wykonania swoich zadań rada może żądać od zarządu, członków i pracowników spółdzielni wszelkich sprawozdań i wyjaśnień, przeglądać księgi i dokumenty oraz sprawdzać bezpośrednio stan majątku spółdzielni. Użycie w treści przepisu sformułowania „rada może żądać” uzasadnia zapatrywanie, że uprawnienia określone w art. 46

<sup>26</sup> *Mały słownik języka polskiego*, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1968, s. 302.

<sup>27</sup> Rozważając podobne zagadnienie na tle przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, w uzasadnieniu wyroku z 8 listopada 2012 r., I CSK 190/12 ([www.sn.pl](http://www.sn.pl)), SN wyraził zapatrywanie, że: ujawnienie imion i nazwisk osób zawierających umowy cywilnoprawne z jednostką samorządu terytorialnego nie narusza prawa do prywatności tych osób, o którym mowa w art. 5 ust. 2 u.d.i.p. Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że problem ten może być rozstrzygnięty jedynie na tle konkretnych okoliczności danej sprawy.

<sup>28</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.

<sup>29</sup> W kwestii uznania informacji o sytuacji majątkowej osoby fizycznej za dane osobowe zob. uzasadnienie wyroku SN z 15 lutego 2008 r., I CSK 358/07, OSNC 2009, nr 4, poz. 63.

<sup>30</sup> A. Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 51.

§ 4 pr. spółdz. odnoszą się do rady jako organu spółdzielni, a nie do jej poszczególnych członków. Rada może jednak udzielić upoważnienia konkretnemu swemu członkowi do korzystania z tych uprawnień<sup>31</sup>.

### III. OGRANICZENIA DOSTĘPU DO DOKUMENTÓW I ZAWARTYCH W NICH DANYCH

W myśl art. 18 § 3 pr. spółdz. spółdzielnia może odmówić członkowi wglądu do umów zawieranych z osobami trzecimi, jeżeli naruszałoby to prawa tych osób lub jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że członek wykorzysta pozyskane informacje w celach sprzecznych z interesem spółdzielni i przez to wyrządzi spółdzielni znaczną szkodę. Odmowa powinna być wyrażona na piśmie. Członek, któremu odmówiono wglądu do umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi, może natomiast złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie spółdzielni do udostępnienia tych umów. Wniosek należy złożyć w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia członkowi pisemnej odmowy.

Analogiczna regulacja nie została zawarta w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych. Na podstawie art. 1 ust. 7 u.s.m. oraz przy wykorzystaniu *argumentum a minori ad maius* należy jednak przyjąć, że ma ona zastosowanie także do spółdzielni mieszkaniowych, w których aktualny jest obowiązek wydania kopii umów zawartych z osobami trzecimi<sup>32</sup>. Jeżeli bowiem spółdzielnia – z przyczyn wskazanych w art. 18 § 3 pr. spółdz. – może odmówić wglądu do umów zawartych z osobami trzecimi, to tym bardziej może w takich okolicznościach odmówić wydania kopii tych umów. Konsekwentnie trzeba uznać, że członkowi przysługuje prawo zwrócenia się do sądu z wnioskiem o zobowiązanie spółdzielni do wydania kopii takich dokumentów.

Odmowa przez spółdzielnię udostępnienia umowy zawartej z osobą trzecią z powołaniem się na obawę naruszenia praw tej osoby może w praktyce nastąpić m.in. w sytuacjach określonych w hipotezie normy zawartej w art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem m.in. przekazanie i ujawnienie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa<sup>33</sup>, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy.

Według literalnego brzmienia przepisu art. 18 § 3 pr. spółdz. wskazane rozwiązania, to znaczy możliwość odmowy przez spółdzielnię wglądu do dokumentów oraz prawo członka wystąpienia do sądu o zobowiązanie spółdzielni do ich udostępnienia, nie odnoszą się do dokumentów wymienionych w art. 18 § 2 pkt 3 pr. spółdz. i art. 8<sup>1</sup> ust. 1 u.s.m. – innych niż umowy zawarte z osobami trzecimi. Analiza modelu regulacji obowiązków informacyjnych spółdzielni i praw członka związanych z realizacją tego

<sup>31</sup> Por. *ibidem*, s. 84.

<sup>32</sup> Tak R. Dziczek, *Spółdzielnie*, s. 198; M. Wrzołek-Romańczuk, *Niewykorzystane szanse nowelizacji. Uwagi do ustawy z 14 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, cz. 1, „Palestra” 2007, nr 7–8, s. 135.

<sup>33</sup> Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa jest zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.



obowiązku prowadzi jednak do przekonania o zasadności analogicznego stosowania wskazanych instrumentów – w spółdzielniach wszystkich rodzajów – także w odniesieniu do tych pozostałych dokumentów<sup>34</sup>.

Taka potrzeba zarysowuje się zwłaszcza w odniesieniu do udostępniania lub wydawania kopii uchwał organów spółdzielni lub protokołów obrad organów spółdzielni w części dotyczącej osobistych spraw członka, sytuacji majątkowej i rodzinnej, rozpatrywanych np. w związku z zaległościami w opłatach za korzystanie z lokalu albo przy okazji podejmowania uchwały o wykluczeniu czy wykreśleniu członka. Jak już bowiem wskazano, takie uchwały i odpowiednie fragmenty protokołów obrad organów spółdzielni zawierają dane osobowe w rozumieniu art. 6 u.o.d.o., w tym także dane wrażliwe w rozumieniu art. 27 ust. 1 u.o.d.o.

W podobnych sytuacjach *de lege lata* wchodzi w grę stosowanie przez spółdzielnię (także mieszkaniową) w drodze analogii przepisu art. 18 § 3 zd. 1 pr. spółdz. z powołaniem się na możliwość naruszenia praw członków lub innych osób, których dane miałyby być ujawnione. O ile bowiem na aprobatę zasługuje uregulowanie praw członków zapoznawania się z dokumentami w zakresie dającym im możliwość skutecznej kontroli działalności spółdzielni, a zwłaszcza kontroli sposobu zarządzania majątkiem spółdzielni i wydatkowania pieniędzy wpłacanych do spółdzielni, o tyle te względy nie są aktualne w odniesieniu do danych zawartych w protokołach obrad organów spółdzielni czy ich uchwałach dotyczących prywatności określonych osób. Posługując się konkretnym przykładem, trzeba wskazać, że ujawnieniu powinna podlegać uchwała rady nadzorczej spółdzielni określająca wynagrodzenie prezesa (członków) zarządu spółdzielni. Nie jest zaś zasadne ujawnienie członkowi spółdzielni uchwały o wykluczeniu (wykreśleniu) innego członka, a tym bardziej uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia, które może zawierać nawet wrażliwe dane osobowe. Problem jest istotny, gdyż naruszenie przez spółdzielnię przepisów ustawy o ochronie danych osobowych może pociągać odpowiedzialność zarówno cywilną, jak i karną<sup>35</sup>.

Zastosowanie przez spółdzielnię przedstawionego wyżej rozwiązania wydaje się lepsze niż „samodzielne”, bez wyraźnej podstawy prawnej, anonimizowanie (zamazanie/zabielanie) odpowiednich fragmentów uchwał lub protokołów obrad organów spółdzielni, których ujawnienie naruszałoby prawo członka do prywatności.

Konsekwentnie trzeba uznać, że analogiczne zastosowanie art. 18 § 3 pr. spółdz. w rozważanych tu okolicznościach oznacza, że członkowi spółdzielni przysługuje prawo wystąpienia do sądu rejestrowego z wnioskiem o nakazanie udostępnienia dokumentów innych niż umowy zawarte z osobami trzecimi. Wyważenie racji zainteresowanych „stron” i ustalenie, które wartości powinny ustąpić w danej sytuacji, będzie należeć do sądu. Zasadne byłoby przy tym uznanie, że to sąd rejestrowy może w swym orzeczeniu oznaczyć, które części uchwały (protokołu) powinny być udostępnione członkowi. Sąd rejestrowy mógłby bowiem zastosować prokonstytucyjną wykładnię wchodzących w grę przepisów ustaw spółdzielczych, odwołując się do art. 47 Konstytucji, który za-

<sup>34</sup> W aspekcie zabezpieczenia praw członka do uzyskania dostępu do dokumentów wewnętrznych spółdzielni tak K. Korus, *Komentarz do zmiany art. 18 ustawy – prawo spółdzielcze wprowadzonej przez Dz.U. z 2005 r. nr 122, poz. 1024, Lex*.

<sup>35</sup> Szerzej w tej materii zob. T. A. J. Banyś, J. Łuczak, *Ochrona danych osobowych w praktyce*, Wrocław 2013, s. 176 i n.; P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych*, s. 446 i n.



pewnia ochronę prawną życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz prawa do decydowania o swoim życiu osobistym, jak również do art. 51 ust. 1, który stanowi, że nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. W braku wyraźnego unormowania takie stanowisko może być jednak trudne do akceptacji i realizacji przez sądy. Dla usunięcia wątpliwości interpretacyjnych w tej kwestii celowe jest więc jej wyraźne uregulowanie w ustawie.

## Summary

*Małgorzata Wrzolek-Romańczuk*

THE ACCESS TO DOCUMENTS OF A COOPERATIVE  
AND PERSONAL DATA PROTECTION

Two somehow contradictory tendencies are expressed in the regulations concerning cooperatives: a right of a member to be provided with information regarding the control over the business of a cooperative and the compliance with personal data protection requirements. The main objective of this article is to duly interpret these regulations in a manner enabling observing both of them. In this article the documents required to be disclosed and the means of the disclosure thereof are presented. As most of these documents contain personal data, including sensitive personal data, certain restrictions need to be introduced as at present only the access to information regarding contracts made by a cooperative is expressly restricted.

KEY WORDS: access to documents of a cooperative, personal data protection, information, means of disclosure of documents of a cooperative

POJĘCIA KLUCZOWE: ochrona danych osobowych, dostęp do dokumentów spółdzielni, sposoby udostępniania dokumentów

## UDZIAŁ SKARBU PAŃSTWA W POSTĘPOWANIU O STWIERDZENIE NIEZGODNOŚCI Z PRAWEM PRAWOMOCNEGO ORZECZENIA

Wejście w życie ustawy nowelizującej z dnia 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych<sup>1</sup>, która weszła w życie 6 lutego 2005 r., doprowadziło do swoistej „rewolucji” na gruncie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną bezprawnością zachowania się organu władzy publicznej. Ustawą tą wprowadzono bowiem do ustawy Kodeks postępowania cywilnego<sup>2</sup> w tytule VI Księgi pierwszej części pierwszej Dział VIII, zatytułowany „Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia”, co z kolei było konsekwencją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.<sup>3</sup>, sygn. akt SK 18/00, stwierdzającego, że art. 417 ustawy Kodeks cywilny<sup>4</sup> rozumiany w ten sposób, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, jest zgodny z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, natomiast art. 418 k.c. jest niezgodny z art. 77 ust. 1 i nie jest niezgodny z art. 64 Konstytucji RP.

Powyższa skarga, uregulowana art. 424<sup>1</sup>–424<sup>12</sup> k.p.c., służy ustaleniu istnienia przesłanki odpowiedzialności deliktowej Skarbu Państwa w postaci niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia<sup>5</sup> i jest pierwszym etapem otwierającym drogę do uzyskania odszkodowania za niezgodne z prawem działanie organów władzy publicznej. W doktrynie prawa poza sporem jest, że w obrębie art. 77 ust. 1 Konstytucji RP mieści się także odpowiedzialność za uszczerbki spowodowane działalnością jurysdykcyjną sądów<sup>6</sup>. Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jest zatem instytucją, której zastosowanie warunkuje dopiero uzyskanie od Skarbu Państwa stosownej rekompensaty, co skutkuje tym, że jej istotą jest wykazanie, że kwestionowane (zaskarżone) orzeczenie zostało wydane niezgodnie z prawem i z tej bezprawności orzeczenia wynika szkoda<sup>7</sup>. Stwierdzenie przez Sąd Najwyższy, zgodnie z art. 424<sup>11</sup> § 2 k.p.c., że zaskarżony wyrok jest w zaskarżonym zakresie niezgodny z prawem, daje

<sup>1</sup> Dz.U. z 2005 r. nr 13, poz. 98.

<sup>2</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. (Dz.U. nr 43, poz. 296), dalej: k.p.c.

<sup>3</sup> Dz.U. nr 145, poz. 1638.

<sup>4</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. nr 16, poz. 93), dalej: k.c.

<sup>5</sup> T. Wiśniewski, (w:) H. Dolecki, T. Wiśniewski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 324.

<sup>6</sup> T. Grzegorzczak, *Dopuszczalność skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w sądowym postępowaniu egzekucyjnym*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 2, s. 44; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 391.

<sup>7</sup> Wyrok z 9 marca 2006 r., II BP 6/05, OSNP 2007, nr 3–4, poz. 42.

uprawnienie stronie postępowania do wszczęcia kolejnego, „nowego” postępowania przed sądem powszechnym o odszkodowanie.

W doktrynie<sup>8</sup> prawa niezmiennie przyjmuje się, że skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia może być wniesiona wyłącznie przez podmiot będący stroną w postępowaniu, w którym zapadło orzeczenie będące przedmiotem skargi. Ogólnie rzecz ujmując, w postępowaniu cywilnym oznacza to tyle, że skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia może zostać wniesiona przez obydwie strony procesowe, którymi są powód oraz pozwany. Ustawodawca w postępowaniu o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, prowadzonego w trybie art. 424<sup>1</sup>–424<sup>12</sup> k.p.c., nie uwzględnił udziału podmiotu państwowego, którego to udziału nie można również wywieść z odpowiedniego stosowania przepisów o skardze kasacyjnej (art. 424<sup>12</sup> k.p.c.). Dodatkowo, co istotne, w uchwale z 23 listopada 2005 r.<sup>9</sup>, której nadano moc zasady prawnej, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, aktualny do dnia dzisiejszego, o nieuznawaniu Skarbu Państwa jako strony postępowania w sprawie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Także w piśmiennictwie<sup>10</sup> prawniczym przyjmuje się, że Skarb Państwa nie jest stroną w przedmiotowym postępowaniu, co *de lege lata* bezsprzecznie oznacza, że Skarb Państwa – prezes właściwego sądu powszechnego – jest wyłączony od udziału w postępowaniu prowadzonym na podstawie przedmiotowej skargi.

Taki stan rzeczy powinien jednak ulec zmianie.

Zauważyć bowiem należy, o czym przesądził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 18 kwietnia 2007 r.<sup>11</sup>, że skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jest środkiem prawnym, który wszczyna nowe, niezależne od poprzedniego postępowanie przed Sądem Najwyższym, co oznacza, że postępowanie ze skargi jest postępowaniem sytuującym się pomiędzy zakończonym prawomocnie postępowaniem a nowym postępowaniem prowadzonym w procesie odszkodowawczym. Postępowanie ze skargi wszczyna zatem sprawę odrębną od sprawy zakończonej prawomocnym orzeczeniem, którego zgodność z prawem jest kwestionowana. Cel jednak skargi oraz jej charakter prawny, uniemożliwiający Sądowi Najwyższemu dokonanie zmiany lub uchylenie zaskarżonego orzeczenia<sup>12</sup>, może uzasadniać uczestnictwo „trzeciego” podmiotu, bezpośrednio zainteresowanego oddaleniem wniesionej skargi czy niedopuszczeniem jej do rozpoznania jeszcze na etapie przedsądu. Założeniem przedmiotowej skargi oraz jej skutkiem prawnym, co warto przypomnieć, nie jest wzruszenie zaskarżonego orzeczenia przez jego zmianę bądź uchylenie (z wyjątkiem art. 424<sup>11</sup> § 3 k.p.c.), lecz poddanie kontroli sądowej prawomocnego orzeczenia sądu i w dalszej kolejności zni-

<sup>8</sup> G. Rząsa, (w:) R. Hauser, M. Wierzbowski, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 924.

<sup>9</sup> Uchwała SN z 23 listopada 2005 r., sygn. akt III BZP 2/05.

<sup>10</sup> L. Bagińska, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 27; P. Pogonowski, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w postępowaniu cywilnym. Problemy podstawowe (część I)*, „Rejent” 2005, nr 10 (174), s. 31.

<sup>11</sup> Sygn. akt V CZ 26/07, niepubl.

<sup>12</sup> Tylko wyjątkowo, na podstawie art. 424<sup>11</sup> § 3 k.p.c., Sąd Najwyższy, stwierdzając niezgodność wyroku z prawem, uchyla zaskarżony wyrok i wyrok sądu pierwszej instancji i odrzuca pozew albo umarza postępowanie.

weczenie niekorzystnych dla strony skutków prawnych<sup>13</sup>. W tym kontekście zauważyć należy, że strona postępowania, uzyskując korzystne dla siebie prawomocne orzeczenie, będące przedmiotem skargi (wniesionej przez stronę przeciwną), w zasadzie nie ma interesu w czynnym uczestnictwie w postępowaniu prowadzonym na podstawie tej skargi. Ewentualne ustosunkowanie się do zarzutów skargi i chęć odpiernia zarzutów przez stronę przeciwną mogłyby uzasadniać dopiero możliwość uchylenia lub zmiany zaskarżonego orzeczenia, które to procedowanie, z racji ściśle określonych możliwych rozstrzygnięć przed Sądem Najwyższym, zostało wyłączone. Jak zasadnie zauważył W. Sanetra, strona, która wygrała spór, nie ma w istocie interesu, by toczyć go nadal przed Sądem Najwyższym, skoro dające jej satysfakcję prawomocne orzeczenie nie może zasadniczo zostać już uchylone ani zmienione, celem jej przeciwnika procesowego jest zaś przede wszystkim uzyskanie odszkodowania od innego niż ona podmiotu, tj. od Skarbu Państwa<sup>14</sup>.

Odmienne uczestnictwo strony przeciwnej wygląda w przypadku postępowania kasacyjnego czy na podstawie skargi o wznowienie postępowania, gdzie ewentualne uwzględnienie przez sąd tych środków prawnych może rodzić skutek w postaci zmiany lub uchylenia zaskarżonego, prawomocnego orzeczenia. Możliwość zatem uchylenia lub zmiany prawomocnego orzeczenia motywuje stronę przeciwną (niewnoszącą skargi) do czynnego uczestnictwa w postępowaniu kasacyjnym czy w postępowaniu prowadzonym na podstawie skargi o wznowienie postępowania, dzięki czemu procedury te w praktyce realizują znaną w postępowaniu cywilnym zasadę dwustronności. Istotne przy tym także jest, że zarówno skarga kasacyjna, jak i skarga o wznowienie postępowania wraz ze skargą o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia tworzą spójny system kontroli legalności prawomocnych orzeczeń sądowych<sup>15</sup> i podobnie jak skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia również pełnią funkcję umożliwiającą dochodzenie, w osobnym procesie, naprawienia szkody wynikłej na skutek wydania lub wykonania orzeczenia sądu (art. 398<sup>15</sup>, art. 398<sup>16</sup>, art. 412 k.p.c. w zw. z art. 415 k.p.c.). Inny cel skarg, a co za tym idzie – również odmienne procedowanie w przypadku ich wniesienia, nie powinny różnicować udziału stron w postępowaniu w zależności od tego, który z omawianych nadzwyczajnych środków prawnych został złożony, co pomimo braku bezpośredniego wyłączenia drugiej strony od udziału w sprawie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia faktycznie ma miejsce. Efektem obecnej regulacji prawnej jest bowiem to, że z praktycznego punktu widzenia w postępowaniu prowadzonym na podstawie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia uczestniczy jedna ze stron ówczesnie prowadzonego postępowania, w którym zapadło zaskarżone orzeczenie, oraz Sąd Najwyższy rozpoznający skargę pod kątem jej zgodności z prawem. W postępowaniu tym brak jest podmiotu reprezentującego Skarb Państwa – prezesa

<sup>13</sup> M. Manowska, *Zmiany w kodeksie postępowania cywilnego wprowadzone w 2004 r.*, „Przeгляд Sądowy” 2005, nr 5, s. 37–38.

<sup>14</sup> W. Sanetra, *Uwagi o skardze o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia – ze szczególnym uwzględnieniem spraw z zakresu prawa pracy*, „Przeгляд Sądowy” 2005, nr 9, s. 11.

<sup>15</sup> T. Zembrzowski, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jako instrument dochodzenia od Skarbu Państwa naprawienia szkody wyrządzonej wydaniem orzeczenia sądowego w postępowaniu cywilnym*, „Studia Iuridica” 2007, t. 47, s. 314.

właściwego sądu powszechnego – który, chociaż w sposób teoretyczny, broniłby kwestionowanego, prawomocnego orzeczenia. Taka luka procesowa doprowadza do sytuacji, w której w przypadku uwzględnienia przez Sąd Najwyższy skargi Skarb Państwa, jako podmiot zobowiązany do rekompensaty szkody powstałej w wyniku wydania orzeczenia niezgodnego z prawem, nie jest uprawniony do udziału w tym postępowaniu, które bezpośrednio dotyczy jego interesu majątkowego.

Takie praktyczne założenie powinno *de lege ferenda* ulec odpowiedniemu, ustawowemu uregulowaniu. W tym kontekście należy również zauważyć, że ustawą z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>16</sup> ustawodawca wprowadził do ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>17</sup> instytucję skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, której regulacje prawne normują art. 285a–285l p.p.s.a. w postępowaniu, w którym udział Skarbu Państwa – organu administracji publicznej – jest zagwarantowany. Z analizy przepisów prawnych normujących to postępowanie bez wątpienia wynika, że uprawnienie do wniesienia skargi przysługuje stronie postępowania, którą w myśl art. 32 p.p.s.a. jest skarżący oraz organ, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania jest przedmiotem skargi. Powyższe oznacza, że w przypadku wniesienia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia przez stronę skarżącą organ administracji publicznej ma interes w tym, aby czynnie uczestniczyć w zainicjowanym przez stronę przeciwną postępowaniu ze skargi, tym bardziej że genezy powstania szkody dopatrywać się należy właśnie w działaniu tego organu, który wydał merytoryczne rozstrzygnięcie, a nie sądu administracyjnego, którego konstytucyjnym i ustawowym założeniem jest kontrola legalności zaskarżonych orzeczeń administracji. Jak wyjaśnił H. Dolecki<sup>18</sup>, sądy administracyjne odnoszą się do ustaleń dokonanych przez organy administracji oraz wydanych przez te organy rozstrzygnięć, dokonując kontroli pod względem zgodności z prawem. Jest to zasadnicza różnica w odniesieniu do postępowania ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w postępowaniu cywilnym, gdzie powstania szkody można dopatrywać się w działaniach sądu powszechnego pierwszej bądź drugiej instancji (art. 424<sup>1</sup> k.p.c.). Różnice te niewątpliwie wynikają z dwóch odmiennych postępowań sądowych, jednak konsekwencją tak przedstawionych różnic jest to, że *de facto* w postępowaniu ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w postępowaniu sądownoadministracyjnym udział organu administracji – który w obrocie cywilnoprawnym zasadniczo reprezentuje Skarb Państwa, wykonując w ramach przyznanych mu kompetencji swoje władztwo, działając w przydzielonym mu obszarze kompetencji<sup>19</sup> – jest zapewniony.

Takiej sytuacji prawnej nie można doszukać się w postępowaniu prowadzonym na podstawie Działu VIII Kodeksu postępowania cywilnego. Prowadzi to do różnicowania postępowań w zależności od tego, w którym to postępowaniu (cywilnym czy sądowno-

<sup>16</sup> Dz.U. nr 36, poz. 196.

<sup>17</sup> Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270), dalej: p.p.s.a.

<sup>18</sup> H. Dolecki, *Stosowanie przepisów procedury cywilnej w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2010, rok VI, z. 5–6 (32), s. 95.

<sup>19</sup> Z. Gawlik, (w:) A. Kidyba, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, część ogólna, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 162.

administracyjnym) została wniesiona skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, czego nie można zaaprobować, tym bardziej że wprowadzenie omawianej skargi w postępowaniu sądowoadministracyjnym również nastąpiło na kanwie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r.<sup>20</sup> Utrzymywanie takiej sytuacji prawnej świadczy o niespójnym systemie prawnym dotyczącym tych samych instytucji, posiadających ten sam cel procesowy.

Rozwiązując tak przedstawiony problem, można zaproponować, aby w postępowaniu ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w postępowaniu cywilnym udział Skarbu Państwa był ustawowo zagwarantowany, chociażby poprzez odpowiednie odesłanie do przepisów ustawy z dnia 8 lipca 2005 r.<sup>21</sup> o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 pkt 1 oraz art. 4 ust. 2 wskazanej ustawy do zadań Prokuraturii Generalnej należy między innymi wyłączone zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przed Sądem Najwyższym w sprawach, w których Skarb Państwa jest lub powinien być stroną powodową albo pozwaną, albo też uczestnikiem postępowania przed sądem (...), co mogłoby bezsprzecznie odpowiadać udziałowi tego podmiotu w postępowaniu prowadzonym ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w postępowaniu cywilnym, i rozważenia wymagałoby tylko rozszerzenie takiego udziału na postępowanie sądowoadministracyjne w celu ujednoczenia postępowania w przypadku tych instytucji. Argumentem przemawiającym za takim rozwiązaniem jest również fakt, o czym przesądził Sąd Najwyższy<sup>22</sup>, że przepis art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o Prokuraturii Generalnej zawiera normę szczególną w stosunku do art. 87<sup>1</sup> § 2 k.p.c., stanowiącego o konieczności zastępstwa stron przed Sądem Najwyższym przez adwokatów lub radców prawnych, o czym również stanowi § 3 art. 87<sup>1</sup> k.p.c.

Tak też w postępowaniu cywilnym można zaproponować, aby obecny art. 424<sup>2</sup> k.p.c. został zrehabilitowany poprzez podzielenie go na dwa paragrafy, którego obecna treść stanowiłaby § 1 art. 424<sup>2</sup> k.p.c., zaś nowo powstały § 2 art. 424<sup>2</sup> k.p.c. mógłby otrzymać brzmienie: „W postępowaniu ze skargi mają również odpowiednio zastosowanie przepisy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa w zakresie udziału w tym postępowaniu Skarbu Państwa”.

Zmodyfikowanie tego przepisu niewątpliwie doprowadziłoby do urzeczywistnienia możliwości wzięcia udziału Skarbu Państwa w postępowaniu prowadzonym na podstawie przedmiotowej skargi i zbliżyłoby je do postępowania ze skargi, prowadzonego w postępowaniu o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Do samego reprezentanta (przedstawiciela) Skarbu Państwa należałoby tylko podjęcie decyzji o udziale w postępowaniu ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Niewzięcie wtedy udziału i niepodjęcie obrony w odpiernaniu zarzutów postawionych przez stronę przeciwną, zmierzających do podważenia prawomocności zaskarżonego orzeczenia i ustalenia jego niezgodności z prawem, należałoby do dyskrecjonalnej decyzji samej Prokuraturii Generalnej (przedstawiciela Skarbu Państwa) czy prezesa właściwego sądu

<sup>20</sup> Wyrok TK z 22 grudnia 2009 r., Dz.U. z 2001 r. nr 145, poz. 1638.

<sup>21</sup> Dz.U. nr 169, poz. 1417, dalej również: ustawa o Prokuraturii Generalnej.

<sup>22</sup> Postanowienie SN z 20 listopada 2009 r., sygn. akt II CSK 353/09, LEX nr 570127.



powszechnego, przy czym możliwość wzięcia udziału w tym postępowaniu podmiotu reprezentującego interesy Skarbu Państwa powinna być zagwarantowana poprzez odpowiednie regulacje ustawowe.

## Summary

*Rafał Dul*

STATE TREASURY IN PROCEEDINGS FOR RECOGNITION  
OF INCONSISTENCE OF A VALID COURT DECISION  
WITH THE APPLICABLE LAW

This article describes issues related to proceedings carried out upon an action for stating legal inconsistency of a valid judgment, with the Treasury being a part of such procedure. In the contents of the article it has been shown that, according to the procedure where the subject action is lodged (civil or court-administrative one), different are the manners in which the participation of the State factor is provided in the procedure for stating legal inconsistency of the valid judgment. This reveals lack of consistency on the part of the legislator and certain need to make uniform the legal regulations for these institutions in a manner so as to avoid existence of procedural differences between these appellate instruments within this field.

KEY WORDS: state treasury, claim for recognition of inconsistency of a valid court decision with the applicable law, party of the proceedings, participant of the proceedings, state administration body, State Treasury Solicitor's Office

POJĘCIA KLUCZOWE: Skarb Państwa, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, strona postępowania, uczestnik postępowania, organ administracji, Prokuratura Generalna

## KLAUZULE NIEDOZWOLONE W UMOWACH ZAWIERANYCH W FORMIE AKTU NOTARIALNEGO

### 1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Regulacja normatywna klauzul niedozwolonych – choć wprowadzona<sup>1</sup> do polskiego systemu prawnego ponad 12 lat temu – nadal wzbudza pewne kontrowersje w praktyce<sup>2</sup>. Ustawodawca, w celu implementacji dyrektywy nr 93/13/WE z 5 kwietnia 1993 r. o nieuczciwych warunkach w umowach konsumenckich<sup>3</sup>, wprowadził do krajowego porządku prawnego m.in. dwa mechanizmy. Mają one chronić konsumentów przed przedsiębiorcami wykorzystującymi swoją silniejszą pozycję na rynku i nakładającymi na nich postanowienia, na które w innych okolicznościach by nie przystali. Pierwszy z nich dotyczy niedozwolonych postanowień umownych, drugi – niedozwolonych postanowień wzorców umów.

Podstawowa różnica pomiędzy tymi dwiema regulacjami odnosi się do etapu kontraktowania, w którym klauzule niedozwolone mogą występować, oraz skutków związanych z ich stosowaniem. Niedozwolone postanowienia wzorców umownych mogą, lecz nie muszą znaleźć się w umowie – nawet jeżeli zostaną wprowadzone do umowy – nie zawsze będzie to oznaczać, że staną się niedozwolonymi postanowieniami umownymi. Niedozwolone postanowienia wzorców umownych są zakazane niezależnie od okoliczności ich stosowania. Ustawodawca wiąże z nimi sankcję w postaci wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przedmiocie stwierdzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, z czym może wiązać się sankcja dodatkowa w postaci kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary<sup>4</sup>.

Natomiast warunkiem *sine qua non* uznania postanowień umownych kształtujących prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszających jego interesy, jest zaniechanie dokonania indywidualnych uzgodnień konkretnych postanowień. Sankcją w takim przypadku jest ich prawna bezskuteczność. W tym miejscu należy przytoczyć trafne<sup>5</sup> stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone

---

<sup>1</sup> Na podstawie ustawy z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. z 2000 r. nr 22, poz. 271 ze zm.).

<sup>2</sup> Por. B. Pawlak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego a zakres orzekania Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zagadnienia wybrane*, (w:) *Problemy z sądową ochroną praw człowieka*, t. I, red. R. Szytchmiller, J. Krzywkowska, Olsztyn 2012, s. 465–478.

<sup>3</sup> Dz.Urz. WE z 1993 r. L 95, s. 29.

<sup>4</sup> Por. opracowane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów *Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów*. Dokument ten dostępny jest na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

<sup>5</sup> Por. T. Szancilo, *Głosa do uchwały SN z dnia 13 stycznia 2011 r., III CZP 119/10*, „Głosa” 2012, nr 2, s. 71–75.

w uchwale<sup>6</sup> z 13 stycznia 2011 r., zgodnie z którym: „Postanowienie wzorca umowy, sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy, nie może być uznane za niedozwolone postanowienie umowne”.

Tu nasuwa się pytanie – czy umowy, które *ad solemnitatem* muszą być zawarte w formie aktu notarialnego, mogą zawierać w sobie niedozwolone postanowienia umowne, skoro są sporządzane przez przedstawiciela zawodu zaufania publicznego – notariusza? Cięży na nim przecież wiele obowiązków określonych ustawą Prawo o notariacie<sup>7</sup>. Przyjęcie poglądu, że ich wystąpienie w umowie jest związane z uchybieniem obowiązkom notariusza, mogłoby przesądzać, że w takiej sytuacji cały akt notarialny objęty powinien być sankcją nieważności. Uznanie, że ważny akt notarialny ze swej istoty nie może zawierać postanowień niedozwolonych, mogłoby nasuwać myśl – idąc śladem stanowiska SN wyrażonego we wskazanej wcześniej uchwale – iż również wzór takiej umowy nie może zawierać niedozwolonych postanowień. Czy zatem, a jeśli tak, to w jakim zakresie, przedsiębiorcy grożą w omawianym przypadku sankcje związane ze stosowaniem klauzul zabronionych? Poważne wątpliwości może także wywoływać problem odpowiedzialności notariusza za ich wprowadzenie do aktu notarialnego.

Wyżej przedstawione zagadnienia stanowią będą przedmiot niniejszego artykułu. Rozważania, choć w założeniu mają mieć wymiar ogólny, zostaną podjęte ze szczególnym uwzględnieniem prawnej regulacji umowy deweloperskiej, zawartej w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego<sup>8</sup>. Rozwiązanie to zostało przyjęte przez autora niniejszego artykułu z dwóch przyczyn. Po pierwsze, deweloper obowiązany jest do przedstawienia wzorca umownego zainteresowanemu zawarciem umowy deweloperskiej nabywcy, zazwyczaj konsumentowi. Przy czym deweloper nie może narzucić nabywcy notariusza, przed którym zostanie zawarta umowa na podstawie wzorca, co oznacza, że notariusz, przed którym dojdzie do zawarcia umowy deweloperskiej, może nie być autorem jej postanowień. Drugim argumentem jest okoliczność, że ustawodawca – wprowadzając obowiązek zachowania formy aktu notarialnego nie tylko do umowy deweloperskiej, ale także przedwstępnej umowy deweloperskiej<sup>9</sup> – uniemożliwił obchodzenie przepisów prawa co do formy. Oznacza to, że każdy wzór umowy deweloperskiej, jeżeli będzie miał w przyszłości stać się podstawą do zawarcia ważnej umowy, będzie musiał przybrać formę aktu notarialnego.

W celu pełnego omówienia przedstawionego problemu rozważania zostaną rozpoczęte od możliwości i skutków stosowania niedozwolonych postanowień umownych, a dopiero w dalszej kolejności – niedozwolonych postanowień wzorców umów – *de facto* projektów aktów notarialnych. Ich zwieńczeniem będzie omówienie odpowiedzialności przedsiębiorcy oraz notariusza w związku ze stosowaniem klauzul abuzywnych.

<sup>6</sup> Uchwała SN z 13 stycznia 2011 r., III CZP 119/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 95.

<sup>7</sup> Ustawa z 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. nr 189, poz. 1158 ze zm.), dalej: Pr. not.

<sup>8</sup> Ustawa z 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. z 2011 r. nr 232, poz. 1377), dalej: u.o.p.n.

<sup>9</sup> Wniosek taki wynika z art. 26 u.o.p.n. w zw. z art. 2 ust. 2 u.o.p.n. Odesłanie zawarte w art. 2 ust. 2 u.o.p.n. wyklucza możliwość stosowania art. 390 k.c. o formie umowy przedwstępnej. Odmiennie H. Ciepla, (w:) H. Ciepla, B. Szczytowska, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa 2012, s. 35–36.

## 2. NIEDOZWOLONE POSTANOWIENIA UMOWNE PRZEJĘTE Z WZORCA UMOWY STOSOWANEGO PRZEZ PRZEDSIĘBIORCĘ

Należyte omówienie problemu możliwości przyjęcia, że umowa zawarta w formie aktu notarialnego może zawierać postanowienia niedozwolone, wymaga porównania przesłanek uznania klauzul za niedozwolone z obowiązkami notariusza sporządzającego akt notarialny. W tym miejscu uwagi ograniczone zostaną do sytuacji, gdy postanowienia aktu notarialnego zostały narzucone przez przedsiębiorcę, a dopiero w dalszej części niniejszego opracowania – gdy ich wprowadzenie nastąpiło za sprawą notariusza. Co prawda, co do zasady redakcją oświadczeń woli w akcie notarialnym zajmuje się notariusz. Nie sposób jednak wykluczyć zawarcia umowy w formie aktu notarialnego z wykorzystaniem wzorca umownego sporządzonego przez przedsiębiorcę. Najlepszym tego przykładem jest przywoływana już prawna regulacja umowy deweloperskiej, zgodnie z którą obowiązkiem dewelopera jest przygotowanie wzorca umowy deweloperskiej. Nie ma on przy tym uprawnienia do narzucenia nabywcy kancelarii notarialnej, umowy o tożsamej treści mogą być zawierane przed różnymi notariuszami. Co więcej, każda zmiana umowy w stosunku do wzorca umownego nie tylko powinna być zaznaczona w akcie notarialnym w sposób widoczny, ale także skutkuje powstaniem po stronie nabywcy uprawnienia do odstąpienia od umowy deweloperskiej na warunkach określonych w art. 29 ust. 1 pkt 2 u.o.p.n. Zatem omawiana sytuacja, od chwili wejścia w życie ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, nabrała szczególnej doniosłości praktycznej.

Jak już wskazywano – zgodnie z art. 385<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego<sup>10</sup> – niedozwolone postanowienia umowne to takie, które po pierwsze, nie zostały z konsumentem indywidualnie uzgodnione, po drugie, kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Ustawodawca jednocześnie wskazał, co należy rozumieć przez brak indywidualnego uzgodnienia. Jest to stan, w którym konsument nie ma rzeczywistego wpływu na określone postanowienie – w szczególności gdy zostanie ono przejęte z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. Nie ma zatem decydującego znaczenia okoliczność, że konsument dane postanowienie rozumiał i był świadom jego skutków<sup>11</sup>.

Natomiast obowiązkiem<sup>12</sup> notariusza sporządzającego akt notarialny jest odczytanie aktu, przy której to czynności zobligowany jest również do przekonania się, czy strony przed jego podpisaniem dokładnie rozumieją jego treść oraz znaczenie, a także że akt ten jest zgodny z ich wolą (art. 94 § 1 Pr. not.). Obowiązkiem notariusza jest również czuwanie nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznymi interesami stron oraz innych osób, dla których dokonywana czynność prawna może powodować skutki prawne (art. 80 § 2 Pr. not.), a także udzielanie niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej (art. 80 § 3 Pr. not.). Wreszcie notariusz obowiązany jest do odmowy dokonania czynności sprzecznej z prawem (art. 81 Pr. not.). Czy przedstawione

<sup>10</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16 poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>11</sup> Zob. szerzej M. Bednarek, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 659.

<sup>12</sup> W niniejszym artykule omówione zostaną jedynie te obowiązki notariusza, które mogą mieć związek z omawianą problematyką.

powyżej obowiązki wykluczają możliwość pojawienia się w akcie notarialnym klauzul abuzywnych?

Realizacja pierwszego z przedstawionych wyżej obowiązków notariusza, uregulowanego w art. 94 § 1 Pr. not., zdaje się nie wykluczać możliwości pojawienia się w akcie notarialnym klauzul niedozwolonych. Sam fakt, że dane postanowienie jest dla konsumenta zrozumiałe oraz zgodne z jego wolą, nie oznacza, iż miał on na nie rzeczywisty wpływ. Taka sytuacja jest zrozumiała, jeśli wziąć pod uwagę cele przywoływanej już dyrektywy nr 93/13/WE. Jej zadaniem jest bowiem eliminacja z obrotu postanowień niekorzystnych dla konsumentów. Przewaga kontraktowa przedsiębiorcy powoduje, że wybór konsumenta zazwyczaj ograniczony jest do alternatywy – albo zawrze umowę z postanowieniami dla siebie niekorzystnymi, albo nie zawrze umowy wcale. Dopiero realny wpływ na treść umowy – którego to wpływu na podstawie art. 94 § 1 Pr. not. notariusz nie bada – skutkuje brakiem możliwości uznania, że konkretne postanowienie ma charakter abuzywny.

Nieco inne wnioski mogą wynikać z analizy kolejnego obowiązku notariusza, wynikającego z art. 80 § 2 oraz 3 Pr. not. Dbając o interesy stron umowy, notariusz powinien czuwać, by wszystkie jej postanowienia były wiążące. Czy jednak oznacza to, że obowiązkiem notariusza jest doprowadzenie do sytuacji, w której konsument będzie miał wpływ na konkretne postanowienie umowne? W ocenie autora niniejszego artykułu na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Przeciwnie stanowisko trudno byłoby urzeczywistnić w praktyce. Wymuszenie na przedsiębiorcy, by konsument miał wpływ na postanowienie umowne, mogłoby skutkować odmową zawarcia umowy (o nowej treści) przez przedsiębiorcę. To z kolei nie zawsze byłoby zgodne z interesem konsumenta, dla którego nierzadko lepiej jest zawrzeć umowę z poszczególnymi postanowieniami niekorzystnymi niż nie zawrzeć jej wcale (np. nabycie nieruchomości po okazyjnej cenie uzależnione od wyrażenia zgody na umowne uregulowanie właściwości sądu). Należy wreszcie postawić tezę, że niedozwolone postanowienia umowne *de facto* nie kreują sytuacji prawnej konsumenta w sposób dla niego niekorzystny, gdyż w ogóle nie kreują jego sytuacji prawnej. Zgodnie z art. 385<sup>1</sup> k.c. są one w końcu prawnie bezskuteczne<sup>13</sup>. W tym zakresie jedynym niebezpieczeństwem dla konsumenta pozostaje okoliczność, że nie wiedząc o prawnej bezskuteczności danego postanowienia, postępowałby on zgodnie z jego brzmieniem. Na tym polega rola notariusza, by informować strony, które postanowienia mogą być uznane za niedozwolone. Okoliczność ta winna mieć swoje odzwierciedlenie w treści aktu notarialnego, w przeciwnym wypadku notariusz naraża się na zarzut niedopełnienia omawianego obowiązku z art. 80 Pr. not. Jednakże samo poinformowanie stron, o którym mowa powyżej, nie może być uznane za umożliwienie konsumentowi rzeczywistego wpływu na treść konkretnego postanowienia. Oczywiście jeżeli po udzieleniu takich informacji przedsiębiorca umożliwi konsumentowi wpływ na treść umowy<sup>14</sup>, wówczas również, w celu zabezpieczenia interesu stron umowy, stosowna informacja powinna znaleźć się

<sup>13</sup> Literalne brzmienie omawianego przepisu może być mylące, gdyż wskazuje się tam, że „postanowienia umowy zawieranej z konsumentem (...) nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami”. O wiele bardziej precyzyjnym sformułowaniem byłoby użycie czasownika „kształtować” w trybie przypuszczającym – „kształtowałyby”.

<sup>14</sup> Choć wpływ ten nie musi oznaczać, że niekorzystne postanowienie zostanie rzeczywiście zmodyfiko-

w treści aktu notarialnego. W przeciwnym bowiem wypadku, jeżeli pomimo rzeczywistego wpływu na konkretne postanowienie konsument nie zażąda jego zmiany, mógłby on w późniejszym czasie twierdzić, że postanowienie spełnia warunki z art. 385<sup>1</sup> k.c. i jako takie jest prawnie bezskuteczne. Wówczas ciężar dowodu dokonania uzgodnień spoczywałby na przedsiębiorcy, co w praktyce może okazać się trudne. Brak zatem takiej informacji może zagrażać interesom przedsiębiorcy. Niemniej jednak należy uznać, że z samej treści art. 80 § 2 i 3 Pr. not. nie sposób wysnuć wniosku, iż ważny akt notarialny nie może zawierać klauzul niedozwolonych.

Podobne uwagi należy odnieść do obowiązku wynikającego z art. 81 Pr. not. Umowa zawierająca postanowienia niedozwolone nie może być uznana za sprzeczną z prawem, podobnie same postanowienia, w stosunku do których ustawodawca przewidział jedynie sankcję bezskuteczności.

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że prawna regulacja szczególnej formy czynności prawnej, jaką jest forma aktu notarialnego, nie wyklucza pojawienia się w umowie zawartej z jej zachowaniem niedozwolonych postanowień umownych – choć niewątpliwie możliwość ich pojawienia się w sposób znaczący została ograniczona. Trudno bowiem byłoby racjonalnie uzasadnić sytuację, kiedy obie strony umowy, wiedząc, że poszczególne jej postanowienia są prawnie bezskuteczne, zdecydowałyby się na ich zachowanie.

### 3. NIEDOZWOLONE POSTANOWIENIA UMOWNE PRZEJĘTE Z PROJEKTU AKTU NOTARIALNEGO STOSOWANEGO PRZEZ NOTARIUSZA

W praktyce zawierania umów w formie aktu notarialnego częstszą sytuacją jest zredagowanie treści umowy przez notariusza. Zazwyczaj wykorzystywany jest przy tym wzór stosowany w danej kancelarii. Co zatem w przypadku, gdy w umowie zawieranej w formie aktu notarialnego znajdzie się postanowienie, które co prawda nie zostanie narzucone przez przedsiębiorcę – drugą stroną kontraktu – lecz będzie wprowadzone do niej przez sporządzającego akt notarialny notariusza, samo zaś postanowienie kształtować będzie prawa i obowiązki konsumenta w sposób spreczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy? Czy w takiej sytuacji można mówić o niedozwolonym postanowieniu umownym?

Zwrócić należy uwagę, że ustawodawca w art. 385<sup>1</sup> k.c. nie wskazał, kto ma być autorem postanowień niekorzystnych dla konsumenta. Wszelkie przesłanki poza tą, że drugą stroną umowy musi być przedsiębiorca, odnoszą się bezpośrednio do konsumenta. Sam fakt, że postanowienie niedozwolone zostało sformułowane przez notariusza, pozostaje prawnie irrelevantny. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że o ile redakcja aktu notarialnego przez notariusza jest sytuacją typową, o tyle już narzucenie przez notariusza w tym akcie postanowień, które odpowiadałyby hipotezie art. 385<sup>1</sup> k.c., jest sytuacją raczej niespotykaną, choć jej wystąpienia nie sposób wykluczyć.

---

wane lub usunięte. Konsument może uzależnić pozostawienie postanowienia dla niego niekorzystnego od wprowadzenia do umowy innego postanowienia dla niego korzystnego, czy też od obniżenia ceny.



#### 4. NIEDOZWOLONE POSTANOWIENIA WZORCÓW UMOWNYCH W PROJEKTACH AKTÓW NOTARIALNYCH

Powyższe rozważania w zasadzie rozstrzygają kwestię, czy projekt umowy, która *ad solemnitatem* wymaga zachowania formy aktu notarialnego, może zawierać niedozwolone postanowienia wzorców umownych. Jak wynika z przedstawionej analizy, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. W szczególności należy zwrócić uwagę na okoliczność, że ocena wzorców umownych dokonywana jest w sposób abstrakcyjny, to jest niezależnie od tego, czy na ich podstawie dochodzi do zawierania umów lub czy w umowach znajdują się później klauzule niedozwolone (na skutek modyfikacji tych postanowień lub umożliwienia konsumentowi rzeczywistego na nie wpływu).

Oznacza to zatem, że do takich wzorców umownych zastosowanie mieć będzie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>15</sup>. Nasuwa się jednak pytanie, przeciwko komu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów miałby prowadzić postępowanie o stwierdzenie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów – przeciwko przedsiębiorcy czy przeciwko notariuszowi. Odpowiedzi na tak postawione pytanie należy udzielić, wskazując to, kto wzorcem umownym się posługuje. Przez posługiwanie się wzorcem należy rozumieć oferowanie zawarcia umowy na jego podstawie.

W przypadku gdy wzorcem umownym posługuje się przedsiębiorca – strona przyszłej umowy – niewątpliwie to ten podmiot narusza zbiorowe interesy konsumentów. W przypadku umowy deweloperskiej, której wzór – jak wskazywano – musi zostać udostępniony nabywcy, deweloper będzie ponosił odpowiedzialność za jego treść niezależnie od tego, kto dany wzór opracował. Nawet gdy autorem wzoru umowy jest notariusz, odpowiedzialność z art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. ciążyć będzie na deweloperze. To bowiem nie notariusz stosuje w kontaktach z konsumentem wzorce zawierające klauzule niedozwolone, lecz deweloper.

Dużo poważniejszym problemem jest rozstrzygnięcie kwestii, czy notariusz mógłby odpowiadać na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. w sytuacji, gdy umowy przed nim zawierane zawierają klauzule niedozwolone za sprawą przejęcia ich z wzorców umownych (projektów aktów notarialnych) stosowanych przez notariusza. Problem ten może wywoływać kontrowersje nie tylko z teoretycznego, ale i praktycznego punktu widzenia.

W zasadzie można by stwierdzić, że literalna treść art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. nie wyklucza możliwości uznania, iż notariusz stosujący wzorzec aktu notarialnego, który wykorzystuje do sporządzania umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami – jeżeli postanowienia w nim zawarte zostały wpisane do rejestru klauzul niedozwolonych – narusza zbiorowe interesy konsumentów. Wniosek taki wydaje się jednak nieprawidłowy. Notariusz nie składa konsumentowi oferty zawarcia umowy o określonej treści na podstawie wzorca umownego, lecz spisuje oświadczenia woli składane przez strony. W konsekwencji – nawet jeżeli w kancelarii notarialnej funkcjonuje pewien wzorzec – nie

<sup>15</sup> Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej: u.o.k.k.

sposób uznać, że jest to wzorzec umowy, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. Wprowadzanie w konkretnych przypadkach do aktów notarialnych klauzul wpisanych do rejestru klauzul niedozwolonych uznać by należało co najwyżej za naruszenia indywidualnych interesów konsumenta. Suma indywidualnych interesów konsumenta została przez ustawodawcę wykluczona z zakresu definicji zbiorowego interesu konsumentów (art. 24 ust. 3 u.o.k.k.). Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że w omawianej sytuacji art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. nie będzie mieć zastosowania.

## 5. PODSUMOWANIE

Zawarcie czynności prawnej w formie aktu notarialnego niewątpliwie wiąże się ze zwiększonym bezpieczeństwem stron jej dokonujących. Obowiązki nałożone przez ustawodawcę na notariusza powodują, że w praktyce naruszenie interesów stron umowy zawieranej w formie aktu notarialnego występuje rzadko. Niemniej jednak nie sposób jest wykluczyć dopuszczalności uznania, że akt notarialny może zawierać klauzule niedozwolone. Co więcej, sytuacji tej nie sposób ocenić w sposób negatywny, pod warunkiem przyjęcia, że obowiązkiem notariusza jest poinformowanie zarówno konsumenta, jak i przedsiębiorcy, iż konkretne postanowienia mogą zostać uznane za klauzule niedozwolone.

Powyższe skutkuje możliwością uznania, że także projekt umowy zawieranej *ad solemnitate*m w formie aktu notarialnego może zawierać niedozwolone postanowienia wzorca umownego. Co więcej, podmiot oferujący konsumentowi zawarcie umowy na podstawie takiego wzorca będzie w takim przypadku naruszał zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. Nie sposób jednak uznać, by podmiotem naruszającym zbiorowe interesy konsumentów mógł być notariusz sporządzający akt notarialny.

## Summary

*Bartosz Pawlak*

### ABUSIVE CLAUSES IN CONTRACTS IN THE FORM OF A NOTARIAL DEED

The article discusses the existence of abusive clauses in contracts in the form of a notarial deed. This issue is important from the point of view of consumer protection. Considerations were made on the basis of notarial deeds and projects of notarial deeds. Proper discussion of this problem required an indication of the conditions of abusive clauses and obligations of a notary preparing the deed. Resolved the issue of liability of the trader and the notary in connection with the use of abusive clauses.

KEY WORDS: notary act, abusive clauses, notary, consumer protection, contract, developer agreement, standard contractual, model contract

POJĘCIA KLUCZOWE: akt notarialny, klauzule niedozwolone, notariusz, ochrona konsumenta, umowa, umowa deweloperska, wzorzec umowny

## REGRES UBEZPIECZENIOWY PRZY SZKODZIE W POJEŹDZIE CZŁONOWYM

Z punktu widzenia prawa nie stanowi zwykle problemu ustalenie sprawcy szkody w zwykłej konfiguracji zdarzenia w postaci kolizji drogowej, czyli osoby zobowiązanej do naprawienia szkody, a w konsekwencji również odpowiedzialności ubezpieczyciela, którego ze sprawcą szkody w dniu zdarzenia łączyła umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Problem zasady odpowiedzialności ubezpieczyciela pojawia się w specyficznej konfiguracji, a mianowicie gdy sprawcą kolizji jest kierujący pojazdem ciągnącym (ciągnikiem siodłowym), z którym połączony jest pojazd ciągniony (nacze-pa), z tym że pojazdy te stanowią własność dwóch różnych podmiotów, które mają zawarte umowy ubezpieczenia z dwoma różnymi ubezpieczycielami. Powstaje wówczas zagadnienie prawne, czy sprawca kolizji kierujący pojazdem ciągnącym ponosi odpowiedzialność wobec właściciela pojazdu ciągnionego, a następnie – czy ubezpieczyciel sprawcy odpowiada w stosunku do ubezpieczyciela tego ostatniego pojazdu.

Wzajemną odpowiedzialność dwóch ubezpieczycieli za skutki zdarzenia drogowego w postaci kolizji rozpatrywać należy z punktu widzenia tzw. regresu ubezpieczeniowego. Chodzi tu o sytuację, w której ubezpieczyciel uczestnika tej kolizji wypłaci odszkodowanie na rzecz swojego klienta na podstawie umowy dobrowolnego ubezpieczenia autocasco (AC) lub analogicznego, a następnie zwróci się do ubezpieczyciela sprawcy szkody o refundację wypłaconego odszkodowania na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC).

Zgodnie bowiem z art. 828 § 1 zd. 1 k.c., jeżeli nie umówiono się inaczej, z dniem zapłaty odszkodowania przez zakład ubezpieczeń roszczenie ubezpieczającego przechodzi z mocy prawa na zakład ubezpieczeń do wysokości zapłaconego odszkodowania. W doktrynie podnosi się, że z przepisu tego wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż uprawnienia regresowe przechodzą na ubezpieczyciela z mocy prawa (*ex lege*). Jest to tzw. subrogacja ustawowa (*cessio legis*), która oznacza przejście na ubezpieczyciela wierzytelności do wysokości dokonanej zapłaty w rozumieniu art. 518 k.c., w stosunku do którego art. 828 k.c. jest przepisem szczególnym<sup>1</sup>.

W art. 828 § 1 k.c. uregulowane zostały uprawnienia regresowe ubezpieczyciela do podmiotów pozostających poza stosunkiem ubezpieczenia. Odnoszą się one przy tym do sytuacji, w których wystąpienie wypadku ubezpieczeniowego jest zdarzeniem prawnym powodującym nie tylko odpowiedzialność ubezpieczeniową ubezpieczyciela, ale także odpowiedzialność innego podmiotu, czyli osoby trzeciej, z tytułu jej odpowiedzialności cywilnej za szkodę w ubezpieczonym przedmiocie. Poszkodowany ma wów-

---

<sup>1</sup> Por. H. Cieplą, T. Żyżnowski, *Glosa do wyroku Sądu Wojewódzkiego z dnia 25 lutego 1993 r.*, I Cr 68/93, OSP 1994, nr 2, s. 30.

czas dwa roszczenia o naprawienie tej samej szkody: do ubezpieczyciela i do osoby trzeciej ponoszącej odpowiedzialność cywilną. Ubezpieczyciel, który zaspokoił roszczenie ubezpieczeniowe, jest natomiast uprawniony do dochodzenia w drodze regresu zwrotu wypłaconego odszkodowania od osoby ponoszącej odpowiedzialność cywilną.

Istota tego regresu polega więc na zmianie wierzyciela w stosunku zobowiązaniowym między poszkodowanym a osobą odpowiedzialną za szkodę przez wejście ubezpieczyciela w miejsce poszkodowanego, a następnie na realizacji roszczenia. Roszczenie regresowe ubezpieczyciela ma zatem charakter pochodny, zależny od istnienia zobowiązania, z tytułu którego może być wykonywane. Górną granicą odpowiedzialności sprawcy szkody w stosunku do ubezpieczyciela w procesie regresowym jest to, co byłby on zobowiązany świadczyć bezpośrednio poszkodowanemu na podstawie przepisów prawa cywilnego. Orzekając o roszczeniu regresowym, sąd powinien ustalić, jak kształtowałby się obowiązek naprawienia szkody między poszkodowanym a sprawcą, i dopiero wówczas odpowiednio określić wysokość roszczenia regresowego. Ze względu na dyspozytywny charakter art. 828 § 1 k.c. w umowie ubezpieczenia strony mogą wyłączyć przewidziane w tym przepisie przejście roszczenia na ubezpieczyciela<sup>2</sup>. Pamiętać jednak należy, że treść tego przepisu nie stwarza domniemania, iż suma odszkodowania wypłaconego przez zakład ubezpieczeń odpowiada zakresowi odpowiedzialności osoby, która wyrządziła szkodę. Roszczenie ubezpieczyciela oparte na tym przepisie podlega ogólnym zasadom w zakresie rozkładu ciężaru dowodu w procesie<sup>3</sup>.

W świetle natomiast art. 822 § 1 k.c. przez umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zakład ubezpieczeń zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, względem których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo osoba, na której rzecz została zawarta umowa ubezpieczenia.

Zatem z dniem wypłaty przez ubezpieczyciela poszkodowanego odszkodowania na rzecz swojego klienta nabywa on z mocy prawa roszczenie przeciwko osobie, która spowodowała kolizję. Ponieważ jednak właściciel pojazdu, którym kieruje sprawca szkody, jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej związanej ze skutkami ruchu pojazdów u konkretnego ubezpieczyciela, obowiązek zapłaty odszkodowania przechodzi na tego ostatniego. Wierzytelność ubezpieczyciela poszkodowanego wobec ubezpieczyciela sprawcy szkody powstaje więc *ex lege* z chwilą wypłaty odszkodowania uprawnionemu z polisy ubezpieczenia AC.

Ustalenia wymaga, czy szkoda w prawie ubezpieczeniowym jest pojęciem tożsamym ze szkodą w prawie cywilnym.

Najbardziej ogólna zasada odnosząca się do wysokości szkody wynika z dyspozycji art. 361 § 2 k.c., zgodnie z którym, w braku zastrzeżeń umownych lub szczególnych przepisów ustawy, szkoda winna być naprawiona w całości. Szkodę stanowi różnica pomiędzy stanem majątkowym, jaki zaistniałby, gdyby do zdarzenia wywołującego szkodę nie doszło, a stanem majątkowym powstałym w wyniku zaistnienia tego zdarzenia. Natomiast stosownie do treści art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze

<sup>2</sup> Por. wyrok SN z 16 czerwca 2009 r., V CSK 447/08, niepubl.

<sup>3</sup> Por. wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., IV CSK 300/09, niepubl.

Ubezpieczycieli Komunikacyjnych<sup>4</sup> odszkodowanie ustala się i wypłaca w granicach odpowiedzialności cywilnej posiadacza lub kierującego pojazdem mechanicznym, najwyżej jednak do ustalonej w umowie ubezpieczenia sumy gwarancyjnej, z tym że w przepisie tym ustalone zostały minimalne limity sum gwarancyjnych w przypadku szkód na osobie i szkód w mieniu.

Zatem w sytuacji zaistnienia szkody ubezpieczyciel odpowiadający z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za sprawcę szkody obowiązany jest do jej naprawienia w całości. Jak bowiem wskazał SN w wyroku z 11 czerwca 2003 r.<sup>5</sup>, nie ma różnicy między pojęciem szkody w rozumieniu ogólnych przepisów prawa cywilnego i szkody w rozumieniu prawa ubezpieczeniowego. W obu przypadkach chodzi o utratę lub zmniejszenie aktywów bądź powstanie lub zwiększenie pasywów osoby poszkodowanej. Do ustalenia szkody w ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej stosuje się ogólne zasady prawa odszkodowawczego. Przy tym ubezpieczeniu odesłanie do obowiązującego prawa oznacza odesłanie do art. 361 k.c., a więc do związku przyczynowego adekwatnego.

W konsekwencji do odszkodowania ubezpieczeniowego przy ubezpieczeniu OC znajduje zastosowanie, obowiązująca w prawie odszkodowawczym, zasada pełnego odszkodowania, która odnosi się do szkody wyrządzonej przez ubezpieczonego innej osobie. Obowiązek naprawienia szkody przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej powstaje z chwilą wyrządzenia szkody i nie jest uzależniony od tego, czy poszkodowany dokonał naprawy rzeczy i czy w ogóle zamierza ją naprawić<sup>6</sup>. Od wyboru poszkodowanego zależy zatem sposób naprawienia szkody, co wynika z treści art. 363 § 1 zd. 1 k.c., z ograniczeniem przewidzianym w drugim zdaniu tego przepisu. Ubezpieczyciel sprawcy szkody nie może więc odmówić wypłaty odszkodowania z tej tylko przyczyny, że poszkodowany nie zamierza naprawić uszkodzonego pojazdu.

Z punktu widzenia poruszanego zagadnienia istotne jest ustalenie zakresu zastosowania art. 38 ust. 1 pkt 1 u.u.o. Zgodnie z tym przepisem zakład ubezpieczeń nie odpowiada za szkody polegające na uszkodzeniu, zniszczeniu lub utracie mienia, wyrządzone przez kierującego posiadaczowi pojazdu mechanicznego – dotyczy to również sytuacji, kiedy posiadacz pojazdu mechanicznego, którym szkoda została wyrządzona, jest posiadaczem lub współposiadaczem pojazdu mechanicznego, w którym szkoda została wyrządzona. Jednak jak stanowi ust. 2, wyłączenie to nie obejmuje szkody wyrządzonej w mieniu, jeżeli pojazdy mechaniczne uczestniczące w zdarzeniu są przedmiotem umowy leasingu zawartej przez posiadaczy tych pojazdów z tym samym finansującym lub zostały prze-właszczone przez posiadaczy tych pojazdów na tego samego wierzyciela lub są przedmiotem zastrzeżenia własności rzeczy sprzedanej na rzecz tego samego wierzyciela.

Jak wskazał SN w uchwale z 22 kwietnia 2005 r.<sup>7</sup>, art. 38 ust. 1 pkt 1 u.u.o. nie ma zastosowania, jeżeli właścicielem uszkodzonego lub zniszczonego pojazdu mechanicznego i pojazdu mechanicznego kierowanego przez sprawcę szkody jest bank kredytujący, na którego przewłaszczone zostały te pojazdy, lub finansujący na podstawie umowy leasingu, które to banki oddały je w posiadanie zależne.

<sup>4</sup> Dz.U. nr 124, poz. 1152 ze zm., dalej: u.u.o.

<sup>5</sup> V CKN 308/01, niepubl.

<sup>6</sup> Por. np. wyrok SA w Katowicach z 17 marca 2004 r., I ACa 32/04, „Wokanda” 2005, nr 6, poz. 49 czy wyrok SN z 16 maja 2002 r., V CKN 1273/00, niepubl.

<sup>7</sup> III CZP 99/04, OSNC 2005, nr 10, poz. 166.

Jak stanowi art. 35 u.u.o., ubezpieczeniem OC posiadaczy pojazdów mechanicznych jest objęta odpowiedzialność cywilna każdej osoby, która kierując pojazdem mechanicznym w okresie trwania odpowiedzialności ubezpieczeniowej, wyrządziła szkodę w związku z ruchem tego pojazdu. W ruchu musi pozostawać przynajmniej pojazd sprawcy szkody. Podkreślenia wymaga, że samochód jest w ruchu od chwili włączenia silnika aż do zakończenia jazdy, przy czym szkoda może być także wyrządzona w czasie dobrowolnego czy też planowanego postoju. Zakończenie jazdy nie musi wcale nastąpić w miejscu z góry zaplanowanym, jednak z reguły nie nastąpi ono, dopóki samochód pozostaje na drodze publicznej. Jeżeli więc nastąpi defekt samochodu, czyniący go niezdatnym do dalszej podróży, to ruch samochodu ustanie dopiero po odholowaniu go do bazy remontowej. Samochód pozostawiony na szosie stwarza bowiem niebezpieczeństwo dla innych użytkowników i dlatego musi być uważany za będący w ruchu tak w świetle art. 436 § 1 k.c., jak i przepisów o obowiązkowych ubezpieczeniach komunikacyjnych<sup>8</sup>.

Przesłanka wyłączenia odpowiedzialności ubezpieczyciela, określona w art. 38 ust. 1 pkt 1 u.u.o., wskazuje na konieczność uczestnictwa w kolizji dwóch pojazdów mechanicznych. Nie ma znaczenia rodzaj zaistniałej kolizji. W szczególności może to być zderzenie się pojazdów mechanicznych, a więc zetknięcie się ich, gdy oba pojazdy pozostają wobec siebie w ruchu w powyższym znaczeniu.

Dodatkowo w art. 34 ust. 2 u.u.o. wskazano, że za szkodę powstałą w związku z ruchem pojazdu mechanicznego uważa się również szkodę powstałą podczas wsiadania i w związku z wsiadaniem do pojazdu mechanicznego lub wysiadaniem z niego, bezpośrednim załadowywaniem lub rozładowywaniem pojazdu mechanicznego oraz zatrzymaniem lub postojem pojazdu mechanicznego. Można więc, oprócz zderzenia się pojazdów, wyróżnić inne rodzaje kolizji pojazdów mechanicznych. Zatem może zaistnieć sytuacja, że tylko jeden z uczestniczących w kolizji pojazdów mechanicznych, a mianowicie ten, którym kierował sprawca szkody, pozostaje w ruchu. Rodzaj kolizji ma znaczenie jedynie z punktu widzenia ustalenia zasady odpowiedzialności sprawcy szkody, gdyż przy zderzeniu się pojazdów wchodzi w grę zasada winy, w przypadku zaś najechania – zasada ryzyka. Tak więc o ile pojazd sprawcy szkody musi być w ruchu, o tyle bez znaczenia dla odpowiedzialności jego ubezpieczyciela pozostaje, czy pojazd uczestnika zdarzenia (poszkodowanego) również pozostawał w ruchu. W konsekwencji ubezpieczyciel, który ma zawartą ze sprawcą szkody umowę obowiązkowego ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych, ponosi odpowiedzialność na podstawie takiej umowy zarówno, gdy odpowiedzialność posiadacza lub kierującego pojazdem oparta jest na zasadzie ryzyka, jak i wtedy, gdy jest oparta na zasadzie winy.

Powyżej mowa była o sytuacji, w której w kolizji uczestniczą dwa odrębne od siebie pojazdy mechaniczne, a roszczenia regresowe są wysuwane pomiędzy ubezpieczycielami tych dwóch odrębnych pojazdów. Rozpatrywany przypadek dotyczy zaś roszczeń ubezpieczycieli w odniesieniu do szkody zaistniałej w zespole pojazdów w postaci pojazdu ciągnącego i ciągniętego, tj. ciągnika siodłowego i naczepy. W związku z tym trzeba zwrócić uwagę na kilka definicji legalnych zawartych w art. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym<sup>9</sup>. Stosownie do treści tego przepisu:

<sup>8</sup> Por. wyrok SN z 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04, niepubl.

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 108, poz. 908 ze zm.



- pojazdem jest środek transportu przeznaczony do poruszania się po drodze oraz maszyna lub urządzenie do tego przystosowane (pkt 31),
- zespołem pojazdów są pojazdy złączone ze sobą w celu poruszania się po drodze jako całość – nie dotyczy to pojazdów złączonych w celu holowania (pkt 49),
- pojazdem członowym jest zespół pojazdów składający się z pojazdu silnikowego złączonego z naczepą (pkt 35),
- przyczepą jest pojazd bez silnika, przystosowany do łączenia go z innym pojazdem (pkt 50),
- naczepą jest przyczepa, której część spoczywa na pojeździe silnikowym i obciąża ten pojazd (pkt 52).

Jeżeli mówimy o pojeździe składającym się z dwóch części, tj. ciągnika siodłowego (pojazdu ciągnącego) i naczepy (pojazdu ciągnionego), to chodzi tu o jeden pojazd, a mianowicie pojazd zwany pojazdem członowym. Jest to odmiana zespołu pojazdów, o którym można mówić w sytuacji, gdy złączone zostają ze sobą co najmniej dwa pojazdy, z wyjątkiem ich złączenia w celu holowania.

O zespole pojazdów i pojazdach mechanicznych złączonych w celu holowania mowa jest w art. 37 u.u.o. Trzeba jednak zauważyć, że w odniesieniu do zespołu pojazdów przepis ten dotyczy tylko zespołu składającego się z pojazdu ciągnącego i przyczepy. Jeżeli bowiem szkoda zostaje wyrządzona ruchem zespołu pojazdów mechanicznych, ubezpieczeniem OC posiadacza pojazdu mechanicznego ciągnącego jest objęta szkoda spowodowana przyczepą, która jest złączona z pojazdem silnikowym albo odłączyła się od pojazdu silnikowego ciągnącego i jeszcze się toczyła. W żadnym z ustępów tego artykułu ustawodawca nie odniósł się do odpowiedzialności w sytuacji, gdy zespół pojazdów stanowi ciągnik siodłowy i naczepa. Częste zaś są sytuacje, gdy właścicielami ciągnika siodłowego i naczepy są dwa różne podmioty. Taka konstrukcja jest wykorzystywana chociażby przy zawieraniu umów leasingu w odniesieniu do poszczególnych elementów zespołu pojazdów.

Jeżeli dochodzi do kolizji, w której uczestniczy pojazd członowy oraz inny pojazd, spowodowanej przez kierującego ciągnikiem siodłowym, a uszkodzeniu uległy zarówno pojazd uczestnika, jak i naczepa w pojeździe członowym, to mamy do czynienia z dwiema szkodami:

- zewnętrzną – w pojeździe uczestnika,
- wewnętrzną – w naczepie złączonej z ciągnikiem siodłowym.

Niewątpliwie sprawca szkody, ewentualnie ubezpieczyciel, z którym miał on zawartą umowę ubezpieczenia OC, odpowiada wobec właściciela pojazdu uczestniczącego w kolizji, w którym zaistniała szkoda wywołana zachowaniem się sprawcy. Podstawę odpowiedzialności stanowią powołane wcześniej przepisy, ustaleniu podlega zaś zasada odpowiedzialności i wysokość szkody, jaka wystąpiła w wyniku tego zdarzenia.

W sposób mniej oczywisty przedstawia się sytuacja w odniesieniu do szkody wewnętrznej. Jeżeli ciągnik siodłowy i naczepa stanowią własność dwóch różnych podmiotów, to kierujący ciągnikiem siodłowym, powodując kolizję drogową i wywołując szkodę w naczepie, wywołuje ją w mieniu innej osoby. Jednak nadal mówimy tu o jednym pojeździe w rozumieniu przepisów prawa, chociaż składającym się z dwóch pojazdów, w tym jednego pojazdu mechanicznego. Jak podkreślił SN w wyroku z 10 marca 2004 r.<sup>10</sup>, szkodą

<sup>10</sup> IV CK 116/03, „Biuletyn SN” 2004, nr 11, poz. 9.

na mieniu w rozumieniu art. 436 w zw. z art. 435 k.c. jest jedynie uszczerbek w obiektach zewnętrznych w stosunku do mechanicznego środka komunikacji. Szkada właściciela wynikająca z uszkodzenia podczas ruchu pojazdu członowego naczepy oddanej w posiadanie zależne na podstawie najmu nie jest objęta obowiązkowym ubezpieczeniem OC posiadacza pojazdu członowego. Posiadacz pojazdu członowego nie może w tym przypadku odpowiadać wobec właściciela naczepy za jej uszkodzenie na podstawie art. 436 k.c., ponieważ nie stanowi ona elementu zewnętrznego w stosunku do będącego w ruchu pojazdu członowego. W braku odpowiedzialności cywilnej posiadacza pojazdu mechanicznego za daną szkodę szkoda ta nie może być oczywiście objęta także odpowiedzialnością ubezpieczyciela z tytułu ubezpieczenia OC posiadacza pojazdu mechanicznego.

Istota problemu sprowadza się więc do ustalenia, czy przepisy dotyczące odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych odnoszą się do wszystkich szkód powstałych w wyniku zdarzenia drogowego, jakim jest kolizja. Z przepisów u.u.o. nie wynika zakres podmiotowy odpowiedzialności ubezpieczyciela w ramach ubezpieczenia OC. Natomiast w art. 822 § 1 k.c. mowa jest o szkodach wyrządzonych osobom trzecim. Zakres odpowiedzialności ubezpieczonego wobec osoby trzeciej wyznacza, co do zasady, zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu ubezpieczenia OC. Osobą trzecią, wobec której ubezpieczyciel odpowiada z tytułu ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych, jest więc poszkodowany w związku z ruchem pojazdu, mający deliktowe roszczenie o naprawienie szkody do posiadacza lub kierowcy. Ze względu na akcesoryjny charakter zobowiązania ubezpieczyciela do zapłaty odszkodowania z tytułu ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych nie dochodzi do powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu tego ubezpieczenia w tych wszystkich przypadkach, w których brak podstaw do stwierdzenia odpowiedzialności ubezpieczonego posiadacza lub kierowcy za szkodę wyrządzoną w związku z ruchem pojazdu. Przypadek taki występuje przede wszystkim wtedy, gdy szkody w wyniku ruchu pojazdu prowadzonego przez ubezpieczonego posiadacza – i zarazem ubezpieczającego – doznał, w mieniu lub na osobie, jedynie ten posiadacz. Poza tym, mimo że z art. 436 § 1 w zw. z art. 435 § 1 k.c. wynika, iż posiadacz pojazdu mechanicznego odpowiada za szkodę na osobie lub w mieniu wyrządzoną komukolwiek przez ruch tego pojazdu, nie ma podstaw do przyjęcia odpowiedzialności posiadacza zależnego pojazdu na podstawie art. 436 § 1 zd. 2 k.c. wobec właściciela pojazdu za uszkodzenie lub zniszczenie pojazdu podczas ruchu. Należy przyjąć, że powołana regulacja, dotycząc szkody na mieniu, obejmuje jedynie obiekty zewnętrzne w stosunku do pojazdu, co odpowiada jej celowi<sup>11</sup>.

Takie jest *ratio legis* powołanych przepisów, a jednocześnie istota odpowiedzialności sprawcy szkody. Z przepisów prawa o ruchu drogowym wynika jednoznacznie, że ciągnik siodłowy z naczepą traktowany jest jako jeden pojazd, zwany pojazdem członowym, a nie dwa odrębne pojazdy. Innymi słowy, naczepa nie stanowi elementu zewnętrznego w stosunku do ciągnika siodłowego, z którym jest złączona. Cecha odrębności została nadana w art. 37 u.u.o. zespołowi pojazdów składającemu się z ciągnika siodłowego i przyczepy. To przyczepa została wyróżniona przez ustawodawcę jako element, z którym związana jest w pewnych sytuacjach odpowiedzialność ubezpieczeniowa. Natomiast ciągnik siodłowy i złączoną z nim naczepę ustawodawca potraktował jako

<sup>11</sup> Por. uchwałę SN z 19 stycznia 2007 r., III CZP 146/06, OSNC 2007, nr 11, poz. 161.

jeden pojazd, a w przypadku szkody wyrządzonej nacze­pą w takim układzie nie istnieje odpowiedzialność za nacze­pę odrębna od odpowiedzialności kierującego ciągnikiem siodłowym. W takim układzie brak jest bowiem elementu odrębności, a tylko wobec pojazdu zewnętrznego w stosunku do pojazdu członowego może, co do zasady, zaistnieć odpowiedzialność za szkodę (w ramach umowy ubezpieczenia OC) wyrządzoną przez kierującego ciągnikiem siodłowym (przed zmianą przepisów). Skoro elementu takiego brakowało, gdyż szkoda zostawała wyrządzona w części składowej samego pojazdu członowego, brak było przesłanek do przyjęcia odpowiedzialności kierującego ciągnikiem siodłowym w stosunku do właściciela przedmiotowej naczepy, a w konsekwencji – ubezpieczyciela sprawcy szkody w stosunku do ubezpieczyciela poszkodowanego, który wypłacił odszkodowanie na podstawie umowy ubezpieczenia AC.

W konsekwencji jedynie konkretny przepis ustawy mógł decydować o tym, czy odpowiedzialność kierującego pojazdem mechanicznym w postaci ciągnika siodłowego mogła dotyczyć złączonej z nim naczepy. Takiego przepisu nie było, co uzasadniało powyższy wniosek. Sytuacja zmieniła się z dniem 11 lutego 2012 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja art. 37 u.u.o., wprowadzona ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw<sup>12</sup>. W wyniku tej zmiany w art. 37 ustawy został dodany ust. 4. W przepisie tym zawarto dodatkowe wyłączenia w zakresie ubezpieczenia OC posiadacza pojazdu mechanicznego w przypadku zespołu pojazdów mechanicznych lub pojazdów mechanicznych złączonych w celu holowania. W takich przypadkach ubezpieczeniem OC posiadacza pojazdu mechanicznego nie jest objęta odpowiedzialność za szkody wyrządzone w związku z ruchem:

- 1) pojazdu ciągnącego lub holującego – w przyczepie lub pojeździe holowanym,
- 2) przyczepy lub pojazdu holowanego – w pojeździe ciągnącym lub holującym.

O ile wcześniejsze ustępy art. 37 u.u.o. odnoszą się do szkody zewnętrznej w stosunku do zespołu pojazdów, powstałej w trakcie zaistniałej kolizji, to w ust. 4 ustawodawca unormował kwestię odpowiedzialności również w odniesieniu do szkody wewnętrznej. Wprowadzono więc normę prawną, która w bezpośredni sposób dotyczy odpowiedzialności kierującego ciągnikiem siodłowym (pojazdem ciągnącym) za szkody powstałe w przyczepie – zgodnie z powołanym przepisem taka odpowiedzialność jest wyłączona. *A contrario*, skoro w art. 37 ust. 4 u.u.o. zostało zawarte wyłączenie w odniesieniu do szkód w przyczepie (jak również w pojeździe holowanym, z tym że pozostaje to poza zakresem niniejszego opracowania), to inne szkody w zespole pojazdów mechanicznych podlegają obowiązkowi odszkodowawczemu. Celem unormowania odpowiedzialności cywilnej sprawcy szkody jest ochrona poszkodowanych ruchem pojazdu mechanicznego, a więc w zasadzie ogółu osób, poza posiadaczem pojazdu, którego ruch stwarza szczególne zagrożenie. Brak przed nowelizacją ustawy przepisu dotyczącego szkód w zespole pojazdów skutkowało wyłączeniem odpowiedzialności kierującego pojazdem ciągnącym w stosunku do pojazdów ciągniomych. Zakres odpowiedzialności cywilnej sprawcy szkody był więc ograniczony, gdyż nie dotyczył wszystkich poszkodowanych. Status poszkodowanego zależny był od tego, czy była nim osoba trzecia w stosunku zewnętrznym wobec zespołu pojazdów.

<sup>12</sup> Dz.U. nr 205, poz. 1210 ze zm.

Powołana zmiana spowodowała, że w ramach odpowiedzialności cywilnej należy również rozpatrywać szkody wewnętrzne. Ponieważ wyłączenie zawarte w art. 37 ust. 4 u.u.o. dotyczy jedynie szkody w przyczepie, to szkody w innych zespołach pojazdów powinny być naprawione w ramach odpowiedzialności cywilnej kierującego pojazdem ciągnącym. W związku z tym, jeżeli zaistnieje szkoda w naczepie stanowiącej element pojazdu członowego, będącego jednym z rodzajów zespołu pojazdów, która to szkoda została spowodowana przez kierującego pojazdem ciągnącym (ciągnikiem siodłowym), to szkoda ta podlega naprawieniu na zasadach ogólnych, jeżeli elementy pojazdu członowego stanowią własność dwóch różnych podmiotów.

Powyższą nowelizację należy ocenić pozytywnie, gdyż rozszerza zakres podmiotowy odpowiedzialności sprawcy szkody w stosunku do osób trzecich. W konsekwencji również ubezpieczyciel, który ma zawartą umowę ubezpieczenia OC z właścicielem (posiadaczem) pojazdu ciągnącego, jest zobowiązany do refundacji w ramach regresu ubezpieczeniowego odszkodowania wypłaconego przez ubezpieczyciela właściciela naczepy, jeżeli szkoda w naczepie powstała w wyniku ruchu pojazdu ciągnącego.

## Summary

*Tomasz Szancilo*

### INSURANCE SUBROGATE WHEN THE DAMAGE TO THE TRACTOR-TRAILER

If on the way there is a collision involving tractor-trailer, and the perpetrator of the event is the driver of such a vehicle, there are two types of injury: external and internal, when the towing vehicle (tractor) and connected to the towed vehicle (trailer) belong to two different people. If the owners of these vehicles have signed an insurance contract with two different insurers, there is then a question of law or conflict of directing the perpetrator is liable to a trailer's owner, and then - if the insurer the perpetrator is responsible in relation to the insurer of the last vehicle. The essence of the problem boils down to determine whether the provisions on civil liability of vehicle owners apply to all damage caused by a road accident which is the collision as tractor-trailer is treated as a single vehicle, called the articulated vehicle and not two separate vehicles. So the trailer is not an external element to the tractor, with which it is united. Only the specific provision of the Act may decide whether the liability of motor vehicle driver in a truck tractor may include trailers affixed thereto. Polish regulations on this subject have evolved to recognize the possibility of compensation for damage caused by a semi-trailer which forms part of a modular vehicle when the damage was caused by a steering tractor unit if the vehicle modular elements are the property of two different people. This is also important for settlements between insurers such persons.

KEY WORDS: tractor-trailer, road traffic collision, civil liability, insurance subrogate, injury, insurer

POJĘCIA KLUCZOWE: ciągnik siodłowy z naczepą, kolizja drogowa, odpowiedzialność cywilna, regres ubezpieczeniowy, szkoda, ubezpieczyciel

## TREŚĆ UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH PO NOWELIZACJI PRAWA TELEKOMUNIKACYJNEGO

Najnowsza nowelizacja ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej: Pt), która została opublikowana 21 grudnia 2012 r. i weszła w życie 21 stycznia 2013 r., miała na celu głównie implementację dwóch dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 listopada 2009 r., zmieniających regulacje dotyczące rynku telekomunikacyjnego, tj.:

1) dyrektywy 2009/136/WE zmieniającej dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz. Urz. UE L 337 z 18 grudnia 2009 r., s. 11) oraz

2) dyrektywy 2009/140/WE zmieniającej dyrektywę 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 337 z 18 grudnia 2009 r., s. 37).

Nowelizacja jest bardzo obszerna i dotyczy przeszło połowy ustawy (130 artykułów spośród 235, które liczy ustawa). W naszej ocenie szczególne znaczenie dla rynku telekomunikacyjnego będą miały zmiany dotyczące treści umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych (dalej: Umowa).

Pierwszą ze zmian w treści Umowy, jakie wprowadza nowelizacja, jest dopuszczenie możliwości zawierania Umowy w „formie elektronicznej za pomocą formularza udostępnionego na stronie internetowej dostawcy usług”. Forma pisemna nie jest więc już jedyną formą, w jakiej tego typu umowa może zostać zawarta. Zmianę należy ocenić pozytywnie, gdyż ułatwia zawarcie Umowy obu stronom. Warto przy tym zaznaczyć, że klient powinien mieć możliwość wydrukowania sobie wypełnionego i złożonego elektronicznie formularza. W ten sposób miałby potwierdzenie treści umowy. Pomimo tego, że nowelizacja takiego obowiązku nie przewiduje, wydaje się, iż udostępnienie tego rodzaju funkcjonalności ułatwi również przedsiębiorcom późniejsze śledzenie ewentualnych zmian wprowadzanych do Umowy.

Dalej nowelizacja wprowadza zmiany do ustępu 3 artykułu 56 Pt, gdzie wskazana jest minimalna treść, jaką powinna mieć Umowa. Dodano tu między innymi wymóg wyszczególnienia elementów składających się na opłatę abonamentową. Wydaje się, że chodzi tu o rodzaje świadczonych usług, w szczególności elementy pakietu świadczonych usług. Wymieniając okres, na jaki została zawarta Umowa, nowe przepisy wprowadzają

dodatkowo obowiązek określenia minimalnego okresu wymaganego do skorzystania z warunków promocyjnych. Wprowadzając tę zmianę, ustawodawca wskazuje możliwość wydzielenia w trakcie trwania Umowy okresu, który jest wymagany do skorzystania z promocji. Można więc wyobrazić sobie Umowy, w których wyróżniony jest okres, którego upływ jest konieczny do amortyzacji ulgi przyznanej abonentowi.

Nowe przepisy dodają również do treści Umowy „sposoby dokonywania płatności”. Można przypuszczać, że chodzi o możliwość odroczenia płatności lub o płatność rozłożoną na raty. Dodatek wynika z postanowień dyrektywy 2009/136/WE. Dyrektywa zawiera jednak zapis uzupełniający. Zapis w art. 1 pkt 14 dyrektywy 2009/136/WE zmieniający art. 20 ust. 1 pkt d dyrektywy 2002/22/WE określa „sposoby płatności oraz różnice w kosztach wynikające z różnych sposobów płatności”. Zamysłem ustawodawcy europejskiego było więc wprowadzenie różnych sposobów płatności, które mogłyby wprowadzać różnice w kosztach ponoszonych przez klienta. Można wyobrazić sobie nawet jakiegoś rodzaju formę przedpłaty dla usług, które do tej pory były opłacane po upływie danego okresu rozliczeniowego. Jednocześnie dzięki temu, że przedsiębiorca telekomunikacyjny uzyskiwałby wcześniej opłatę, klient mógłby uzyskiwać pewną ulgę kosztową. **Zatem ustawodawca polski pominął ważny element, który wyraźnie wskazywałby, dlaczego wprowadza się wymóg nowego zapisu w Umowie. O ile brzmienie dyrektywy sugeruje, że różne sposoby dokonywania płatności mogą powodować różnice w kosztach, jakie abonent ponosi – na przykład zniżka przy dokonaniu jednorazowej płatności lub przy przedpłaceniu jakiejś części płatności – o tyle nowe przepisy Pt takiej sugestii nie zawierają. W efekcie przepis ten może pozostać martwy o tyle, że nie spowoduje, aby przedsiębiorcy telekomunikacyjni wprowadzali nowe sposoby płatności, które różnicowałyby koszty abonenta.** Przedsiębiorcy jedynie wymieniają sposoby dokonywania płatności, które były stosowane do tej pory.

W nowym pkt 10 ust. 3 Pt wymienione są „ograniczenia w zakresie korzystania z udostępnionych abonentowi przez dostawcę usług telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, o ile zostały one wprowadzone przez dostawcę usług lub na jego zlecenie”. Ustawodawca europejski wymienia w ustępie (24) preambuły dyrektywy 2009/136/WE jedynie blokadę karty SIM jako przykład takiego ograniczenia.

Z kolei w pkt 11 omawianego ustępu wprowadzone zostają dość obszerne dane dotyczące funkcjonalności świadczonej usługi. Obejmują one następujące informacje:

- czy zapewniane są połączenia z numerami alarmowymi,
- czy gromadzone są dane o lokalizacji urządzenia końcowego, z którego wykonywane jest połączenie,
- o wszelkich ograniczeniach w kierowaniu połączeń do numerów alarmowych,
- o wszelkich ograniczeniach w dostępie lub korzystaniu z usług i aplikacji,
- o procedurach wprowadzonych przez dostawcę usług w celu pomiaru i organizacji ruchu w sieci, aby zapobiec osiągnięciu lub przekroczeniu pojemności łącza, wraz z informacją o ich wpływie na jakość świadczonych usług,
- o działaniach, jakie dostawca usług jest uprawniony podejmować w związku z przypadkami naruszenia bezpieczeństwa lub integralności sieci i usług.

**Ilość informacji wprowadzanych do Umowy nie przyczyni się do zwiększenia przejrzystości Umowy. W naszej ocenie będzie wręcz odwrotnie.** Owszem, zgodnie z postanowieniami ust. 5 art. 56 Pt większość z danych wymienionych powyżej może być umiesz-



czona w regulaminie świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych. Natomiast fakt umieszczenia tych informacji w regulaminach nie spowoduje zwiększenia przejrzystości Umowy. Abonent, żeby zapoznać się z całością informacji dotyczących jego stosunku umownego, musi przecież sięgnąć również do regulaminu. Przeniesienie tych informacji do regulaminów spowoduje zwiększenie objętości oraz przeciążenie informacjami regulaminów, które zgodnie z duchem dyrektywy również powinny być jasne i przejrzyste. Komentatorzy widzą sprzeczność postanowień, które z jednej strony nakazują, aby zapisy umów, cenników i regulaminów były jasne i przejrzyste, z drugiej zaś wymagają, aby umieszczać w tych dokumentach coraz więcej szczegółowych informacji<sup>1</sup>.

Jednocześnie ustawodawca postanowił sprecyzować kwestię podania do publicznej wiadomości treści regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Dotąd bowiem ustawa nie precyzowała sposobu, w jaki regulamin powinien być podany do publicznej wiadomości. Jak wskazuje M. Rogalski, w praktyce podanie regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych do publicznej wiadomości mogło zostać zrealizowane poprzez: podanie jego treści w prasie, udostępnienie go na stronie internetowej lub w odpowiednich punktach sprzedaży danego dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych czy wreszcie wywieszenie go w ogólnie dostępnym pomieszczeniu przedsiębiorcy<sup>2</sup>. **Według nowych przepisów dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych jest co do zasady obowiązany podać regulamin do publicznej wiadomości poprzez publikację na swojej stronie internetowej.**

Nadal należy też podawać dane dotyczące jakości usług, z tym że w nowelizacji uzupełniono ten wymóg o wyjaśnienie, iż w szczególności chodzi o „minimalne oferowane poziomy jakości usług, w tym czas wstępnego przyłączenia, a także inne parametry jakości usług, jeżeli zostały określone przez Prezesa UKE (...)”.

Tutaj można zauważyć, że przepis nakładający zobowiązanie uzupełnienia treści Umowy o nowe informacje jednocześnie jest na tyle mało precyzyjny, że jego wykonanie może sprawiać przedsiębiorcom telekomunikacyjnym trudności. Czy bowiem chodzi tu o minimalne poziomy jakości wszystkich świadczonych usług, wszystkich elementów tych usług, czy też tylko o te najważniejsze? Jeżeli chodzi o te najważniejsze, to które z usług i ich elementów należy za takie uznać?

Ponadto określenie minimalnych poziomów nawet tak oczywistych wartości usług, jak zasięg sieci czy prędkość transmisji danych, może być w praktyce bardzo trudne, gdyż wartości te zależą od wielu czynników, w tym czynników geograficznych, warunków zabudowy, o natężeniu ruchu w sieci nie wspominając. W związku z tym wartości te mogą ulegać zmianie i niekiedy, w wyjątkowo niesprzyjających okolicznościach, osiągać bardzo niskie parametry. Czy w takim przypadku przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni przewidywać najgorszy z możliwych zbieg negatywnych okoliczności i podawać wartość wyliczoną na tej podstawie? Podkreślić trzeba, że właściwe spełnienie tego obowiązku ma niebagatelne znaczenie dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, gdyż niewłaściwe wykonanie obowiązku określonego w art. 56 Pt jest zagrożone karą pieniężną wskazaną w art. 209 Pt w wysokości do 3% przychodu ukaranego podmiotu, osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym.

<sup>1</sup> M. Wach, „Prawo i Regulacje” 2012, nr 3, s. 82.

<sup>2</sup> M. Rogalski (red.), K. Kawalek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010.

Omawiany zapis jest wprowadzony zgodnie z dyrektywą 2009/136/WE, jednak w dyrektywie poziomy jakości usług ograniczone są (użyto sformułowania „a mianowicie”, w wersji angielskiej „namely”) do czasu wstępnego przyłączenia oraz w odpowiednich przypadkach usług określonych przez krajowe organy regulacyjne (przy czym zgodnie z postanowieniami ust. (34) preambuły dyrektywy organy te muszą zakres wskazanych usług poddać badaniu Komisji Europejskiej).

Tymczasem w nowelizacji czas wstępnego przyłączenia wymieniony jest jako przykładowy poziom jakości usług – użyto sformułowania „w tym”. Naszym zdaniem taki zapis wykracza poza ramy dyrektywy, a na pewno powoduje wątpliwości interpretacyjne. Zgodnie z uchwaloną wersją nowelizacji przedsiębiorcy telekomunikacyjni mają obowiązek sprecyzowania w Umowie (lub w regulaminie, jeżeli wyraźne postanowienie Umowy będzie tak przewidywać) minimalnych poziomów jakości oferowanych usług. Jednak w przeciwieństwie do dyrektywy nowe przepisy Pt nie wskazują, o które usługi chodzi. Zamysłem ustawodawcy europejskiego było, aby ustawodawca krajowy określił wyraźnie, o jakie parametry jakości usług chodzi, natomiast w odpowiednich przypadkach inne parametry określać miał krajowy organ regulacyjny. **Natomiast zapis wprowadzony przez ustawodawcę polskiego nie wyjaśnia, o jakie usługi chodzi, stwarzając wrażenie, że chodzi o wszelkie usługi świadczone przez danego dostawcę.**

Właściwe określenie wymaganych przez ustawę minimalnych oferowanych poziomów jakości usług ma donieść znaczenie, gdyż poza karą wskazaną w art. 209 przedsiębiorca telekomunikacyjny jest odpowiedzialny przed abonentem za zapewnienie wskazanych poziomów jakości usług. W przypadku gdy określony w Umowie poziom usług nie został osiągnięty, klientowi należy się odszkodowanie. Umowa ma określać jego wysokość oraz zasady i terminy wypłaty. W jaki sposób przedsiębiorca telekomunikacyjny miałby określić wysokość odszkodowania w przypadku braku zasięgu sieci w określonym miejscu? Czy w umowie najpierw musiałyby znaleźć się informacje, jaki minimalny poziom zasięgu geograficznego przedsiębiorca telekomunikacyjny gwarantuje? Bez doprecyzowania przez ustawodawcę, o jakie poziomy jakości usług chodzi w punkcie nakazującym zapisanie w Umowie ich minimalnych wartości, wątpliwości takie będzie można mnożyć.

Wspomnieć można, że temat jakości usług jest w chwili obecnej konsultowany przez Prezesa UKE z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Prezes UKE zaproponował przedsiębiorcom podpisanie memorandum w sprawie jakości usług. Memorandum takie zostało podpisane 26 października 2012 r. przez wszystkich głównych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zgodnie z treścią memorandum jego przedmiotem jest wspólne ustalenie przez Prezesa UKE oraz przedsiębiorców telekomunikacyjnych wykazu i definicji, wskaźników jakości usług, które będą publikowane przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a także metodologii dokonywania obiektywnego pomiaru wskaźników jakości oraz trybów i form informowania o wskaźnikach jakości przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Opracowanie tych definicji oraz metodologii pomiarów ma być efektem prac zespołu przedstawicieli UKE oraz sygnatariuszy memorandum.

Nowelizacja przewiduje także, że Umowa powinna określać sposoby informowania abonenta o wyczerpaniu pakietu transmisji danych w przypadku usługi dostępu do sieci Internet świadczonej w ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz o możliwości bieżącej kontroli stanu takiego pakietu przez abonenta. Tutaj należy spytać, dlaczego taka informacja ma dotyczyć wyłącznie ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Usługa transmisji danych w określonych pakietach równie dobrze może być świadczona w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Umowa ma także określać zasady umieszczania danych abonenta w spisie abonentów w przypadku umowy dotyczącej świadczenia usług głosowych, sposób przekazywania abonentowi informacji o zagrożeniach związanych ze świadczoną usługą, w tym o sposobach ochrony bezpieczeństwa prywatności i danych osobowych, oraz informację o wszelkich opłatach należnych w momencie rozwiązania Umowy, w tym o warunkach zwrotu urządzeń końcowych ze wskazaniem, na czyj koszt zwrot ma nastąpić. Znowu wyraźnie widać, że umieszczenie tych informacji nie przyczyni się do zwiększenia przejrzystości Umów i regulaminów.

Szczególny wpływ na działalność przedsiębiorców telekomunikacyjnych będzie miało natomiast ograniczenie w przypadku Umowy zawieranej z konsumentem początkowego okresu jej obowiązywania do 24 miesięcy. Dostawca usług ma także zapewnić użytkownikowi końcowemu możliwość zawarcia Umowy na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy. W związku z tą zmianą pojawia się jednak wiele pytań.

I tak, czy 24-miesięczny okres Umowy ma dotyczyć tylko pierwszej Umowy zawieranej przez konsumenta z danym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym? Czy może też dotyczyć ma on początkowego okresu każdej kolejnej Umowy? Zatem czy „początkowy okres obowiązywania umowy” lub – jak stanowi dyrektywa 2009/136/WE – „początkowy okres zobowiązania” (*„initial commitment period”* w wersji angielskiej) to po prostu pierwsza Umowa z danym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym? Wydaje się, że o to chodziło ustawodawcy. Zgodnie z tym zapisem konsument kupujący po raz pierwszy daną usługę, jak również zmieniający dostawcę usługi telekomunikacyjnej nie może podpisać Umowy dłuższej niż na 24 miesiące, nawet jeżeli sam taką Umowę by preferował, choćby z uwagi na atrakcyjniejszą ofertę.

Warto zauważyć, że często do zmiany dostawcy usług telekomunikacyjnych zachęca konsumenta atrakcyjna oferta innego przedsiębiorcy, która może być tak atrakcyjna właśnie z uwagi na dłuższy okres obowiązywania umowy. W sytuacji gdy interpretacja przepisu uniemożliwia zaoferowanie konsumentowi przy zmianie dostawcy dłuższego okresu zobowiązania, a co za tym idzie – wyraźnie atrakcyjniejszej oferty, konsumenci nie będą znajdowali na rynku zachęty do zmiany dostawcy. A przecież właśnie możliwość tej zmiany jest jednym z głównych elementów konkurencyjnego rynku.

Dodatkowym problemem jest, w jaki sposób traktować oferty, które dotyczą określonej liczby doładowań, przy czym częstotliwość obowiązkowych doładowań jest taka, że pozwala korzystać z usługi przez okres dłuższy niż 24 miesiące. Na przykład jak traktować sytuację, w której przedsiębiorca telekomunikacyjny oferuje usługę w formule 30 lub 36 doładowań, przy czym doładowania nie mogą być robione rzadziej niż raz na miesiąc? Oczywiście konsument może dokonać 30 doładowań w ciągu kolejnych 30 dni. Jednak zazwyczaj oferta jest tak skonstruowana, że nabywcą tej usługi będzie konsument, który co do zasady będzie uzupełniał konto w odstępach czasu zbliżonych do tego określonego jako maksymalnie dopuszczalny. W takim przypadku Umowa będzie faktycznie obowiązywać dłużej niż 24 miesiące.

Można przyjąć, że przepis umożliwia takie skonstruowanie Umowy, które – w swoim dłuższym okresie obowiązywania – wyszczególni „początkowy okres”, który nie będzie dłuższy niż 24 miesiące. Jednak po tym okresie konsument powinien mieć prawo rozwią-

zania Umowy bez żadnych kosztów w postaci odszkodowania należnego przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. W takiej sytuacji, jeżeli konsument miałby zachować urządzenie nabyte w związku ze świadczeniem usługi (w praktyce telefon, smartfon lub tablet), jego amortyzacja powinna zakończyć się w tym początkowym okresie obowiązywania Umowy. Dlatego zapewne przedsiębiorca musiałby zróżnicować opłaty pobierane od konsumenta w początkowym oraz w dalszym okresie Umowy, tak aby koszt urządzenia sprzedanego na promocyjnych warunkach został pokryty w okresie początkowym. W takim przypadku ów „początkowy okres” byłby tożsamy z „minimalnym okresem wymaganym do skorzystania z warunków promocyjnych”, o którym była mowa powyżej.

Z kolei w przypadku Umowy opłacanej przez wspomniane doładowania Umowa mogłaby przewidywać dowolną ich liczbę. Jednak wszystkie te doładowania powinny być ograniczone dodatkowym okresem 24 miesięcy.

Jak widać, wiele zmian wprowadzanych przez nowelizację do przepisów Pł dotyczących treści umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych powoduje wątpliwości interpretacyjne. Nie jest to sytuacja dobra. Treść umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych to zarówno dla użytkowników końcowych, jak i przedsiębiorców telekomunikacyjnych jeden z ważniejszych elementów funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego, a ustawodawca powinien zmierzać do tego, by wszelkie istniejące wątpliwości interpretacyjne raczej rozwiewać, a nie mnożyć. Przynajmniej część z tych wątpliwości staraliśmy się więc rozwiązać w niniejszym artykule.

## Summary

*Eligiusz Krześciak, Piotr Chochowski*

THE CONTENT OF AN AGREEMENT FOR TELECOMMUNICATIONS SERVICES FOLLOWING AMENDMENT OF THE TELECOMMUNICATIONS ACT

The most recent amendment to the Telecommunications Act of 16 July 2004 came into force on 21 January 2013 and was meant to implement two EU Directives (Directive 2009/136/EC and Directive 2009/140/EC) amending regulation of the telecommunications market. The article discusses the changes to the Telecommunications Act regarding content of an agreement for telecommunications services. Considerable amount of information that now must be added to an agreement for telecommunications services does not help to make this agreement more transparent, which was supposedly one of the main ideas behind the amendment. The new legislation also gives rise to a range of doubts as to interpretation of particular elements of the agreement. Time will tell to what extent end users may put the changes intended to improve their relationship with telecommunications enterprises to their advantage.

KEY WORDS: Telecommunications Act, amendment, Directive 2009/136/EC, Directive 2009/140/EC, agreement for telecommunications services, end user, telecommunications enterprise

POJĘCIA KLUCZOWE: Prawo telekomunikacyjne, dyrektywa 2009/136/EC, dyrektywa 2009/140/EC, umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych, użytkownik końcowy, przedsiębiorca telekomunikacyjny

## CZYNNOŚCI ZACHOWAWCZE (ART. 209 K.C.)

I. Każdy ze współwłaścicieli może wykonywać wszelkie czynności i dochodzić wszelkich roszczeń, które zmierzają do zachowania wspólnego prawa. Czynności takie nazywane są czynnościami zachowawczymi<sup>1</sup>. Według pierwszego stanowiska należy je zakwalifikować do czynności zarządu<sup>2</sup>, przy czym jedni uznają je za czynności zwykłego zarządu, ponieważ art. 209 k.c. ma stanowić wyjątek od art. 201 k.c.<sup>3</sup>, inni z kolei uważają, że czynności takie mogą należeć do obydwu kategorii, stanowiąc wyjątek od art. 199 k.c. lub art. 201 k.c.<sup>4</sup> Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 października 2008 r. (I CSK 118/08)<sup>5</sup> uznał, że czynności zachowawcze w ogóle nie należą do czynności zarządu. Orzeczenie to jest jednak odosobnione. Czynność zachowawcza mająca na celu utrzymanie prawa odpowiada definicji czynności zarządu jako czynności mającej na celu przede wszystkim utrzymanie prawa w stanie niepogorszonym, bieżące administrowanie rzeczą<sup>6</sup>. Za kwalifikacją czynności zachowawczych jako czynności zarządu może ponadto przemawiać to, że sprzeciw choćby jednego ze współwłaścicieli sprawia, iż czynność zachowawcza staje się bezskuteczna<sup>7</sup>.

II. Czynność zachowawcza może być dokonana nie tylko wobec osoby trzeciej, ale także wobec jednego ze współwłaścicieli<sup>8</sup>. W wyroku SN z 25 czerwca 1971 r. (III CRN 137/71)<sup>9</sup> stwierdzono, że „na podstawie art. 209 k.c. jeden ze współwłaścicieli może dochodzić roszczeń wymienionych w tym przepisie nie tylko przeciwko osobom trzecim, lecz także przeciwko współwłaścicielom”.

III. Czynności zachowawcze charakteryzują się dwiema cechami. Po pierwsze, mają na celu „zachowanie wspólnego prawa”, a więc ochronę interesu wszystkich współwłaśc-

<sup>1</sup> Por. J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s. 535.

<sup>2</sup> Por. K. Postulski, *Czynności zachowawcze (art. 209 k.c.)*, NP 1968, z. 10, s. 1496; M. Uliasz, *Czynności zachowawcze (art. 209 k.c.) w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, PS 2004, z. 4, s. 75–76; J. Winiarz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1980, s. 166; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Własność i inne prawa rzeczowe*, wyd. 8, Warszawa 2007, s. 296; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 131; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 653; Z. K. Nowakowski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, t. II, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 415.

<sup>3</sup> Por. E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks*, s. 653; S. Rudnicki, *Komentarz*, s. 297; K. Postulski, *Czynności*, s. 1496. Por. jednak A. Zieliński, *Glosa do uchwały SN z dnia 8 listopada 1989 r. (III CZP 68/89)*, „Palestra” 1991, nr 5–7, s. 63 i n.

<sup>4</sup> Por. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 131; M. Uliasz, *Czynności*, s. 76.

<sup>5</sup> Niepubl.

<sup>6</sup> Por. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 129.

<sup>7</sup> Por. wyrok z 20 listopada 1974 r. (III CRN 294/74), OSP 1975, z. 10, poz. 215; uchwała SN z 5 czerwca 1985 r. (III CZP 35/85), OSNC 1986, z. 4, poz. 47.

<sup>8</sup> Por. E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks*, s. 654; S. Rudnicki, *Komentarz*, s. 297.

<sup>9</sup> LEX nr 6947.



cicieli, a nie tylko jednego czy kilku z nich<sup>10</sup>. Z tego też powodu czynnością zachowawczą nie będzie działanie współwłaściciela w celu zachowania jedynie swojego udziału we współwłasności<sup>11</sup>. Według jednej z opinii czynnością zachowawczą może być wyłącznie taka czynność, która jest podejmowana tylko przez jednego ze współwłaścicieli; wykluczone jest zatem dokonanie takiej czynności przez kilku z nich lub wszystkich; w takim przypadku dokonana przez nich czynność nie jest czynnością zachowawczą<sup>12</sup>. Pogląd ten budzi jednak wątpliwości; jeżeli jeden ze współwłaścicieli może dokonać czynności zachowawczej, to tym bardziej kilku z nich lub nawet wszyscy<sup>13</sup>. W takim jednak przypadku nie znajdzie jedynie zastosowania wyjątkowa cecha czynności zachowawczych, a więc skuteczność czynności dokonanej przez jednego ze współwłaścicieli wobec wszystkich współwłaścicieli. Trudno jednak przyjąć, że nie będzie to czynność mająca na celu „zachowanie wspólnego prawa”. Czynność zachowawcza może mieć charakter czynności faktycznej (skorzystanie z instytucji samopomocy lub obrony koniecznej; rozbiórka budynku grożącego zawaleniem)<sup>14</sup>. Artykuł 209 k.c. stanowi także o czynności prawnej, w szczególności zbyciu rzeczy ze względu na możliwość szybkiego jej zepsucia się, odstąpieniu od umowy sprzedaży rzeczy mającej wady, a także, w pewnych okolicznościach, wypowiedzeniu umowy najmu lub dzierżawy (chyba że zmierzałoby to do zniesienia stosunku prawnego wykreowanego przez większość współwłaścicieli)<sup>15</sup>. Do czynności zachowawczych zalicza się również czynności procesowe, w szczególności powództwo petytoryjne, posesoryjne, powództwo o ustalenie (art. 189 k.p.c.), powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 u.k.w.h.), wniosek wszczynający postępowanie nieprocesowe w sprawie o stwierdzenie zasiedzenia nieruchomości przez kilku współwłaścicieli, w sprawie o rozgraniczenie nieruchomości, o ustanowienie służebności drogi koniecznej, o wpis do księgi wieczystej prawa rzeczowego przysługującego współwłaścicielom nieruchomości, o założenie księgi wieczystej dla wspólnej nieruchomości<sup>16</sup>. O ile jednak w przypadku procesu działający właściciel występuje jako strona, o tyle w postępowaniu nieprocesowym jest wnioskodawcą, a pozostali współwłaściciele zostają do postępowania wezwani w charakterze osób zainteresowanych<sup>17</sup>. Drugą cechą czynności zachowawczych jest to, że dochodzone roszczenie może być realizowane tylko w całości, a więc niepodzielnie<sup>18</sup>. Cecha ta sprawda się w przypadku dochodzenia roszczenia petytoryjnego lub posesoryjnego.

<sup>10</sup> Por. M. Uliasz, *Czynności*, s. 77.

<sup>11</sup> Por. K. Postulski, *Czynności*, s. 1491.

<sup>12</sup> Por. *ibidem*.

<sup>13</sup> Por. M. Uliasz, *Czynności*, s. 77.

<sup>14</sup> Por. E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks*, s. 653; J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 539.

<sup>15</sup> Por. J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 539.

<sup>16</sup> Por. Z. K. Nowakowski, (w:) *System*, s. 416; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 131; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks*, s. 653–655; J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 537–539.

<sup>17</sup> Por. J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 539. Pogląd ten jest jednak dyskusyjny. Nie ma bowiem podstaw do różnicowania pozycji procesowej współwłaścicieli tylko ze względu na to, czy postępowanie ma charakter sporny, czy niesporny. Jeżeli uznać, że w procesie działający współwłaściciel reprezentuje interesy pozostałych na zasadzie podstawienia procesowego (por. M. Walasik, *Podmiotowy zakres powagi rzeczy osądzonej wyroku wydanego w sprawie z powództwa jednego ze współwłaścicieli*, PPC 2010, z. 1, s. 110), to nie ma przeszkód, aby taką regulę rozciągnąć również na postępowanie nieprocesowe.

<sup>18</sup> Por. M. Uliasz, *Czynności*, s. 76.



IV. Wątpliwości powstają jednak w związku z dochodzeniem roszczeń zobowiązaniowych ze świadczeniem podzielnym, w szczególności pieniężnym. Chodzi na przykład o dochodzenie roszczeń o zapłatę czynszu najmu, dzierżawy, o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy bez podstawy prawnej, o odszkodowanie pieniężne za uszkodzenie lub zniszczenie rzeczy wspólnej. Według art. 379 § 1 k.c. wierzytelności dzielą się na tyle części, ilu jest wierzycieli lub dłużników. Prowadzi to do wniosku, że roszczenia ze świadczeniem pieniężnym mogą być dochodzone podzielnie, a więc nie w ramach czynności zachowawczej<sup>19</sup>. Jednakże w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 14 czerwca 1965 r. (III CO 20/65)<sup>20</sup> stwierdzono, że roszczenie o zapłatę czynszu najmu lub dzierżawy, pomimo swej podzielności, może być dochodzone w ramach czynności zachowawczych ze względu na swoje społeczno-gospodarcze przeznaczenie. Roszczenia takie są bowiem funkcjonalnie związane z utrzymaniem (zachowaniem) całej rzeczy<sup>21</sup>. Zdaniem Sądu Najwyższego za jego stanowiskiem przemawia także to, że art. 209 k.c. stanowi o „wszelkich roszczeniach”, dlatego należy ten przepis stosować także do omawianych roszczeń pieniężnych. Stanowisko to potwierdził SN w uchwale z 6 czerwca 2012 r. (III CZP 25/12)<sup>22</sup>, przyjmując, że „zarząd wspólnoty mieszkaniowej może dochodzić od osoby trzeciej wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z części nieruchomości będącej we współużytkowaniu wieczystym właścicieli lokali”. W uzasadnieniu stwierdzono, że „czynność, polegająca na dochodzeniu czynszu najmu lub innej podobnej należności, stanowi także czynność zachowawczą. Wprawdzie w takim wypadku czynność ta nie dotyczy bezpośrednio prawa własności rzeczy wspólnej, ale zmierza ona również do zachowania wspólnego prawa w rozumieniu tych przepisów”. Podnosi się także, że co prawda nie ma podstaw w ustawie dla powyższego wyjątku od art. 379 § 1 k.c., jednakże może go w pewnych okolicznościach uzasadniać duża liczba współwłaścicieli rzeczy, którzy nie muszą być zainteresowani zarządzeniem rzeczą wspólną; podzielność tego rodzaju roszczenia, i w rezultacie możliwość samodzielnego jego dochodzenia, stosownie do wielkości udziału we współwłasności, może być natomiast uzasadniona niewielką liczbą współwłaścicieli<sup>23</sup>. Pogląd ten budzi jednak wątpliwości. Przede wszystkim nie ma podstawy normatywnej. Pojęcie „wszelkie roszczenia” nie może być interpretowane w oderwaniu od kontekstu normatywnego, w którym się znajduje. Artykuł 209 k.c.

<sup>19</sup> Por. E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks*, s. 655; M. Uliasz, *Czynności*, s. 89–90; K. Postulski, *Czynności*, s. 1495; wyrok SN z 7 czerwca 1960 r. (II CR 113/59), OSNCK 1961, z. 3, poz. 80. Por. także postanowienie SN z 7 listopada 1967 r. (I CZ 97/67), OSNC 1968, z. 8–9, poz. 145; wyrok SN z 25 czerwca 1971 r. (III CRN 137/71), LEX nr 6947; wyrok SN z 20 czerwca 1975 r. (I CR 353/75), LEX nr 7722; postanowienie SN z 9 września 1999 r. (II CKN 460/98), OSNC 2000, z. 3, poz. 55; wyrok SN z 10 lutego 2004 r. (IV CK 12/03), OSNC 2005, z. 3, poz. 44.

<sup>20</sup> OSPiKA 1966, z. 12, poz. 272.

<sup>21</sup> Por. wyrok z 28 kwietnia 2005 r. (III CK 504/04), LEX nr 151662. Podobnie w kwestii odszkodowania za uszkodzenie lub wady rzeczy por. wyrok SN z 27 października 1971 r. (I CR 477/71), OSNCP 1972, z. 5, poz. 88; uchwała SN z 23 września 2004 r. (III CZP 48/04), OSNC 2005, z. 9, poz. 153. Por. jednak wyrok SN z 9 czerwca 1998 r. (II CKN 792/97), OSNC 1999, z. 1, poz. 15, w którym uznano, że jeżeli dochodzi się odszkodowania pieniężnego jedynie za zniszczenie części składowych nieruchomości (drzew), a więc istnieje nadal przedmiot współwłasności i odszkodowanie może służyć nowemu zagospodarowaniu nieruchomości, które prowadziłyby do usunięcia lub zminimalizowania skutków wyrządzonej szkody, dochodzenie takiego roszczenia jest możliwe także w ramach czynności zachowawczej.

<sup>22</sup> Biul. IC SN 2012, nr 7–8, s. 5.

<sup>23</sup> Por. K. Postulski, *Czynności*, s. 1495.

przede wszystkim stanowi o „zachowaniu wspólnego prawa”. To ten zwrot determinuje istotę czynności zachowawczych. Omawiane zagadnienie należy jednak do tych, w których względy natury dogmatycznej nie harmonizują ze względami natury praktycznej. Niewątpliwie umożliwienie zarządowi wspólnoty dochodzenia roszczeń za bezumowne korzystanie z nieruchomości wspólnej może mieć dla jej członków istotne praktyczne znaczenie. Tym przede wszystkim kierował się w powołanej uchwale Sąd Najwyższy, co nie powinno stanowić zarzutu wobec tego orzeczenia.

V. Kontrowersje wzbudza problematyka reprezentacji pozostałych współwłaścicieli przez współwłaściciela wszczynającego w ramach czynności zachowawczej proces cywilny. Powstaje bowiem pytanie, czy prawomocność materialna (powaga rzeczy osądzonej) wyroku wydanego w sprawie z takiego powództwa jest skuteczna wobec wszystkich współwłaścicieli, czy tylko wobec tego, który wszczął postępowanie. Według pierwszego stanowiska<sup>24</sup> powaga rzeczy osądzonej takiego orzeczenia dotyczy jedynie tego współwłaściciela, który wytoczył powództwo. Pozostali współwłaściciele co prawda uczestniczą w korzyściach płynących z wygrania procesu, jednakże nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji z przegrania procesu, w którym nie biorą udziału. Ponadto orzeczenie ma powagę rzeczy osądzonej tylko pomiędzy tymi samymi stronami procesu, dlatego wytoczenie powództwa w tej samej sprawie przez innego współwłaściciela wyklucza tożsamość podmiotową będącą elementem powagi rzeczy osądzonej. Zgodnie z drugim zapatrywaniem<sup>25</sup> orzeczenie wydane z powództwa będącego czynnością zachowawczą jednego ze współwłaścicieli obejmuje prawomocnością materialną wszystkich współwłaścicieli z uwagi na to, że w takim przypadku prawomocność orzeczenia doznaje rozszerzenia, uzasadnionego naturą stosunku prawnego, które było przedmiotem rozstrzygnięcia. Według trzeciej koncepcji<sup>26</sup> orzeczenie takie ma powagę rzeczy osądzonej wobec wszystkich współwłaścicieli, ponieważ wytaczający powództwo współwłaściciel dysponuje szczególnym pełnomocnictwem pozostałych współwłaścicieli do dokonania takiej czynności, a wynikającym z art. 209 k.c. Wyjątkowość takiego pełnomocnictwa polega na tym, że działający współwłaściciel dokonuje czynności procesowej nie tylko w imieniu i w interesie pozostałych współwłaścicieli, ale także i w swoim jako osoby mającej udział we własności rzeczy wspólnej. Najbardziej jednak przekonuje czwarte zapatrywanie<sup>27</sup>, według którego występujący w procesie współwłaściciel działa w interesie pozostałych na zasadzie podstawienia procesowego (substytucji, subrogacji, legitymacji formalnej procesowej). Podstawienie procesowe polega na tym, że działający w procesie podmiot bierze w nim udział w imieniu własnym jako strona w znaczeniu procesowym, ale w interesie osoby trzeciej jako strony

<sup>24</sup> Por. orzeczenie SN z 30 marca 1962 r. (3 CR 237/62), OSNCP 1963, z. 2, poz. 48; uchwała SN z 5 czerwca 1985 r. (III CZP 35/85), OSNCP 1986, z. 4, poz. 47; A. Kuźniar, *Ochrona służebności drogi koniecznej w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1978, s. 16; K. Postulski, *Czynności*, s. 1492; J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks*, s. 538; T. Dybowski, *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1969, s. 255; M. Uliasz, *Czynności*, s. 80.

<sup>25</sup> Por. wyrok SN z 10 grudnia 1973 r. (III CRN 266/73), OSPiKA 1974, z. 11, poz. 234; S. Rudnicki, *Komentarz*, s. 301. Por. jednak Z. Resich, *Res iudicata*, Warszawa 1978, s. 46, który uważa, że orzeczenie takie korzysta z rozszerzonej prawomocności materialnej, jednakże w ujęciu pozytywnym; nie dotyczy to natomiast negatywnego skutku prawomocności materialnej (powagi rzeczy osądzonej).

<sup>26</sup> Por. S. Wójcik, *Windykacyjna ochrona własności w polskim prawie cywilnym*, Kraków 1965, s. 59–60.

<sup>27</sup> Por. E. Wengerek, *Przegląd orzecznictwa SN w zakresie procesu cywilnego*, NP 1964, z. 1, s. 51; M. Walasik, *Podmiotowy*, s. 108.

w znaczeniu materialnym<sup>28</sup>. W szczególności podstawienie procesowe opisuje pozycję procesową zarządcy zajętej nieruchomości, wykonawcy testamentu czy kuratora spadku<sup>29</sup>. Czynności prawne oraz procesowe (powództwo) wymienionych podmiotów są dokonywane w ich imieniu, ale z bezpośrednim materialnym skutkiem wobec osób, których interesy reprezentują. Podstawienie procesowe jest zatem procesowym odpowiednikiem zastępstwa pośredniego, znanego materialnemu prawu cywilnemu<sup>30</sup>. Sytuacja procesowa działającego w ramach czynności zachowawczej współwłaściciela różni się jednak od typowego podstawienia procesowego tym, że działa on także w interesie własnym w zakresie udziału, jaki mu przysługuje. Dlatego uzasadnione jest zdanie, że w jego przypadku występuje podstawienie procesowe o charakterze mieszanym<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Por. B. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, wyd. 10, Warszawa 2008, s. 138, 145.

<sup>29</sup> Por. *ibidem*, s. 145.

<sup>30</sup> Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 2, Warszawa 2001, s. 338.

<sup>31</sup> Por. E. Wengerek, *Przegląd*, s. 51; M. Walasik, *Podmiotowy*, s. 107, 108.

## Summary

*Michał Warciński*

PRESERVE ACTIONS (ART. 209 OF THE CIVIL CODE)

Preserve actions are factual, legal and court actions undertaken to preserve the collective law of ownership. The essence of preserve actions is that they may be undertaken by each of the co-owners in the interests and with an effect for all others co-owners. According to the dominant opinion in Polish law, preserve actions should be classified as acts of typical administration over co-owned property. However, there is also an opinion, that preserve actions are a different institution. The Author of the article analyzes in particular if preserve actions allow to claim compensation for exploitation of co-owned property by third parties without contractual basis. According to the Supreme Court this is possible. According to the Author, despite the theoretical drawbacks of such opinion, from a practical point of view, it is a correct one.

KEY WORDS: preserve actions, co-ownership, typical administration

POJĘCIA KLUCZOWE: czynności zachowawcze, współwłasność, zwykły zarząd

# Ważne dla praktyki

*Małgorzata Supera*

## RZYM III – WSPÓŁPRACA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UNII EUROPEJSKIEJ W DZIEDZINIE PRAWA WŁAŚCIWEGO DLA ROZWODU I SEPARACJI

### 1. WSTĘP

Wspólne regulacje dotyczące problematyki instytucji małżeństwa obowiązują w prawie unijnym od ponad dziesięciu lat. Jako pierwsze zostało wprowadzone rozporządzenie Rady Unii (WE) nr 1347/2000 z 29 maja 2000 r.<sup>1</sup> Po trzech latach zastąpiło je obecnie obowiązujące rozporządzenie Rady Unii (WE) nr 2201/2003 z 27 listopada 2003 r.<sup>2</sup> Oprócz wielu innych niedoskonałości tych aktów należy wskazać brak regulacji w zakresie norm kolizyjnych. Zarówno pierwsze rozporządzenie, jak i obecnie obowiązujące koncentrują się na problematyce jurysdykcji. Bruksela II bis umożliwia małżonkom wybór sądu państwa właściwego do rozstrzygnięcia ich sporu. Pozostawia jednak rozstrzygnięcie o właściwym prawie materialnym do oceny rozwodu lub separacji normom prawa krajowego państw członkowskich.

Brak wspólnych reguł w obszarze stosowania prawa właściwego musi prowadzić w konsekwencji do niedookreśloności sytuacji prawnej małżonków. Co więcej, sprzyja również wyborowi sądu pod kątem uzyskania dostępu do korzystniejszego, z punktu widzenia jednego małżonka, systemu prawnego. W konsekwencji bardzo często jest to system zupełnie ze stronami niezwiązany<sup>3</sup>. Powyższy problem został szybko dostrzeżony. 14 marca 2005 r. Komisja przyjęła Zieloną Księgę w sprawie prawa właściwego<sup>4</sup>. Był to początek konsultacji publicznych, mających poprzedzić przygotowanie wspólnych norm kolizyjnych. Na efekt prac nie trzeba było długo czekać. Wniosek Komisji

<sup>1</sup> Dz.Urz. UE L 2000.160.19.

<sup>2</sup> Dz.Urz. UE L 2003.338.1.

<sup>3</sup> M. Supera, *Europejskie prawo małżeńskie – projekt nowelizacji reguł kolizyjnych*, „Palestra” 2009, nr 9–10.

<sup>4</sup> Zielona Księga dotycząca prawa właściwego i właściwości sądów w sprawach rozwodowych (COM/2005/0082 wersja ostateczna).

wprowadzający przepisy dotyczące prawa właściwego w sprawach małżeńskich był gotowy w lipcu 2006 r. Brak jednomyślności, konieczny w takim przypadku, uniemożliwił jednak jego przyjęcie.

Niepowodzenie w zakresie uchwalenia jednolitych norm kolizyjnych skłoniło część państw członkowskich do wystąpienia z inicjatywą podjęcia współpracy, tym razem w węższym gronie. Inicjatywa ta spotkała się z aprobatą. 12 lipca 2010 r. Rada decyzją 2010/405/UE<sup>5</sup> upoważniła występujące państwa do działania. W ślad za rozporządzeniem Rady dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich w prawie unijnym pojawiła się kolejna regulacja, tym razem dotycząca norm kolizyjnych. Rozporządzenie Rady (UE) nr 1259/2010 z 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej<sup>6</sup>, określane w debatach politycznych i naukowych mianem Rzym III, jest rezultatem kompromisu. Jego celem jest uzgodnienie wspólnych, przez to klarownych zasad ustalania prawa właściwego dla oceny rozwodu lub separacji w państwach na to gotowych.

Rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane w państwach uczestniczących. Zgodnie z art. 328 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>7</sup> pozostałe państwa członkowskie mogą przystąpić do współpracy w dowolnym momencie.

## **2. ROZPORZĄDZENIE RADY (UE) NR 1259/2010 Z 20 GRUDNIA 2010 R. W SPRAWIE WPROWADZENIA W ŻYCIE WZMOCNIONEJ WSPÓŁPRACY W DZIEDZINIE PRAWA WŁAŚCIWEGO DLA ROZWODU I SEPARACJI PRAWNEJ**

### **ZAKRES PRZEDMIOTOWY**

Rozporządzenie zawiera normy kolizyjne pozwalające określić prawo właściwe do oceny zasadności separacji lub rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Nie ma natomiast zastosowania do oceny unieważnienia małżeństwa, odpowiedzialności rodzicielskiej, obowiązku alimentacyjnego, zdolności do czynności prawnych, istnienia lub nieistnienia małżeństwa, kwestii majątkowych, nawet jeżeli pojawiają się w kontekście postępowania o rozwód lub separację.

### **OBOWIĄZEK STOSOWANIA**

Obowiązek stosowania rozporządzenia spoczywa zarówno na sądach, jak i innych organach właściwych do rozpoznania spraw o rozwód lub separację w państwach uczestniczących. W zamyśle swoim rozporządzenie wypełnia istniejącą lukę w zakresie norm kolizyjnych. Jest stosowane spójnie z rozporządzeniem Rady dotyczącym jurysdykcji oraz wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich. Wszczęcie postępowania oceniane będzie zatem zgodnie z regulacjami tego ostatniego (art. 16)<sup>8</sup>. Jurysdykcja tam wyznaczona decyduje o sądzie państwa właściwego do rozpoznania spraw o rozwód i separację.

<sup>5</sup> Dz.Urz. UE L 2010.189.12.

<sup>6</sup> Dz.Urz. UE L 2010.343, s. 10.

<sup>7</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana; Dz.Urz. C nr 145 z 9 maja 2008 r.).

<sup>8</sup> Dz. Urz. UE L 2003.338.1.

## ZASADY WYBORU PRAWA PRZEZ MAŁŻONKÓW

Co ważne, Rzym III umożliwia małżonkom dokonanie wyboru prawa właściwego dla rozwodu lub separacji. Możliwość ta dotyczy zarówno prawa państw członkowskich Unii Europejskiej, jak i państw spoza jej obszaru. Małżonkowie mają możliwość wyboru jednego spośród czterech systemów dopuszczonych przez rozporządzenie (art. 5)<sup>9</sup>:

- państwa miejsca zwykłego pobytu małżonków z daty zawarcia umowy; lub
- państwa ostatniego miejsca zwykłego pobytu małżonków, o ile w dacie zawarcia umowy jedno z nich dalej tam przebywa; lub
- państwa, którego obywatelem w dacie zawarcia umowy jest jedno z małżonków; lub
- państwa sądu orzekającego.

Ograniczenia co do wyboru prawa mają zagwarantować wskazanie systemu, z którym małżonkowie mają najbliższy związek. Małżonkowie mogą dokonać wyboru prawa i jego zmiany do chwili wytoczenia powództwa. Późniejsza zmiana jest możliwa jedynie wtedy, gdy prawo państwa orzekającego dopuszcza taką ewentualność.

## WYMOGI DOTYCZĄCE UMOWY

Umowa określająca prawo musi zostać zawarta przez małżonków najpóźniej w momencie wytoczenia powództwa. Dla jej ważności konieczna jest forma pisemna, podanie daty zawarcia i podpisy obu stron. Za skuteczny uznaje się również elektroniczny przekaz, umożliwiający trwały zapis umowy. Dodatkowe wymogi formalne dotyczące umowy mogą wynikać z prawa miejsca jej zawarcia.

## KONSEKWENCJE BRAKU WYBORU PRAWA

Jeżeli małżonkowie nie dokonali wyboru prawa, przyczyny rozwodu i separacji oceniane są zgodnie z prawem wskazanym przez normy kolizyjne rozporządzenia (art. 8)<sup>10</sup>.

W takim przypadku jako pierwsze właściwe jest prawo miejsca zwykłego pobytu małżonków, z dnia wytoczenia powództwa. Jeżeli takiego miejsca nie ma, właściwe jest prawo ostatniego miejsca zwykłego pobytu stron, o ile jedna z nich dalej tam przebywa i nie minął rok od daty, gdy oboje małżonkowie tam przebywali. W przeciwnym razie właściwe jest prawo państwa, którego oboje małżonkowie są obywatelami w dacie wytoczenia powództwa. Ostatecznie, gdy żaden ze wskazanych powyżej łączników nie istnieje, właściwe będzie prawo kraju, w którym powództwo zostało wytoczone (*lex fori*).

## MOŻLIWE ODSTĘPSTWA OD OBOWIĄZKU STOSOWANIA ROZPORZĄDZENIA

Jeżeli prawo wskazane przez małżonków w umowie (art. 5)<sup>11</sup> lub też wynikające z treści norm kolizyjnych rozporządzenia (art. 8)<sup>12</sup> nie przewiduje rozwodu lub dyskryminuje jednego z małżonków, właściwe jest prawo sądu orzekającego. Wyłączenie

<sup>9</sup> Dz.Urz. UE L 2010.343, s. 10.

<sup>10</sup> Tamże.

<sup>11</sup> Tamże.

<sup>12</sup> Tamże.



stosowania przez sąd orzekający prawa właściwego zgodnego z rozporządzeniem może mieć miejsce także na podstawie klauzuli porządku publicznego. Rozporządzenie nie nakłada obowiązku orzekania rozwodu w krajach, w których nie istnieje instytucja rozwodu.

### OD KIEDY OBOWIĄZUJE

Rozporządzenie ma zastosowanie do postępowań wszczętych najwcześniej 21 czerwca 2012 r. oraz umów zawartych począwszy od tej daty. Umowy wcześniej zawarte są skuteczne pod pewnymi warunkami. Muszą one spełniać wymogi formalne określone przez rozporządzenie i być ważne w świetle prawa, jakie będzie miało zastosowanie do oceny rozwodu lub separacji.

### 3. PODSUMOWANIE

W ostatnim czasie odnotowuje się ogromny wzrost liczby małżeństw zawieranych przez obywateli różnych państw. Rzym III jest ważną, mimo ograniczonego zakresu obowiązywania, regulacją zmierzającą do wprowadzenia czytelnych reguł dotyczących rozwiązywania instytucji małżeństwa<sup>13</sup>. Jest swego rodzaju wskazówką co do prawa, jakiemu będą w tym zakresie podlegali małżonkowie. Dodatkowo pozwala im na wybór systemu, jakiemu chcą się podporządkować<sup>14</sup>. Wcześniej było to możliwe jedynie w trzech państwach Unii. Jestem zdania, że jest to jedno z istotniejszych rozwiązań wprowadzonych rozporządzeniem. Pozwala bowiem na świadomy wybór prawa przez małżonków, ze wszystkimi konsekwencjami z tego wynikającymi, łącznie z możliwością późniejszego rozwiązania małżeństwa. Otwiera tym samym drogę do wyeliminowania procesów opartych na niezwiązanych z małżonkami, przez co „egzotycznych” dla nich, regulacjach prawnych. Jak bardzo zaskakujące bywają efekty takich procesów, pokazuje przypadek małżeństwa Polki i Nigeryjczyka, zawartego w Irlandii, a rozwiązywanego przez sąd polski. Zgodnie z obecnie obowiązującymi normami Prawa prywatnego międzynarodowego właściwe w tej sprawie będzie prawo irlandzkie<sup>15</sup>. To ostatnie natomiast zezwala na rozwód, gdy w dniu wszczęcia postępowania małżonkowie mieszkali oddzielnie przez okres wynoszący co najmniej cztery lata podczas ostatnich pięciu lat<sup>16</sup>.

Upływ czasu od daty wprowadzenia rozporządzenia, a właściwie jego brak, nie pozwala na przedstawienie efektów jego obowiązywania. Zakres jego obowiązywania będzie zależny – co oczywiste – przede wszystkim od kręgu państw członkowskich uczestniczących we współpracy. Na dzień dzisiejszy Polska się do nich nie zalicza.

<sup>13</sup> P. Franzina, *The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of December 2010*, „Cuadernos de Derecho Transnacional” 9 Octubre 2011, Vol. 3, No 2, pp. 85–129.

<sup>14</sup> T. Kruger, *Rome III and parties' choice*, Octubre 16, 2012, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2173334>

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. (Dz.U. z 2011 r. nr 80, poz. 432).

<sup>16</sup> Family Law (Divorce Act, 1996).

*Marcin Mazur*

## CZY TYMCZASOWO ARESZTOWANEMU PRZYSŁUGUJE PRAWO DO ROZMÓW TELEFONICZNYCH Z OBROŃCĄ?

Odpowiadając na wskazane pytanie, należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Trzeba zauważyć, że prawo tymczasowo aresztowanego do rozmów telefonicznych z obrońcą<sup>1</sup> zalicza się do zbioru praw określanych jako prawo do obrony formalnej. Na gruncie obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej właściwe regulacje w tej mierze odnajdujemy w art. 42 ust. 2, w myśl którego „każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”. W tej materii wypowiadał się również Sąd Najwyższy. Tytułem przykładu w wyroku z 28 marca 2007 r. (sygn. akt SDI 3/07, LEX nr 568840) Sąd wskazał, że „prawo do obrony powinno być realne, czyli oskarżony powinien mieć czas na przygotowanie się do obrony, w tym uzgodnienie linii obrony z obrońcą oraz możliwość bronięcia się osobiście przed Sądem pierwszej i drugiej instancji. Należy bowiem wyróżnić prawo do obrony w sensie materialnym, rozumiane jako prawo przeciwstawiania się tezie oskarżenia, jak i prawo do obrony w sensie formalnym, rozumiane jako prawo do korzystania z pomocy obrońcy. Zasada prawa do obrony podniesiona została do rangi zasady konstytucyjnej (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP) i znajduje swoje miejsce w traktatach międzynarodowych regulujących zagadnienia praw człowieka (art. 6 ust. 3 lit. c EKPC i art. 14 ust. 3 lit. d MPPOiP). Jeśli więc oskarżony ma prawo do rzeczywistej obrony, w tym do korzystania z pomocy obrońcy, to oczywiste jest, że obrona w toku całego procesu (we wszystkich jego fazach) powinna przebiegać w warunkach umożliwiających obrońcy spełnienie jego zadań”.

Prawo do rozmów telefonicznych zaliczyć należy do szeroko rozumianego prawa do kontaktowania się z obrońcą. W skład tego ostatniego wchodzi również prawo do kontaktu osobistego z obrońcą i prawo do prowadzenia korespondencji z obrońcą. W myśl art. 215 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego (k.k.w.) „tymczasowo aresztowany ma

---

<sup>1</sup> Poza zakresem rozważań w niniejszym opracowaniu pozostaje kwestia przesłanek i trybu ustanowienia obrońcy w postępowaniu karnym.

prawo do porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Jeżeli organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje, zastrzeże przy widzeniu obecność swoją lub osoby upoważnionej – widzenie odbywa się w sposób wskazany przez ten organ”. Również przepisy Kodeksu karnego (k.p.k.) regulują to zagadnienie w art. 73 § 1, który stanowi, że „oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie”. Należy się zgodzić z poglądami wyrażonymi w doktrynie<sup>2</sup>, że art. 215 § 1 k.k.w. stanowi normę generalną wobec art. 73 k.p.k., który jest wobec niego przepisem szczególnym, wyłącza zatem jego stosowanie w myśl zasady *lex specialis derogat legi generali*<sup>3</sup>.

W doktrynie K. Postulski wskazuje, iż „nie może budzić wątpliwości, że uprawnienia tymczasowo aresztowanego, o których mowa w art. 215 § 1, należy odnieść do jego porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym za pomocą aparatu telefonicznego. Zakaz zawarty w art. 217c nie ma w tym przypadku zastosowania. W literaturze podkreśla się, że korespondencją w rozumieniu art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. są różne sposoby komunikowania się, w tym także rozmowa telefoniczna. Tak więc zarówno art. 73 k.p.k., jak też art. 215, wbrew ich dosłownemu brzmieniu, przyznają tymczasowo aresztowanemu prawo kontaktowania się z wymienionymi osobami również telefonicznie bądź przy wykorzystaniu innych dostępnych mu technicznych środków przekazywania informacji [zob. S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, tom I, s. 525 i cyt. tam literatura]<sup>4</sup>”.

Przywołany wyżej art. 8 ust. 1 Konwencji brzmi: „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”. Jak podaje L. Garlicki, „tradycyjną formą «korespondencji» jest list (pismo), ale orzecznictwo ujmuje zakres art. 8 w znacznie szerszy sposób, odnosząc go do wszelkich form technicznego przekazywania wiadomości, w szczególności do rozmów telefonicznych, wymiany poczty elektronicznej i informacji internetowych (tak, podsumowująco, postanowienie ETPCz z 29 czerwca 2006 r. w sprawie *Weber and Saravia*

<sup>2</sup> Z. Gostyński, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1998, s. 326; D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, Prok. i Pr. 2003, z. 12, s. 148.

<sup>3</sup> Na marginesie powyższego artykułu zaznaczyć należy, że Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 73 § 2 i 3 k.p.k. z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (RPO-662364-II-II/ST). Odnosząc się do art. 73 § 2 i 3 k.p.k., Rzecznik wskazuje, że „omawiane ograniczenia w zakresie swobodnego kontaktu podejrzanego z obrońcą, jakkolwiek krótkotrwale, stanowią niewątpliwą ingerencję w sferę konstytucyjnego prawa do obrony. W myśl art. 42 ust. 2 Konstytucji RP każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowania karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu. Prawo do obrony przysługuje więc w każdym, także we wstępnym stadium, postępowania karnego. Stąd też ograniczenie swobody kontaktów podejrzanego z obrońcą stanowi ingerencję w prawo do obrony”.

<sup>4</sup> K. Postulski, (w:) Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, s. 680–681 (komentarz do art. 215 k.k.w). Trzeba jednocześnie zauważyć, że w komentarzu do art. 8 k.k.w. (s. 95) Z. Hołda (współautor) podaje, iż: „tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swoim obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie (art. 73 § 1 k.p.k. i art. 215 § 1), z czego wynika, że nie ma prawa porozumiewać się telefonicznie”.

p. Niemcom) (...)”<sup>5</sup>. Brzmienie art. 8 ust. 1 Konwencji i wypracowane orzecznictwo ETPCz pozwalają na szerokie ujmowanie pojęcia „korespondencja”, jednakże należy rozważyć, jakie znaczenie to pojęcie ma na gruncie k.k.w. Kodeks karny wykonawczy nie podaje legalnej definicji tego pojęcia, jednakże mając na uwadze inne przepisy używające tego określenia, nie można mieć wątpliwości, że chodzi o wąskie ujmowanie korespondencji jako nośnika informacji utrwalonych na piśmie. W szczególności przekonuje o tym fakt, że k.k.w. podaje definicje legalne różnych form kontroli korespondencji: cenzura korespondencji (art. 242 § 7 k.k.w.), nadzór nad korespondencją (art. 242 § 6 k.k.w.) i zatrzymanie korespondencji (art. 242 § 8 k.k.w.), i wszystkie one odnoszą się do listów czy nośników informacji utrwalonych na piśmie. Ponadto art. 242 § 10 k.k.w. wskazuje, co należy rozumieć pod pojęciem kontroli rozmowy w trakcie widzenia lub telefonicznej. Gdyby zatem w pojęciu korespondencji mieściły się rozmowy telefoniczne, nie byłoby potrzeby określania w sposób odrębny tej formy kontroli. Artykuł 105 § 1 k.k.w. wskazuje, że skazanemu należy umożliwić utrzymywanie więzi przede wszystkim z rodziną i innymi osobami bliskimi przez widzenia, korespondencję, rozmowy telefoniczne. Trzeba zauważyć, że choć art. 105 § 1 k.k.w. dotyczy skazanych, pokazuje jednak, iż w zakres pojęcia „korespondencja” nie wchodzi rozmowy telefoniczne, przepis wymienia je bowiem oddzielnie. Nie ulega zatem wątpliwości, że w pojęciu korespondencji, którym posługuje się k.k.w., nie mieści się rozmowa telefoniczna, ten sam akt prawny nie może bowiem posługiwać się różnymi znaczeniami tego terminu w różnych przepisach<sup>6</sup>.

W ocenie autora prawo do prowadzenia rozmów telefonicznych tymczasowo aresztowanego wynika z określonego w art. 215 § 1 k.k.w. prawa do porozumiewania się z podmiotami tam określonymi i może mieć formę porozumiewania bezpośredniego, jak i pośredniego – telefonicznego. Podobnie wskazuje L. Bogunia, który zauważa, że „z tego przepisu [art. 215 k.k.w. – M. M.] nie wynika jednak zakaz porozumiewania się drogą telefoniczną”<sup>7</sup>. D. Tarnowska (odnosząc się do art. 73 § 1 k.p.k.) podnosi z kolei, że „normy przyznające określone uprawnienia uczestnikom procesu karnego, a w szczególności oskarżonemu jako podmiotowi zagrożonemu zastosowaniem przewidzianej przez ustawę kary, mogą być interpretowane rozszerzająco”<sup>8</sup>.

W kwestii ustalenia prawa tymczasowo aresztowanego do prowadzenia rozmów telefonicznych z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym posiłkować się należy treścią art. 8 § 3 k.k.w., który brzmi: „Skazany pozbawiony wolności może porozumiewać się ze swoim obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym podczas nieobecności innych osób, a rozmowy z tymi

<sup>5</sup> L. Garlicki, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 542–543.

<sup>6</sup> Tak L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. II, Toruń 2010, s. 119–120. Wskazany autor podaje, że: „racjonalność prawodawcy wymaga, by tym samym terminom nadawał on to samo znaczenie. Z założenia tego wynika dyrektywa interpretacyjna, którą można nazwać dyrektywą konsekwencji terminologicznej lub zakazem wykładni homonimicznej. Dyrektywa ta zabrania przyjmować, że w języku prawnym występują wyrażenia wieloznaczne, a więc zabrania nadawać temu samemu wyrażeniu różne znaczenia w kontekście różnych przepisów”.

<sup>7</sup> L. Bogunia, *Kluczowe zagadnienia wykonywania tymczasowego aresztowania*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. VIII, L. Bogunia (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001, s. 313.

<sup>8</sup> D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego*, s. 145.

osobami w trakcie wideń i rozmowy telefoniczne nie podlegają kontroli”. Uprawnia do tego treść art. 214 § 1 k.k.w., który stanowi, że „poza wyjątkami przewidzianymi w przepisach niniejszego rozdziału [XV. Tymczasowe aresztowanie – M. M.], tymczasowo aresztowany korzysta co najmniej z takich uprawnień, jakie przysługują skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności w systemie zwykłym w zakładzie karnym typu zamkniętego i nie stosuje się do niego ograniczeń innych niż te, które są konieczne do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, utrzymania porządku i bezpieczeństwa w areszcie śledczym oraz zapobieżenia wzajemnej demoralizacji tymczasowo aresztowanych”. Dodatkowo, stosownie do art. 242 § 1 k.k.w., „jeżeli w części ogólnej niniejszego kodeksu [k.k.w. – M. M.] używa się określenia «skazany», odpowiednie przepisy mają zastosowanie także do tymczasowo aresztowanego”<sup>9</sup>. W rozdziale XV k.k.w. zatytułowanym „Tymczasowe aresztowanie” znajduje się przepis, który reguluje kwestię rozmów telefonicznych tymczasowo aresztowanego, tj. art. 217c, który brzmi: „tymczasowo aresztowany nie może korzystać z aparatu telefonicznego oraz innych środków łączności przewodowej i bezprzewodowej”, jednakże nie ma on zastosowania do rozmów telefonicznych prowadzonych z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym, tu bowiem znajdują zastosowanie przepisy wyżej wymienione<sup>10</sup>.

Wskazane zagadnienie było również przedmiotem zainteresowania Rzecznika Praw Obywatelskich. W piśmie kierowanym do Ministra Sprawiedliwości z 30 marca 2010 r. Rzecznik podniósł, że „Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu podczas czwartej okresowej wizyty w Polsce w 2009 r., wizytując jednostki penitencjarne, zgłosił swoje zastrzeżenia między innymi do utrzymywania w Polsce całkowitego zakazu prowadzenia rozmów telefonicznych przez osoby tymczasowo aresztowane. (...) Zakaz ten [wskazany w art. 217c k.k.w. – M. M.] jest rygorystycznie przestrzegany w praktyce i dlatego stanowi źródło licznych skarg ze stron osób tymczasowo aresztowanych oraz ich pełnomocników procesowych. (...) W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, przyjęte w art. 217c k.k.w. rozwiązanie budzi wątpliwości w zakresie jego zgodności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3) oraz wyrażonym w art. 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawem do komunikowania się. Ponadto całkowity zakaz prowadzenia rozmów telefonicznych przez osoby tymczasowo aresztowane stoi w sprzeczności z regulami: 95.3, 98.2 i 99, zawartymi w Rekomendacji Rec (2006)2 Komitetu Ministrów do państw

<sup>9</sup> Odmiennego zdania jest S. Leleń, który podnosi, że przepis ten nie znajduje zastosowania, ponieważ art. 8 k.k.w. stanowi o skazanym i postępowaniu wykonawczym, a zasady porozumiewania się tymczasowo aresztowanego ze swym obrońcą regulują przepisy art. 73 k.p.k. oraz przepisy art. 215 k.k.w. (S. Leleń, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 3, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 103).

<sup>10</sup> Podobnie P. Wiliński (członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego), *Opinia dotycząca zakazu prowadzenia rozmów telefonicznych przez osobę tymczasowo aresztowaną*, s. 2, opinia jest udostępniona na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/>; a także Ministerstwo Sprawiedliwości w *V i VI Sprawozdaniu Okresowym Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania obejmujące okres od 1 października 2004 r. do 15 października 2011 r. (ze szczególnym uwzględnieniem okresu od 1 maja 2007 r. do 15 października 2011 r.)*, s. 13–14.

członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych”<sup>11</sup>. W odpowiedzi z 5 maja 2010 r. na powyższe pismo Minister Sprawiedliwości wskazał, że: „zakaz zawarty w tym przepisie [art. 217c. k.k.w. – M. M.] nie ma zastosowania do kontaktów tymczasowo aresztowanego z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym, o których mowa w treści art. 215 § 1 k.k.w.”. W kolejnym piśmie do Ministra Sprawiedliwości, z 8 czerwca 2010 r., RPO poinformował jednak, że praktyka w tej mierze jest inna, na co wskazują wyniki wizytacji Krajowego Mechanizmu Prewencji. Rzecznik podał, że „administracje aresztów śledczych uznają art. 217c k.k.w. jako *lex specialis* w stosunku do rozwiązań zawartych wcześniej w art. 8 § 3 oraz art. 215 § 1 k.k.w., a jednocześnie w zgodzie z art. 1 § 2 odrzucają możliwość stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego”<sup>12</sup>.

Wskazane zagadnienie było i ciągle pozostaje w stałym zainteresowaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, który na mocy art. 1 ust. 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich<sup>13</sup> „wykonuje funkcje organu wizytującego do spraw zapobiegania torturom i innemu okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu (krajowy mechanizm prewencji) w rozumieniu Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku dnia 18 grudnia 2002 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 30, poz. 192)”.

Jak pokazują wyniki kolejnych wizytacji Krajowego Mechanizmu Prewencji, dyrektorzy aresztów śledczych i zakładów karnych uniemożliwiają tymczasowo aresztowanym prowadzenie rozmów telefonicznych z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym. Z taką sytuacją przedstawiciele KMP zetknęli się w Aresztach Śledczych w Grójcu, Mysłowicach, Giżycku, Olsztynie oraz Zakładach Karnych w Nowogardzie, Koronowie, Wadowicach, Sieradzu, Jaśle<sup>14</sup>. Służba Więzienna przyjmuje bowiem, że art. 217c k.k.w. znajduje zastosowanie do wszystkich rozmów telefonicznych osób tymczasowo aresztowanych, a zatem również do rozmów z obrońcą. Nadto Dyrektor Generalny Służby Więziennej (dalej: Dyrektor Generalny) podnosi, że udzielenie zezwolenia na kontakt telefoniczny tymczasowo aresztowanego z obrońcą mógłby narazić funkcjonariuszy Służby Więziennej na odpowiedzialność karną z art. 231 k.k.<sup>15</sup>

Przyjmując jak autor, że tymczasowo aresztowanym służy prawo do telefonicznego porozumiewania się ze swoim obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym, należy wskazać jego cechy, które winny odróżniać te rozmowy telefo-

<sup>11</sup> <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1473026>. Odpowiedź z 5 maja 2010 r. również pod wskazanym adresem internetowym.

<sup>12</sup> <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1489892>. Odpowiedź z 28 czerwca 2010 r. również pod wskazanym adresem internetowym.

<sup>13</sup> Dz.U. z 2001 r. nr 14, poz. 147 z późn. zm.

<sup>14</sup> Por. *Raport Rzecznika Praw Obywatelskich z działalności w Polsce Krajowego Mechanizmu Prewencji w roku 2011*, Biuletyn RPO. Źródła 2012, nr 5, s. 45. Podobna sytuacja wystąpiła w jednostkach penitencjarnych wizytowanych w 2012 r. (np. AŚ Kielce – zob. raport z działalności w Polce KMP za I kw. 2012 r., s. 22, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/13365668800.pdf>).

<sup>15</sup> Zob. pismo RPO z 10 maja 2012 r. (RPO-681173-II-704/11/MM), <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1643191>



niczne od „zwykłych” rozmów telefonicznych, do których to cech trzeba zaliczyć: niepodleganie reglamentacji co do czasu trwania tych rozmów, a także co do częstotliwości ich prowadzenia oraz niepodleganie kontroli<sup>16</sup>.

Te kwestie, wspólne dla skazanych i tymczasowo aresztowanych, były również przedmiotem zainteresowania Rzecznika Praw Obywatelskich<sup>17</sup>. Podsumowując wyniki badań, Rzecznik przedstawia własne stanowisko w tej sprawie, a także polemizuje ze stanowiskiem Dyrektora Generalnego, który stoi na stanowisku, że rozmowy telefoniczne z podmiotami, o których mowa w art. 8 § 3 k.k.w., winny być prowadzone tylko w godzinach pracy administracji (pismo z dnia 24 marca 2010 r.; BDG-070-32/10/205), przyjmując, iż są one częścią czynności procesowych realizowanych w ramach postępowania przed organami wymiaru sprawiedliwości i powinny podlegać takim samym jak widzenia unormowaniom, tzn. realizacja ich winna następować w godzinach urzędowania administracji, i analogicznie do zasad udzielania widzeń w ramach czynności procesowych na terenie jednostki penitencjarnej (przedstawienie legitymacji służbowej), po uprzednim ustaleniu, że osobą, z którą skazany rozmawia, jest jego obrońca. Dyrektor Generalny powoływał się zatem na zasadę określoną § 102 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 13 stycznia 2004 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz.U. z 2004 r. nr 15, poz. 142)<sup>18</sup>, zgodnie z którą widzenia (z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym – M. M.) odbywają się w godzinach urzędowania administracji jednostki penitencjarnej, w pomieszczeniach przeznaczonych do dokonywania czynności procesowych. Za zgodą dyrektora widzenie może być zrealizowane w innym czasie i miejscu.

Z takim stanowiskiem słusznie nie zgodził się Rzecznik, podając, że „zasada określona w § 102 ust. 3 rozporządzenia nie może mieć zastosowania do rozmów telefonicznych, bowiem jako czynność faktyczna nie wymaga od Służby Więziennej takiego zaangażowania logistycznego, jak umożliwienie dokonania czynności procesowej na terenie jednostki penitencjarnej i zasadą przy wykonywaniu rozmów telefonicznych z tymi podmiotami winno być ich umożliwienie pomiędzy apelem porannym a wieczornym”<sup>19</sup>.

Między RPO a Dyrektorem Generalnym nie ma różnicy zdań co do okoliczności,

<sup>16</sup> Odmienne stanowisko w tej mierze prezentuje S. Lelental, który wypowiada się o tej formie porozumiewania następująco: „pozostaje ona alternatywnie z formą porozumiewania się za pomocą korespondencji, co oznacza, że nie będzie można uznać jako ograniczenia prawa do obrony brak możliwości porozumiewania się telefonicznego” (S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2001, s. 69). W ocenie autora pogląd ten nie zasługuje na akceptację, gdyż ustawodawca, dopuszczając tę formę porozumiewania się, nie wskazał ustawowych ograniczeń w jej stosowaniu wobec skazanych (por. wystąpienie RPO z 24 lutego 2010 r., RPO-111649-VII-7004.2/92/MM, <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1463972>).

<sup>17</sup> Por. pismo RPO-681173-II-704/11/MM z 10 maja 2012 r.

<sup>18</sup> Od 23 listopada 2012 r. zaczęło obowiązywać ogłoszone 23 października 2012 r. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 października 2012 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz.U. z 2012 r., poz. 1153), które w § 103 ust. 4 statuuje podobną zasadę.

<sup>19</sup> Pismo RPO-681173-II-704/11/MM z 10 maja 2012 r.

że czas trwania rozmowy telefonicznej między tymczasowo aresztowanym/skazanym a obrońcą nie może być reglamentowany. Trzeba zauważyć, że w tej mierze niektóre państwa europejskie stosują reglamentację. Na przykład we Francji czas kontaktu z adwokatem przed przesłuchaniem jest limitowany i wynosi 30 minut<sup>20</sup>.

*Expressis verbis* art. 8 § 3 k.k.w. przewiduje, że „rozmowy z tymi osobami (obrońcami i pełnomocnikami) w trakcie widzeń i rozmowy telefoniczne nie podlegają kontroli”. Słusznie jednak Rzecznik dostrzegł, że brakuje przepisów gwarantujących niedokonywanie kontroli rozmów telefonicznych z podmiotami wskazanymi w art. 8 § 3 k.k.w. Zauważył on bowiem, że „w praktyce rozmowy telefoniczne z podmiotami wskazanymi w art. 8 § 3 k.k.w. odbywają się z tych samych aparatów telefonicznych, z których realizowane są pozostałe rozmowy podlegające kontroli. Skazany, a także jego pełnomocnik nie ma żadnych gwarancji, iż rozmowa z obrońcą lub pełnomocnikiem jednak nie jest kontrolowana. Mając na uwadze wagę tajemnicy adwokackiej i radcowskiej zasadnie należy oczekiwać regulacji prawnych, które w praktyce wyeliminowałyby podejrzenia, iż rozmowy telefoniczne z tymi podmiotami są kontrolowane”<sup>21</sup>.

W odpowiedzi na ostatnie pismo Rzecznika w tej sprawie Minister Sprawiedliwości zauważył, że „wydaje się, że nie ma regulacji w przepisach prawa, które wykluczałyby uznanie, iż wskazane powyżej prawo do porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym, obejmuje kontaktowanie się za pomocą aparatu telefonicznego. Art. 217c k.k.w. nie dotyczy kontaktów z obrońcą lub pełnomocnikiem, lecz z innymi podmiotami np. osobami bliskimi. Stanowisko Ministerstwa Sprawiedliwości w tej kwestii jest znane Dyrektorowi Generalnemu Służby Więziennej. Ministerstwo Sprawiedliwości w 2011 r. prowadziło prace nad projektem ustawy zmierzającej do zmiany m.in. art. 215, 217c Kodeksu karnego wykonawczego, które jednak nie są kontynuowane. Nie oznacza to całkowitego odrzucenia pomysłu prowadzenia działań legislacyjnych w powyższej kwestii, ale należy się liczyć z możliwością sfinalizowania tego projektu w nieco dalszej perspektywie czasowej”<sup>22</sup>.

Przedstawiona wyżej sytuacja wydaje się być co najmniej niezrozumiała, bowiem Minister Sprawiedliwości stosownie do art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. nr 79, poz. 523 ze zm.) jest przełożonym Dyrektora Generalnego, który nie przyjmuje do wiadomości, że art. 217c k.k.w. nie ma zastosowania do rozmów telefonicznych tymczasowo aresztowanych z obrońcami i pełnomocnikami. W obecnej sytuacji zatem w świetle obowiązujących przepisów i wykładni prawa dokonywanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości i Rzecznika Praw Obywatelskich tymczasowo aresztowanym przysługuje prawo do telefonicznego porozumiewania się z obrońcą, faktycznie jednak z prawa tego skorzystać nie mogą. Można przypuszczać, że ta sytuacja będzie prowadziła do kierowania skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, do którego zapewne zwrócą się tymczasowo aresztowani, którym odmawia się prawa do rozmów telefonicznych z obrońcami.

<sup>20</sup> Zob. *Kontakt z adwokatem po usłyszeniu zarzutów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 6 grudnia 2011 r., nr 235 (3121).

<sup>21</sup> Pismo RPO-681173-II-704/11/MM z 10 maja 2012 r.

<sup>22</sup> Odpowiedź z 5 czerwca 2012 r., <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1643191>

# Punkty widzenia

Malwina Starczewska

## DOPUSZCZALNOŚĆ SANOWANIA CZYNNOŚCI PRAWNYCH DOKONANYCH PRZEZ „FAŁSZYWEGO” PIASTUNA ORGANU OSOBY PRAWNEJ

Dopuszczalność stosowania przepisów o pełnomocnictwie względem piastunów osób prawnych wywoływała skrajne poglądy wśród przedstawicieli doktryny i judykatury, jednak coraz częściej pojawiają się opinie o jej dopuszczalności<sup>1</sup>.

Zgodnie z przyjętą w przepisach k.c. tzw. teorią organów osoba prawna dokonuje czynności prawnych przez organy, tj. powołane w skład jednostek osoby fizyczne, które są umocowane do tworzenia i realizacji woli osoby prawnej<sup>2</sup>. W nawiązaniu do tej definicji należy przyjąć, że „fałszywym” piastunem będzie osoba fizyczna działająca jako organ osoby prawnej bez „umocowania lub z jego przekroczeniem. Przepisy k.s.h. nie normują sytuacji dokonania czynności prawnej przez fałszywy organ, dlatego też zgodnie z odniesieniem art. 2 k.s.h. należy posłużyć się przepisami Kodeksu cywilnego. Dominujące są trzy ścierające się koncepcje: pierwsza stanowi o bezwzględnej nieważności czynności prawnych dokonanych przez rzekomego piastuna (art. 39 k.c. w zw. 58 § 1 k.c.)<sup>3</sup>, druga opowiada się za zastosowaniem przepisów dotyczących bezskuteczności zawieszzonej czynności (art. 103 k.c.)<sup>4</sup>, trzecia nakazuje uznać taką czynność

---

<sup>1</sup> Prezentując możliwe rozwiązania, będę opierać się na trzech orzeczeniach Sądu Najwyższego, które, w mojej ocenie, wywarły największy wpływ na postrzeganie przez doktrynę tego zagadnienia. Wyrok SN z 12 grudnia 1996 r., I CKN 22/96, Legalis; uchwała SN z 30 maja 1990 r., III CZP 8/90, Legalis; uchwała SN z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, Legalis.

<sup>2</sup> M. Pazdan, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. I, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 199.

<sup>3</sup> Zwolennikiem tej koncepcji jest m.in. J. Grykiel, *Wielość źródeł umocowania a skuteczność reprezentacji*, „Prawo Spółek” 2009, nr 4, s. 58; J. Frąckowiak, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, t. I, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 1034; A. Kidyba, (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. I, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 174.

<sup>4</sup> S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów wadliwego składu zarządu lub rady nadzorczej w spółkach kapitałowych oraz spółdzielniach. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa prof. Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Zakamycze, Kraków 2005, s. 1370; R. L. Kwaśnicki, P. Letolc, *Dopuszczalność uzdrawiania wadliwych*

za nieistniejącą<sup>5</sup>. Największą grupę zwolenników pozyskały dwa pierwsze stanowiska, w związku z czym będą one stanowiły fundament tego opracowania.

## NIEDOPUSZCZALNOŚĆ KONWALIDACJI CZYNNOŚCI PRAWNYCH – NIEWAŻNOŚĆ BEZWZGLĘDNA

Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 12 grudnia 1996 r. odmowę zastosowania art. 103 k.c. opiera w głównej mierze na dwóch tezach. Mianowicie wykazuje, że wola ustawodawcy tworzącego art. 39 k.c. było pozbawienie możliwości sanowania czynności dokonanej przez „fałszywego” piastuna oraz odmówienie stosowania *per analogiam* przepisów o rzekomym pełnomocniku do „fałszywego” piastuna z uwagi na zbyt daleko idące różnice między działaniem tych dwóch podmiotów. Sąd Najwyższy stwierdza również, że zgodnie z teorią organów działanie organu osoby prawnej jest w rzeczywistości działaniem samej osoby. Jeśli więc za osobę prawną dokonywał czynności podmiot nieumocowany lub z przekroczeniem umocowania, uznaje się, że nie było żadnego działania osoby prawnej – w grę wchodzi tylko odpowiedzialność „fałszywego piastuna”. Natomiast w przypadku pełnomocnictwa mamy dwa podmioty, z których jeden (mocodawca) jest władny potwierdzić wadliwe postępowanie drugiego (pełnomocnika). Należy krytycznie odnieść się do tezy mówiącej o celowym braku dopuszczalności zastosowania analogii oraz wymogu każdorazowego zastosowania sankcji nieważności. Nie można, co prawda, bezwzględnie wykluczyć, że taka była wola ustawodawcy, jednak wydaje się, iż jest to raczej przykład niedopatrzania. Ma rację S. Sołtysiński, porównując brak regulacji czynności piastuna „z samym sobą” do braku regulacji konsekwencji czynności „fałszywego piastuna”, a tym samym stwierdza w obu przypadkach lukę prawną<sup>6</sup>. Wykazuje on, że motywy, którymi kierował się ustawodawca, są nieadekwatne do potrzeb współczesnego obrotu gospodarczego<sup>7</sup>. Znajduje to potwierdzenie w planach Komisji Kodyfikacyjnej, która regulując tę kwestię, opierała się na zapewnieniu pewności obrotu oraz ochronie interesu osoby prawnej<sup>8</sup>. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej przewiduje regulację konsekwencji działań „fałszywego” piastuna zbliżoną do ujęcia rezultatów działań rzekomego pełnomocnika (art. 103 k.c.)<sup>9</sup>. Projektowany art. 51 w § 1 zakłada bezskuteczność względną umów, które mogą być potwierdzone przez osobę prawną – w przeciwnym razie umowa jest nieważna. Odpowiedzialność osoby fizycznej będącej „fałszywym piastunem” uregulowana jest analogicznie do odpowiedzialności z art. 103 § 3 k.c., tak samo jednostronne czynności są nieważne, chyba że adresat tych czynności wiedział o braku kompetencji i wyraził na to zgodę. Stosuje się wtedy przepisy dotyczące umów. Dopiero projektowany § 4 ww. przepisu odwołuje się do bezwzględnej nieważności (analogicznie do art. 39

czynności zarządu osoby prawnej, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 3, s. 154; M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” piastuna organu osoby prawnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 7, s. 58.

<sup>5</sup> E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 4, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 91 i 95.

<sup>6</sup> S. Sołtysiński, *Skutki*, s. 1385.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Księga Pierwsza wraz z uzasadnieniem*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

§ 2 k.c.) umowy zawartej w imieniu nieistniejącej osoby prawnej. W sposób tożsamy do dzisiejszych regulacji została zaproponowana odpowiedzialność rzekomego piastuna w tej sytuacji. Projektowana regulacja w całej swojej istocie zdaje się przeczyć obu tezom z uzasadnienia orzeczenia z 12 grudnia 1996 r., które nie dostrzega potrzeby dostosowania regulacji do współczesnych potrzeb gospodarczych<sup>10</sup>. Opierając się wprost i w sposób całościowy na teorii organów, Sąd Najwyższy dowodzi, że analogia jest wykluczona, gdyż nie występują dwa podmioty, tak jak ma to miejsce w przypadku pełnomocnictwa. Ten pogląd mógłby zyskać aprobatę, jeśli odnosiłby się do prawidłowej sytuacji, która ucieleśnia teorię organów, tj. gdy umocowanie jest prawidłowe, a piastun nie działa z jego przekroczeniem<sup>11</sup>. Jeśli więc zachodzi któryś z warunków wadliwości, takie działanie nie może być uznane za działanie osoby prawnej, ale za działanie osoby trzeciej, wobec czego zostaje spełniony wymóg dwóch odrębnych podmiotów, by zastosować *analogia legis*<sup>12</sup>. Osoba prawna stawałaby się stroną danej umowy dopiero w momencie jej potwierdzenia. Wcześniej, wobec niemożności zakwalifikowania działań fałszywego piastuna jako działań osoby prawnej, pozostawałaby osobą trzecią. Teoria przedstawicielstwa organizacyjnego dochodzi do tych samych rozwiązań, co ujęta funkcjonalnie teoria organów. Zgodnie z tą teorią są trzy rodzaje przedstawicielstwa: przedstawicielstwo ustawowe, pełnomocnictwo oraz przedstawicielstwo statutowe (organ osoby prawnej)<sup>13</sup>. Między przedstawicielstwem statutowym a pełnomocnikiem zachodzą podobieństwa, m.in. w odniesieniu skutków prawnych bezpośrednio do organu osoby prawnej (mimo że przedstawiciel statutowy działa za osobę prawną, a pełnomocnik w jej imieniu)<sup>14</sup>. Piastun działa w obrębie organizacyjnym osoby prawnej, ale to wciąż jest działanie osoby fizycznej, czyli odrębnego od osoby prawnej podmiotu<sup>15</sup>. Wskazuje to na możliwość zastosowania przepisów o pełnomocnictwie do sytuacji rzekomego piastuna<sup>16</sup>.

### PODOBIENSTWA I RÓŻNICE MIĘDZY PIASTUNEM ORGANU OSOBY PRAWNEJ A PEŁNOMOCNIKIEM, MAJĄCE WPŁYW NA DOPUSZCZALNOŚĆ ANALOGICZNEGO STOSOWANIA PRZEPISÓW O PRZEDSTAWICIELSTWIE

Zbyt duże i znaczące różnice między piastunem a pełnomocnikiem są najczęstszym argumentem doktryny i judykatury przeciw stosowaniu analogii z art. 103 i 104 k.c. do sytuacji piastuna. Orzeczenie z 30 maja 1990 r. dokonało porównania tych dwóch podmiotów, przedstawiając pozycję piastuna na podstawie teorii organów<sup>17</sup>. Zaprezentuję dwa, w mojej opinii najistotniejsze, kryteria powołane w tym wyroku:

<sup>10</sup> Wyrok SN z 12 grudnia 1996 r., I CKN 22/96, Legalis.

<sup>11</sup> S. Sołtysiński, *Skutki*, s. 1385.

<sup>12</sup> M. Borkowski, *Konsekwencje*, s. 54; S. Sołtysiński, *Skutki*, s. 1386.

<sup>13</sup> M. Borkowski, *Konsekwencje*, s. 54

<sup>14</sup> A. Klein, *Charakter prawny organów osób prawnych*, (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci W. Czachórskiego*, PWN, Warszawa 1985, s. 374–476.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> M. Borkowski, *Konsekwencje*, s. 54.

<sup>17</sup> Uchwała SN z 30 maja 1990 r., III CZP 8/90, Legalis.

- działania piastuna osoby prawnej są kwalifikowane jako działania samej osoby prawnej, natomiast działania pełnomocnika to postępowanie odrębnego podmiotu w imieniu osoby reprezentowanej i odnoszące wprost do niej skutek;
- dwa źródła umocowania piastuna (pierwsze powołujące do reprezentowania i kolejne określające zakres i treść reprezentacji), tymczasem pełnomocnik jest legitymowany poprzez jeden akt udzielony mu przez mocodawcę.

Tak pojmowane pojęcia organu osoby prawnej i pełnomocnika rzeczywiście zdają się przeczy dopuszczalności zastosowania art. 103 k.c. Jednak stanowisko prezentowane w orzeczeniu, które zyskało aprobatę części doktryny<sup>18</sup>, zwraca uwagę wykładnią funkcjonalną. Najsilniej łączącym aspektem tych dwóch podmiotów jest ich funkcja – czyli *de facto* powód ich ustanowienia. Orzeczenie z 14 września 2007 r. podkreśla, że zarówno piastun organu osoby prawnej, jak i pełnomocnik zobowiązani są do działania w granicach przyznanych im kompetencji, a konsekwencje tych działań przypisywane są odpowiednio osobie prawnej lub mocodawcy<sup>19</sup>. Co więcej, odnosząc się do argumentów prawnoporównawczych, zwrócono uwagę, że na gruncie prawa niemieckiego, które zrodziło teorię organów, nie jest ona przeszkodą do stosowania w sytuacjach nieuregulowanych przepisów o przedstawicielstwie (analogicznych do przepisu art. 103 k.c.)<sup>20</sup>. Przeciwno dogmatyzowaniu tożsamości osoby prawnej i jej organu opowiada się także A. Opalski<sup>21</sup>. We wspomnianym wcześniej orzeczeniu z 30 maja 1990 r., rozpatrując zakaz dokonywania czynności prawnych pełnomocnika „z samym sobą” oraz czynności organu osoby prawnej „z samym sobą”, zostało ustalone, że ani teoria organów, ani uregulowania zawarte w art. 39 k.c. nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu w obu przypadkach art. 108 k.c.<sup>22</sup> Dozwolono więc zastosowanie przepisów o pełnomocnictwie do działań organu osoby prawnej.

## PODSUMOWANIE

Za stosowaniem art. 103 i 104 k.c. w najdonioślejszej mierze przemawia społeczno-gospodarcza potrzeba takiej wykładni oraz masowość umów zawieranych przez osoby prawne<sup>23</sup>. Należy postulować wykorzystywanie przepisów o pełnomocnictwie do działań piastuna organu osoby prawnej, co do których występuje luka prawna. Jest to uzasadnione w sytuacjach, gdy strony są zgodne co do chęci „uzdrowienia” danej czynności, a także gdy stwierdzenie nieważności wiązałoby się z krzywdzącym rezultatem dla obu stron<sup>24</sup>. *De lege lata* wykładnia powinna skłaniać się ku takiemu rozwiązaniu do czasu unormowania tej ewidentnie przeoczonej kwestii.

<sup>18</sup> M.in. M. Borkowski, *Konsekwencje*, s. 57; R. L. Kwaśnicki, P. Letolc, *Dopuszczalność*, s. 158.

<sup>19</sup> Uchwała SN z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, Legalis.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, C. H. Beck, Warszawa 2006, s. 488.

<sup>22</sup> Uchwała SN z 30 maja 1990 r., III CZP 8/90, Legalis.

<sup>23</sup> S. Sołtysiński, *Skutki*, s. 1382.

<sup>24</sup> S. Sołtysiński, *Skutki*, s. 1382; M. Borkowski, *Konsekwencje*, s. 55.



## ODSETKI UTRACONE

### ZASADA I WYJĄTKI

Zgodnie z regułą podstawową w prawie cywilnym naliczanie odsetek od odsetek (zwanymi dalej również odsetkami drugiego stopnia) jest niedozwolone. Jest to tzw. zakaz anatocyzmu, zawarty w art. 482 § 1 k.c. *a contrario*. Równocześnie od zasady przewidziane są istotne wyjątki. Jednym z nich jest możliwość dochodzenia odsetek od zaległych odsetek od momentu wytoczenia o nie powództwa (art. 482 § 1 k.c.). Z wytoczeniem powództwa zrównuje się oczywiście także rozszerzenie powództwa w odpowiednim zakresie<sup>1</sup>.

### FORMUŁOWANIE ŻĄDANIA

Możliwość dochodzenia odsetek od zaległych odsetek od momentu wytoczenia o nie powództwa jest rozwiązaniem właściwym. Pewne wątpliwości budzi jednak zastosowanie tej reguły w praktyce. W obrocie procesowym liczenie odsetek od zaległych odsetek, zwłaszcza przy złożonych żądaniach, gdy termin wymagalności poszczególnych roszczeń nie jest jednolity, może okazać się zadaniem skomplikowanym. Dotyczy to np. spraw o wypłatę zaległego wynagrodzenia za nadgodziny za kilkuletnie okresy. Zdarza się wręcz, że wyliczenie odsetek pozostawione jest w podobnych sprawach biegłym.

Dla jasności wyводу przeanalizuję jednak przypadek prostszy, tj. gdy w sprawie występuje jednolite roszczenie główne i w związku z tym jeden termin wymagalności roszczenia głównego. Często praktyką jest wówczas formułowanie żądania pozwu w następujący sposób. Odsetki, które narosły od dnia wymagalności roszczenia głównego do dnia wniesienia pozwu, dolicza się do sumy głównej, a następnie wnosi się o zasądzenie tak policzonej całościowej kwoty. Dochodzi zatem do kapitalizacji odsetek na określony dzień. Równocześnie wnosi się o zasądzenie odsetek od tej całej kwoty. Rozwiązanie to pozwala nieco uprościć treść żądania, obciążone jest jednak podsta-

---

<sup>1</sup> T. Dybowski, A. Pyrzyńska, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 5, red. E. Łętowska, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 261.

wową wadą, tj. oznacza rezygnację z dochodzenia części należnych odsetek drugiego stopnia.

### JEDNOKROTNA KAPITALIZACJA

Kapitalizując odsetki według stanu na jeden określony dzień i licząc od nich odsetki, pomija się część odsetek od odsetek, których można skutecznie dochodzić. Nie wnosi się bowiem o zasądzenie odsetek drugiego stopnia od tych odsetek pierwszego stopnia, które są wymagalne dopiero po dniu dokonanej, jednorazowej kapitalizacji.

W dniu wniesienia pozwu są wymagalne już odsetki od kwoty głównej za dotychczasowe opóźnienie. Równocześnie już po wniesieniu pozwu (dzień po) w trakcie trwania postępowania (każdego dnia) powstają i stają się wymagalne nowe odsetki od kwoty głównej za okres po wniesieniu pozwu. Te odsetki są obejmowane przeważnie żądaniem. Jednak odsetki drugiego stopnia, tj. odsetki od odsetek zapadających po dniu wniesienia powództwa, pomija się zwykle w żądaniu, przez co nie są one zasądzane w wyroku.

### CODZIENNA KAPITALIZACJA

Chcąc uzyskać wyrok zasądzający wszystkie odsetki od odsetek, należy odpowiednio sformułować żądanie pozwu. Możliwa treść jest następująca:

1. Wnoszę o zasądzenie kwoty głównej ( $k$ ) z należnymi, skapitalizowanymi na dzień wniesienia pozwu, odsetkami wysokości ( $x$ ) wraz z odsetkami od całej sumy, tj.  $(k+x)$  od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz

2. Wnoszę o zasądzenie odsetek od tych odsetek od kwoty głównej ( $k$ ), które staną się wymagalne po dniu wniesienia pozwu, od dnia wymagalności do dnia zapłaty.

W pkt 1 uwzględnia się odsetki ( $o_1$ ) od kwoty głównej, które są już w dniu wnoszenia pozwu wymagalne i zostają na ten dzień skapitalizowane. Dodatkowo pkt 1 obejmuje przyszłe odsetki ( $o_2$ ) od kwoty głównej, które powstaną dopiero po dniu wniesienia pozwu. Punkt 1 obejmuje również przyszłe odsetki ( $oo_1$ ) od odsetek ( $o_1$ ) już istniejących w dniu wniesienia pozwu i poddanych kapitalizacji. W pkt 2 natomiast zawarte są przyszłe odsetki ( $oo_2$ ) od przyszłych odsetek ( $o_2$ ) od kwoty głównej, które to odsetki ( $o_2$ ) od kwoty głównej powstają dopiero po dniu wniesienia pozwu.

Proponowana formuła pozwala na objęcie powództwem odsetek drugiego stopnia od powstających po dniu jednorazowej kapitalizacji odsetek pierwszego stopnia.

### NASZA DROGA MATEMATYKA

Proponowane rozwiązanie może się wydawać skomplikowane pod względem obliczeniowym. Okazuje się po raz kolejny, że odpowiednie stosowanie prawa wymaga niezwykle szerokiej wiedzy ogólnej, w tym matematycznej. Trudno godzić się, aby adwokaci i sędziowie nie dochodzili i nie zasądzali w odpowiednim zakresie należnych roszczeń tylko dlatego, że wymaga to nieco bardziej wyrafinowanych umiejętności rachunkowych.

Z drugiej strony nie ma istotnych powodów, dla których wysokość należnych odsetek miałaby być kwotowo określona w orzeczeniu. W wyroku może być podana wysokość stopy odsetek oraz dzień, od którego należy je naliczać. Podobnie wygląda sprawa z odsetkami od odsetek. Brak jest w zasadzie potrzeby wskazywania konkretnych kwot. Warto zresztą pamiętać, że dzisiaj wyliczenia odsetek nierzadko dokonuje, w przypadku egzekucji, komornik. Jest to rozwiązanie jak najbardziej naturalne z tego względu, że odsetki biegną aż do momentu pokrycia należności. Z tego powodu nie należy wymagać podawania w pozwie kwoty skapitalizowanych odsetek dla poszczególnych roszczeń. Na etapie formułowania żądania i później orzekania i formułowania sentencji istotna jest wysokość stopy odsetek oraz dzień wymagalności. Dzień wymagalności również nie musi być wskazany datą – wystarczy przecież, aby jasno mógł być obliczony na podstawie treści sentencji. Odpowiednich ostatecznych wyliczeń należy dokonać natomiast na etapie egzekucji.

W celu pokazania różnic, jakie powstają przy zasądzeniu odsetek na podstawie tradycyjnej jednorazowej kapitalizacji oraz proponowanej przeze mnie kapitalizacji codziennej, przedstawię poniżej dwa wzory, które pozwalają obliczyć odsetki w jednym i drugim przypadku (wzory można jeszcze skrócić, ale chodzi o pokazanie ich części składowych).

### I. KAPITALIZACJA JEDNORAZOWA (UJĘCIE TRADYCYJNE)

Należne odsetki:

$$k \cdot o \cdot t_1 + (k + k \cdot o \cdot t_1) \cdot o \cdot t_2$$

Pierwsza część wzoru obejmuje skapitalizowane odsetki od kwoty głównej na dzień wniesienia pozwu. Druga część obejmuje odsetki od kwoty głównej powstające po dniu wniesienia pozwu oraz odsetki od odsetek skapitalizowanych na dzień wniesienia pozwu.

### II. CODZIENNA KAPITALIZACJA ODSETEK:

Należne odsetki:

$$k \cdot o \cdot t_1 + (k + k \cdot o \cdot t_1) \cdot o \cdot t_2 + k \cdot o \cdot (t_2 - 1) \cdot o + k \cdot o \cdot (t_2 - 2) \cdot o \dots + k \cdot o \cdot (t_2 - t_2) \cdot o =$$

$$= k \cdot o \cdot t_1 + (k + k \cdot o \cdot t_1) \cdot o \cdot t_2 + k \cdot o^2 [(t_2 - 1) + (t_2 - 2) \dots + (t_2 - t_2)] =$$

$$= k \cdot o \cdot t_1 + (k + k \cdot o \cdot t_1) \cdot o \cdot t_2 + k \cdot o^2 \cdot t_2 \cdot (t_2 - 1) / 2$$

Legenda:

k – kwota główna

o – dzienna stopa odsetek

$t_1$  – okres od dnia wymagalności roszczenia głównego do dnia wniesienia powództwa (w dniach)

$t_2$  – okres od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty (w dniach)

Pierwsza część wzoru obejmuje skapitalizowane odsetki od kwoty głównej na dzień wniesienia pozwu. Druga część obejmuje odsetki od kwoty głównej powstające po

dniu wniesienia pozwu oraz odsetki od odsetek skapitalizowanych na dzień wniesienia pozwu. Trzecia część wzoru obejmuje odsetki drugiego stopnia od tych odsetek pierwszego stopnia, które zapadły po dniu wniesienia pozwu. Trzeci element sumy jest bardziej złożony, bo musi uwzględniać kroczący charakter wymagalności kolejnych odsetek.

## WNIOSKI

W tekście przedstawiam alternatywną do powszechnie stosowanej metodę formułowania treści żądania w zakresie roszczeń akcesoryjnych. Koncepcja najczęściej przyjmowana, tj. kapitalizacja odsetek na jeden określony dzień (często dzień wniesienia pozwu), prowadzi do rezygnacji z części odsetek drugiego stopnia. Codzienna kapitalizacja (procent codziennie składany) problem ten rozwiązuje i pozwala objąć żądaniem całość należnych odsetek od odsetek. Czy chodzi o duże kwoty? Odpowiedź zależy od subiektywnych przekonań odpowiadającego. Dla przykładu podam tylko, że w przypadku roszczenia głównego wynoszącego 100 000 (sto tysięcy) złotych i przy stopie odsetek wysokości 13% zaproponowana formuła pozwala dochodzić po roku postępowania sądowego dodatkowo kwoty około 843 (ośmiuset czterdziestu trzech) złotych. Przede wszystkim są to jednak roszczenia dodatkowe, których można w imieniu mandantów dochodzić, i oczywiście do samych uprawnionych należy ostateczna i przede wszystkim świadoma decyzja o zakresie wnoszonego żądania.

## ZASADNOŚĆ KRYMINALIZACJI NARAŻENIA NA ZARAŻENIE WIRUSEM HIV

Problemy HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) oraz AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*) budzą w społeczeństwie poczucie lęku, ponieważ medycyna wciąż jest pod presją opracowania skutecznej szczepionki i zatrzymania rozprzestrzeniania się wirusa HIV oraz choroby AIDS. Pierwsze polskie prace podejmujące prawne problemy AIDS pochodzą dopiero z lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku<sup>1</sup>, kiedy Kodeks karny z 1969 r. nie wyodrębniał jeszcze czynu zabronionego związanego z samym wirusem HIV. Czyni to Kodeks karny z 1997 r. Jednak art. 161 § 1 k.k., kryminalizujący narażenie na zarażenie wirusem HIV, nie jest zbyt często stosowany w praktyce – dwa skazania z całego art. 161 k.k. w 2012 r., cztery w 2011 r., cztery z samego § 1 w 2010 r.<sup>2</sup> dowodzą, jak egzotyczny jest to występki. W związku z przytoczonymi danymi statystycznymi oraz podnoszonymi w literaturze amerykańskiej wątpliwościami co do zasadności kryminalizacji zachowań dotyczących zdrowia<sup>3</sup> należy zastanowić się nad koniecznością utrzymania albo uchylecia powołanego wyżej przepisu.

Główny zarzut wobec karania osób zarażonych HIV narażających innych na takie zarażenie jest następujący: zamiast skupiać się na karze dla chorego sprawcy, odpowiedniejszym celem reakcji prawa karnego powinno być ułatwienie przenoszenia się choroby (*transmission facilitation*)<sup>4</sup>. Chodzi mianowicie o handel ludźmi, handel organami, ukrywanie informacji o ryzyku zarażenia oraz umyślne lub lekkomyślne działania zniechęcające do leczenia choroby i jej zapobiegania<sup>5</sup>. Należy zgodzić się z tymi uwagami, ponieważ to właśnie przemyt ludzi, w szczególności wykorzystywanych w prostytucji, produkcji pornografii, czyli w szeroko rozumianym seksbiznesie, wiąże się ze

---

<sup>1</sup> *Prawne problemy AIDS*, red. A. J. Szwarz, Warszawa 1990; *AIDS a prawo karne*, red. A. J. Szwarz, Poznań 1996.

<sup>2</sup> <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki>. Dane dotyczące przestępstw z art. 161 k.k. z lat 2009, 2008, 2007 i 2006 są utajnione ze względu na tajemnicę statystyczną.

<sup>3</sup> L. Pickering Francis, J. G. Francis, *Criminalizing Health-Related Behaviors Dangerous to Others? Disease Transmission, Transmission Facilitation, and the Importance of Trust*, „Criminal Law and Philosophy” 2012, nr 6, s. 47–63.

<sup>4</sup> Tamże, s. 47.

<sup>5</sup> Tamże.

zwiększeniem ryzyka przenoszenia się wirusa HIV. Można tutaj dodać, że znaczącą rolę w ułatwianiu zarażania się tym wirusem odgrywa także aktywność użytkowników narkotyków, dlatego więcej pożytku może przynieść zdecydowana walka z handlarzami narkotyków, nie zaś karanie już zarażonych HIV narkomanów.

Koncepcja prewencyjnego oddziaływania na potencjalnych sprawców czynu zabronionego z art. 161 § 1 k.k., poprzez ułatwianie wczesnego wykrycia wirusa HIV oraz zapewnienie profesjonalnej opieki medycznej i psychologicznej, zasługuje na bezwarunkową aprobatę. Nie jest bynajmniej obojętny wybór właściwego sposobu zapobiegania przenoszeniu się wirusa. Najnowsze zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia, aby edukację seksualną rozpoczynać przed ukończeniem czwartego roku życia, a w wieku 9–12 lat brać odpowiedzialność za przyjemne doświadczenia seksualne oraz posiadać umiejętność stosowania antykoncepcji<sup>6</sup>, budzą poważny niepokój. Skoro szacuje się, że 90% populacji nosicieli wirusa zaraziło się poprzez stosunek seksualny z osobą chorą<sup>7</sup>, celem edukacji seksualnej nie powinno być rozbudzanie popędu płciowego u dzieci, które często jeszcze w ogóle nie są świadome jego istnienia. Im wcześniej dziecko zainteresuje się sprawami seksualności, tym wcześniej narazi się na związane z nią ryzyko nie tylko nieplanowanej ciąży, ale również zarażenia się między innymi wirusem HIV. Oczywiście edukacja seksualna może okazać się pomocą w prawidłowym rozwoju młodego człowieka, ale tylko jako integralny element przygotowania do życia w rodzinie, którym objęte będą dzieci w odpowiednim wieku – na pewno nie czterech lat.

Artykuł 160 § 1 k.k. nie może być stosowany do osoby narażającej kogoś na zarażenie wirusem HIV, jeżeli sprawca sam nie jest nosicielem tego wirusa lub nie jest tego świadomy. Jeszcze przed wejściem w życie Kodeksu karnego z 1997 r. zgłaszano postulat ujęcia tego przestępstwa jako przestępstwa powszechnego<sup>8</sup>, choć A. Zoll wyraża wątpliwości, czy w ogóle nie mamy tu do czynienia ze zbyt daleko idącą kazuistyką<sup>9</sup>. Na usprawiedliwienie wprowadzenia tego przepisu podaje on poczucie zagrożenia w społeczeństwie rozprzestrzenianiem się tej choroby oraz potrzebę obrony, szczególnie niektórych grup zawodowych (lekarzy, policjantów, służb więziennych), przed szantażem i rzeczywistym zagrożeniem ze strony osób zarażonych<sup>10</sup>. Chyba jednak ujęcie przestępstwa narażenia na zarażenie wirusem HIV rzeczywiście jest zbyt kazuistyczne. Fakt, że art. 161 § 1 k.k. dotyczy tylko jednego wirusa, tylko osoby, która wie o tym, że sama jest nim zarażona, oraz tylko bezpośredniego narażenia innej osoby na takie zarażenie (a nie na przykład zarażenia czy wywołania choroby AIDS), dowodzi przesadnej kazuistyki. Trudno wyobrazić sobie sytuację, aby Kodeks karny w odrębnych jednostkach redakcyjnych kryminalizował każde zachowanie dotyczące pojedynczej choroby lub wirusa. Lepsze jest ogólne ujęcie narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z art. 160 § 1 k.k., który można by rozszerzyć o narażanie na zarażenie chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu, oczywiście bez żadnego ograniczenia co do podmiotu przestępstwa. Powinno to być przestępstwo powszechne.

<sup>6</sup> W. Ferfecki, *Nauka seksu już od złobka*, „Rzeczpospolita” z 23 kwietnia 2013 r., nr 95, s. A1.

<sup>7</sup> <http://portal.abczdrowie.pl/w-jaki-sposob-jest-przenoszony-wirus-hiv>

<sup>8</sup> Z. Mielnik, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu w ujęciu nowego kodeksu karnego*, RPEiS 1997, nr 4, s. 11.

<sup>9</sup> A. Zoll, *Komentarz do art. 161 k.k.*, Lex Omega.

<sup>10</sup> Tamże.



Nie ma racjonalnych argumentów dla kryminalizacji ryzykownych zachowań jedynie nosicieli takich chorób, a pozostawienia poza obszarem regulacji prawnokarnej narażania na takie zarażenie przez osoby zdrowe. Obecny stan prawny w pewien sposób dyskryminuje osoby już zarażone, a jednocześnie pozwala pozostać bezkarną osobie zdrowej narażającej kogoś na takie zarażenie, jeżeli jej zachowanie nie stanowi czynu z art. 160 § 1 k.k.

Ze względu na zbyt kazuistyczne ujęcie, a przez to marginalne praktyczne znaczenie art. 161 k.k., wydaje się, że nie jest konieczne zachowanie tego przepisu. Wystarczyłoby uzupełnić art. 160 § 1 k.k. o narażanie na zarażenie chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu. Funkcjonowanie odrębnego przepisu art. 161 k.k. nie ma uzasadnienia, ponieważ Kodeks karny powinien być zwięzły, precyzyjny i kompleksowy. Tymczasem obecna jego regulacja rodzi poważne zastrzeżenia, chociażby co do wyłączenia karalności zarażenia wirusem HIV przez osobę, która sama nie jest nim zarażona<sup>11</sup>. Występek z art. 161, zarówno z § 1, jak i § 2, jest przestępstwem indywidualnym właściwym<sup>12</sup>. Od strony podmiotowej jest przestępstwem umyślnym, o szczególnej świadomości, określonej jako wiedza o właściwości sprawy<sup>13</sup>. Skoro w obecnym stanie prawnym zgłasza się propozycję, aby narażenie na zarażenie wirusem HIV przez osoby, które same nie są zarażone, penalizować na podstawie art. 160 § 1, 2 lub 3, zależnie od formy winy i ustalenia szczególnego obowiązku opieki<sup>14</sup>, nie ma przeszkód, aby przepis ten, uzupełniony o wskazane wyżej sformułowania, stosować także do świadomych swego zarażenia nosicieli wirusa HIV. Aczkolwiek i tutaj może pojawić się problem, ponieważ zarażenie wirusem HIV przez długi czas może przebiegać bezobjawowo, a wykształcenie AIDS może w ogóle nie nastąpić. Oczywiście rezygnacja z kryminalizacji samego narażenia na zarażenie wirusem HIV oznaczałaby bezkarność sprawcy tego narażenia, a odpowiedzialność karna wchodziłaby w grę jedynie po wykształceniu się choroby AIDS.

Zasadne jest pytanie o sens kryminalizacji narażenia na zarażenie wirusem HIV w kontekście społecznej szkodliwości tego czynu. Wykładnia językowa pojęcia „społeczna szkodliwość czynu” pozwala przyjąć, że chodzi tutaj o cechę czynu wyrażającą się w naruszeniu lub możliwości naruszenia dobra prawnego, interesu jednostki lub całego społeczeństwa. Społeczna szkodliwość wiąże się z wyrządzeniem szkody, krzywdy, a więc z negatywnymi następstwami czynu, które dotyczą jedną lub więcej osób. Charakter szkody bywa różny: materialny, fizyczny lub niematerialny, psychiczny, duchowy<sup>15</sup>. Właśnie taki psychiczny charakter szkody cechuje występek z art. 161 § 1 k.k. W obecnym stanie prawnym jest to przestępstwo materialne, z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo<sup>16</sup>, jednak efektywny skutek w postaci zarażenia (powstania sta-

<sup>11</sup> Por. M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 161 k.k.*, Lex Omega, A. Marek, *Komentarz do art. 161 k.k.*, Lex Omega, A. Zoll, *Komentarz do art. 161 k.k.*

<sup>12</sup> K. Banasik, *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 6, s. 55.

<sup>13</sup> B. Michalski, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221, t. I*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 429.

<sup>14</sup> A. Marek, *Komentarz do art. 161 k.k.*

<sup>15</sup> M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, z. 6, s. 123.

<sup>16</sup> M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 161 k.k.*

nu chorobowego) nie jest warunkiem karalności<sup>17</sup>. Zatem kara pozbawienia wolności do lat 3 grozi za samo stworzenie zagrożenia narażenia, bez żadnego negatywnego następstwa dla ofiary występku, poza stanem lęku przed zarażeniem, czyli szkodą natury psychicznej, duchowej. W wypadku spowodowania skutku w postaci choroby określonej w art. 156 § 1 k.k. penalizacja następuje na podstawie tego przepisu, który konsumuje art. 161 § 1 k.k., jedynie w wypadku nieumyślności co do skutku wskazana jest kumulatywna kwalifikacja prawna: art. 161 § 1 k.k. w zw. z art. 156 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 11 § 2 i 3 k.k.<sup>18</sup> Biorąc pod uwagę fakt niewielkiego stopnia społecznej szkodliwości czynu z art. 161 § 1 k.k. oraz pamiętając, że podmiotem tego czynu może być jedynie nosiciel wirusa HIV, należy przychylić się do stanowiska L. Pickering Francis, J. G. Francis, twierdzących, że taki przepis stanowi egzemplifikację użycia prawa karnego przeciwko osobom, które są ofiarami chorób zakaźnych<sup>19</sup>. Uznawanie za przestępstwo ryzykownego postępowania osoby zarażonej wirusem HIV nie pomaga jej w staraniach o niedopuszczenie do wykształcenia się choroby AIDS. To ryzykowne postępowanie polega przede wszystkim na podejmowaniu współżycia płciowego, gdyż w ten sposób w 90% przypadków dochodzi do zarażenia wirusem HIV. Przy dobrowolnych stosunkach płciowych nie można nie zauważyć znaczącego przyczynienia się ofiary zarażenia wirusem HIV, w szczególności poprzez przypadkowe, sporadyczne kontakty seksualne. Obciążanie pełną odpowiedzialnością karną jedynie nosiciela wirusa HIV, który naraża bezpośrednio inną osobę na takie zarażenie, bez uwzględnienia winy innej osoby w stworzeniu niebezpieczeństwa zarażenia, jest niesprawiedliwe. Jeżeli ustawodawca kryminalizuje ryzykowne postępowanie osoby, która wie o tym, że jest zarażona wirusem HIV, powinien tak samo traktować osobę wyrażającą zgodę na takie ryzyko. W celu uniknięcia niewątpliwie paradoksalnej sytuacji karania obu stron ryzykownych kontaktów seksualnych należy uchylić art. 161 § 1 k.k.

---

<sup>17</sup> A. Marek, *Komentarz do art. 161 k.k.*

<sup>18</sup> Tamże.

<sup>19</sup> L. Pickering Francis, J. G. Francis, *Criminalizing*, s. 47.

# Praktyczne zagadnienia prawne

Karol Weitz

## EUROPEJSKI NAKAZ ZAPŁATY A SKARGA O WZNOWIENIE POSTĘPOWANIA

I. W rozporządzeniu (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. ustanawiającym postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty<sup>1</sup> zostało uregulowane autonomiczne europejskie postępowanie rozpoznawcze, prowadzące do wydania europejskiego nakazu zapłaty. Z jednej strony w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 ustanowiono na poziomie europejskim autonomiczny środek prawny<sup>2</sup>, który dłużnik może złożyć przeciwko europejskiemu nakazowi zapłaty po tym, jak upłynął termin do wniesienia sprzeciwu od tego nakazu. Środek skierowany przeciwko prawomocnemu<sup>3</sup> europejskiemu nakazowi zapłaty może być oparty na tym, że nakaz ten został doręczony pozwanemu bez potwierdzenia odbioru<sup>4</sup> i doręczenie to (ściśle rzecz biorąc – powzięcie wiadomości o nakazie w jego wyniku<sup>5</sup>) nie nastąpiło w odpowiednim czasie, umożliwiającym mu przygotowanie się do obrony, bez winy z jego strony, lub na tym, że pozwany nie miał możliwości sprzeciwienia się roszczeniu z powodu siły wyższej lub

<sup>1</sup> Dz.Urz. UE z 2006 r., L 399, s. 1 z późniejszą zmianą w Dz.Urz. UE z 2012 r., L 283, s. 1 i sprostowaniem w Dz.Urz. z 2007 r., L 70, s. 490.

<sup>2</sup> Co do takiej kwalifikacji tego środka prawnego por. K. Weitz, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, t. 2, Warszawa 2012, art. 505<sup>20</sup>, uw. 1, s. 987; P. Grzegorzczak, *Automatyczna wykonalność orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych w Unii Europejskiej – geneza, stan obecny i perspektywy*, (w:) *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*, red. P. Grzegorzczak, K. Weitz, Warszawa 2012, s. 155, przypis 163; A. Harast, *Postępowanie w sprawie Europejskiego Nakazu Zapłaty*, Warszawa 2012, s. 318.

<sup>3</sup> W kwestii, czy europejskiemu nakazowi zapłaty po bezskutecznym upływie terminu do wniesienia sprzeciwu przysługują skutki prawomocności, por. m.in. U. P. Gruber, (w:) *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR. Bearbeitung 2010. EG-VollstrTitelVO. EG-MahnVO. EG-BagatellVO. EG-ZustellVO 2007. EG-BewVO. EG-InsVO*, red. Th. Rauscher, München 2010, art. 18 EG-MahnVO, nb. 8–10, s. 352; G. E. Kodek, (w:) *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, red. H. W. Fasching, A. Konecny, Wien 2010, t. 5, cz. 2, art. 18 EuMahnVO, nb. 15–19, s. 675–677.

<sup>4</sup> Chodzi o doręczenie w jeden ze sposobów przewidzianych w art. 14 rozporządzenia nr 1896/2006.

<sup>5</sup> O tym, że w ten sposób należy rozumieć nieprawidłowe sformułowanie art. 20 ust. 1 lit. a (ii), por. w doktrynie np. G. E. Kodek, (w:) *Kommentar*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 11, s. 684–685.

z powodu nadzwyczajnych okoliczności, które były przez niego niezawinione (art. 20 ust. 1 lit. a i b rozporządzenia nr 1896/2006)<sup>6</sup>, a także na tym, że wydanie europejskiego nakazu zapłaty było w sposób oczywisty błędne w świetle wymogów określonych w rozporządzeniu lub ze względu na inne wyjątkowe okoliczności (art. 20 ust. 2 rozporządzenia nr 1896/2006)<sup>7</sup>. Z drugiej strony według art. 26 rozporządzenia nr 1896/2006 wszelkie kwestie proceduralne, które nie są w nim uregulowane, podlegają prawu krajowemu państw członkowskich. W tym kontekście, biorąc pod uwagę potencjalny zakres zastosowania środka prawnego określonego w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006, a także zakres okoliczności mogących stanowić jego podstawę, powstaje pytanie, czy środek ten wyklucza dopuszczalność skargi o wznowienie postępowania przewidzianej w prawie krajowym państwa członkowskiego od prawomocnego europejskiego nakazu zapłaty, czy też skarga o wznowienie może być wniesiona od takiego nakazu obok przedmiotowego środka, na podstawach określonych w prawie krajowym.

II. W doktrynie polskiej przedmiotowe zagadnienie nie jest jednolicie rozstrzygane. Prezentowane bywa stanowisko, że środek prawny przewidziany w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 nie ma charakteru wyłącznego, w związku z czym nie wyklucza dopuszczalności skierowania skargi o wznowienie postępowania przeciwko prawomocnemu europejskiemu nakazowi zapłaty<sup>8</sup>. Stanowisko to jest opatrywane zastrzeżeniem, że skarga o wznowienie postępowania może być skierowana przeciwko prawomocnemu europejskiemu nakazowi zapłaty tylko na takich podstawach, które nie pokrywają się z podstawami środka prawnego ustanowionego w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006<sup>9</sup>.

W myśl przeciwnego zapatrywania środek prawny przewidziany w postanowieniu art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 ma charakter ekskluzywny i w całości wyłącza stosowanie przepisów prawa krajowego przewidujących skargę o wznowienie postępowania<sup>10</sup>. Pogląd ten oparty jest na założeniu, że problem nadzwyczajnych środków

<sup>6</sup> W tym zakresie omawiany środek funkcjonalnie zbliża się do wniosku o przywrócenie terminu, różniąc się jednak od niego nieco ujęciem podstaw, jak i tym, że prowadzi do obalenia (uchylenia) europejskiego nakazu zapłaty, podczas gdy przywrócenie terminu skutku w postaci uchylenia orzeczenia samo nie wywołuje, por. np. J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, Frankfurt am Main 2011, art. 20 EuMVVO, nb. 24, s. 1028. Por. też A. Harast, *Postępowanie*, s. 301–302.

<sup>7</sup> W tym natomiast zakresie omawiany środek prawny funkcjonalnie zbliża się m.in. do instytucji wznowienia postępowania, choć jego znaczenie jest zdecydowanie szersze, zob. J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 25, s. 1029. Por. też A. Harast, *Postępowanie*, s. 301–302.

<sup>8</sup> Tak w literaturze J. Pisuliński, *Europejski nakaz zapłaty*, EPS 2008, nr 1, s. 12–13; A. Laskowska, *Europejskie postępowanie nakazowe*, PPE 2010, nr 4, s. 116; M. Zalisko, *Instrumenty prawne w obszarze współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 292–294. Wydaje się, że tak należy również rozumieć wypowiedzi M. Manowskiej, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, t. 1, Warszawa 2011, art. 505<sup>20</sup>, uw. 1, s. 1219; też, *Europejskie postępowania w sprawach transgranicznych w systemie postępowania odrębnym w polskim procesie cywilnym*, (w:) *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, t. 1, s. 1208.

<sup>9</sup> J. Pisuliński, *Europejski*, s. 12–13; A. Laskowska, *Europejskie*, s. 116; M. Zalisko, *Instrumenty*, s. 293–294; M. Manowska, (w:) *Kodeks*, art. 505<sup>20</sup>, uw. 1, s. 1219; też, *Europejskie*, s. 1208.

<sup>10</sup> Tak w doktrynie A. Harast, *Postępowanie*, s. 318; też, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2013, art. 505<sup>20</sup>, nb. 25, s. 1300. Por. też K. Weitz, (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, red. T. Ereciński, t. III, *Środki zaskarżenia*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, cz. 2, s. 1151–1152.

prawnych został uregulowany w całości w rozporządzeniu nr 1896/2006, w związku z czym nie ma możliwości stosowania w tym zakresie zgodnie z art. 26 rozporządzenia nr 1896/2006 postanowień prawa krajowego o tego rodzaju środkach. Oznacza to, że brak jest możliwości korzystania z instytucji wznowienia postępowania w przypadku sprawy rozpoznawanej w postępowaniu uregulowanym w ramach rozporządzenia nr 1896/2006<sup>11</sup>.

III. Zagadnienie podejmowane jest także w doktrynie innych państw członkowskich w kontekście relacji pomiędzy środkiem prawnym przewidzianym w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 a znanymi prawu krajowemu tychże państw środkami zaskarżenia, stanowiącymi odpowiednik polskiej skargi o wznowienie postępowania.

Jednolicie prezentowane jest zapatrywanie, że ponowne badanie europejskiego nakazu zapłaty w wyjątkowych przypadkach – zgodnie z art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 – stanowi wyczerpującą regulację, która w zakresie swojego zastosowania wyłącza odwoływanie się do środków prawnych określonych w prawie krajowym, służących podważaniu prawomocnych orzeczeń<sup>12</sup>. W szczególności doktryna niemiecka zgodnie opowiada się za stanowiskiem, że środek prawny określony w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 wyklucza dopuszczalność wniesienia przeciwko europejskiemu nakazowi zapłaty przewidzianych w § 578 i n. niem. ZPO skargi nieważności i skargi restytucyjnej<sup>13</sup>. Zwraca się uwagę, że okoliczności mogące stanowić podstawy tych skarg mogą być podnoszone w ramach podstaw określonych w art. 20 ust. 1 lub 2 rozporządzenia nr 1896/2006<sup>14</sup>. Podobne założenie przyjmowane jest przez naukę austriacką w kontekście przewidzianych w § 529 i n. austr. ZPO skargi nieważności i skargi o wznowienie postępowania<sup>15</sup>. Co więcej, założenie to znalazło w prawie austriackim wyraz w jednoznacznym unormowaniu ustawowym. Zgodnie z § 252 ust. 5 austr. ZPO nie można wnieść skargi nieważności oraz skargi o wznowienie od prawomocnego europejskiego nakazu zapłaty. Przyjmuje się, że podstawy skargi nieważności i skargi o wznowienie są w całości pochłonięte przez podstawy środka prawnego ustanowionego w art. 20

<sup>11</sup> A. Harast, *Postępowanie*, s. 318; taż, (w:) *Kodeks*, art. 505<sup>20</sup>, nb. 25, s. 1300.

<sup>12</sup> R. Freitag, *Rechtsschutz des Schuldners gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach der EuMahnVO*, IPRax 2007, nr 6, s. 514; A. Pernfuß, *Die Effizienz des Europäischen Mahnverfahrens*, Baden-Baden 2009, s. 335 i przypis 1608; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 23, s. 1028; U. P. Gruber, (w:) *Europäisches*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 12, s. 358.

<sup>13</sup> R. Freitag, *Rechtsschutz*, s. 514; A. Pernfuß, *Die Effizienz*, s. 335 i przypis 1608; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 25, s. 1029; U. P. Gruber, (w:) *Europäisches*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 12, s. 358. Należy wskazać, że prawo niemieckie wyróżnia skargę nieważności (*Nichtigkeitsklage*), będącą odpowiednikiem polskiej skargi o wznowienie opartej na przyczynach nieważności, oraz skargę restytucyjną (*Restitutionsklage*), będącą z kolei odpowiednikiem polskiej skargi o wznowienie opartej na tzw. przyczynach restytucyjnych.

<sup>14</sup> R. Freitag, *Rechtsschutz*, s. 514; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 9, s. 1023.

<sup>15</sup> P. G. Mayr, *Das europäische Mahnverfahren und Österreich*, JBl 2008, nr 8, s. 516; W. H. Rechberger, (w:) W. H. Rechberger, D.-A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren*, Wien 2010, nb. 1295, s. 732; tenże, *Das Europäische Mahnverfahren aus österreichischer Sicht*, (w:) *Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II*, red. B. König, P. G. Mayr, Wien 2009, s. 43–44; G. E. Kodek, (w:) *Kommentar*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 3–7, s. 682–683. Zob. także B. Tschütscher, M. Weber, *Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens*, ÖJZ 2007, nr 8, s. 313. Prawo austriackie wyróżnia skargę nieważności (*Nichtigkeitsklage*), będącą odpowiednikiem polskiej skargi o wznowienie opartej na przyczynach nieważności, oraz skargę o wznowienie (*Wiederaufnahmsklage*), będącą z kolei odpowiednikiem polskiej skargi o wznowienie opartej na tzw. przyczynach restytucyjnych.

rozporządzenia nr 1896/2006. Szczególny nacisk kładzie się w tym zakresie na klauzulę innych wyjątkowych okoliczności jako podstawę kontroli prawomocnego europejskiego nakazu zapłaty, którą posługuje się przepis art. 20 ust. 2 *in fine* rozporządzenia nr 1896/2006<sup>16</sup>.

IV. Za prawidłowe należy uznać zapatrywanie, zgodnie z którym środek prawny, o którym mowa w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006, wyklucza całkowicie dopuszczalność skargi o wznowienie postępowania przeciwko europejskiemu nakazowi zapłaty na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

W pierwszej kolejności decyduje o tym charakter przedmiotowego środka prawnego, a w drugiej zakres jego podstaw wynikający z postanowień art. 20 ust. 1 lit. a i b oraz art. 20 ust. 2 rozporządzenia nr 1896/2006. Należy przyjąć, że w zakresie zastosowania przepisu art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 przewidziany w nim środek prawny wyłącza zastosowanie krajowych środków prawnych, co rozciąga się bez wątpienia również na skargę o wznowienie postępowania według Kodeksu postępowania cywilnego. Nie sposób byłoby bowiem zgodzić się z tym, aby w grę wchodzić miała dopuszczalność konkurencji między środkiem prawnym określonym w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 a krajowymi środkami prawnymi, w tym skargą o wznowienie postępowania<sup>17</sup>. Pierwszeństwo należy przyznać środkowi prawnemu, który uregulowany został na poziomie unijnym, przed środkami prawnymi przewidzianymi w prawie krajowym<sup>18</sup>.

Gdy chodzi o podstawy środka prawnego przewidzianego w art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006, to zostały one ukształtowane w taki sposób, że w zasadzie mogą one objąć także podstawy wznowienia postępowania określone w art. 401 k.p.c., art. 401<sup>1</sup> k.p.c. i art. 403 k.p.c., w jakimkolwiek zakresie mogłyby być one w ogóle aktualne w wypadku europejskiego nakazu zapłaty<sup>19</sup>. Ważną funkcję może z tego punktu widzenia rzeczywiście spełniać przede wszystkim przewidziana w treści art. 20 ust. 2 *in fine* rozporządzenia nr 1896/2006 klauzula „innych wyjątkowych okoliczności”<sup>20</sup>. Jej ujęcie i sposób rozumienia przyjmowany w nauce<sup>21</sup> pozwala bowiem na stwierdzenie, że wyjątkowymi okolicznościami z reguły mogą być także takie okoliczności, które ustawodawca krajowy kwalifikuje do kategorii podstaw, mających w świetle prawa krajowego uzasadniać wznowienie postępowania. Nie dziwi w tym zakresie fakt, że gdy w nauce poszukuje się okoliczności, które mogą być uznane za „inne wyjątkowe okoliczności” w rozumieniu art. 20 ust. 2 *in fine* rozporządzenia nr 1896/2006, nierzadko sięga się do kategorii znanych w danym państwie członkowskim podstaw wznowienia<sup>22</sup>. Kwestia musi być jednak na-

<sup>16</sup> Tak wprost W. H. Rechberger, (w:) W. H. Rechberger, D.-A. Simotta, *Grundriss*, nb. 1295, s. 732; tenże, *Das Europäisches*, s. 44.

<sup>17</sup> Trafnie podnosi to U. P. Gruber, (w:) *Europäisches*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 12, s. 358.

<sup>18</sup> U. P. Gruber, (w:) *Europäisches*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 12, s. 358; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 25, s. 1029.

<sup>19</sup> Por. K. Weitz, (w:) *System*, s. 1151–1152.

<sup>20</sup> Zob. w tym kontekście pkt 25 zd. 3 motywów rozporządzenia nr 1896/2006.

<sup>21</sup> A. Pernfuß, *Die Effizienz*, s. 327; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 9, s. 1022–1023; A. Harast, *Postępowanie*, s. 311.

<sup>22</sup> A. Pernfuß, *Die Effizienz*, s. 327; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 9, s. 1023. Por. także W. H. Rechberger, (w:) W. H. Rechberger, D.-A. Simotta, *Grundriss*, nb. 1295, s. 732; tenże, *Das Europäisches*, s. 44.



turalnie rozstrzygana *ad casum* z uwagi na to, że pojęcie „inne wyjątkowe okoliczności” ma charakter autonomiczny.

Założenie, że art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 wyklucza dopuszczalność skargi o wznowienie postępowania przeciwko europejskiemu nakazowi zapłaty, a okoliczności, które mogłyby stanowić podstawy wznowienia postępowania, mogą być ewentualnie podnoszone w ramach podstaw środka prawnego określonego w tym przepisie, ma znaczenie w kontekście terminu do skorzystania z tego środka<sup>23</sup>. O ile bowiem w wypadku skargi o wznowienie w art. 407 k.p.c. i 408 k.p.c. przewidziane zostały odpowiednie terminy na jej wniesienie, o tyle w art. 20 ust. 1 rozporządzenia nr 1896/2006 prawodawca unijny ograniczył się do wymagania, aby dłużnik podjął działania, czyli złożył odpowiedni wniosek niezwłocznie, a w wypadku, którego dotyczy art. 20 ust. 2 rozporządzenia nr 1896/2006, nie przewidział ani tego rodzaju wymagania, ani jakiegokolwiek terminu na złożenie wniosku.

V. Innym zagadnieniem jest dopuszczalność korzystania w państwie członkowskim, w którym wydano europejski nakaz zapłaty, poza środkiem prawnym przewidzianym w treści art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006, z takich środków prawnych ustanowionych w prawie krajowym, jak powództwo opozycyjne. W tej kwestii nauka przyjmuje, że w świetle art. 20 rozporządzenia nr 1896/2006 chodzi wyłącznie o takie okoliczności, które mają uzasadniać podważenie europejskiego nakazu zapłaty, a które powstały przed jego wydaniem, względnie doręczeniem dłużnikowi<sup>24</sup>. Przepis ten nie dotyczy natomiast zarzutów, które miały powstać po tej chwili<sup>25</sup>, w związku z czym uznaje się, że nie ma żadnych przeszkód, aby dłużnik tymi zarzutami bronił się w państwie członkowskim pochodzenia za pomocą środka w postaci powództwa przeciwegzekucyjnego<sup>26</sup>. Pogląd ten należy uznać za uzasadniony i odnieść – w powyższych granicach – do powództwa opozycyjnego na podstawie art. 840 k.p.c.

<sup>23</sup> Por. J. Pisuliński, *Europejski*, s. 12.

<sup>24</sup> Co do wątpliwości, która z tych chwil ma być miarodajna, zob. G. E. Kodek, (w:) *Kommentar*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 46, s. 695.

<sup>25</sup> U. P. Gruber, (w:) *Europäisches*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 13, s. 358 i nb. 59, s. 369.

<sup>26</sup> U. P. Gruber, (w:) *Europäisches*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 13, s. 358 i nb. 60, s. 369; J. Kropholler, J. v. Hein, *Europäisches*, art. 20 EuMVVO, nb. 27, s. 1029. Por. także G. E. Kodek, (w:) *Kommentar*, art. 20 EG-MahnVO, nb. 46, s. 695; N. Preuß, *Erlass und Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls*, ZJP 2009, t. 122, nr 1, s. 20–22.

Janusz Kanarek

## GŁOSA DO UCHWAŁY 7 SĘDZIÓW SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 24 STYCZNIA 2013 R., I KZP 19/12<sup>1</sup>

Teza głosowanej uchwały brzmi:

**Reguły wyłączenia wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.**

Podjęta przez powiększony skład Sądu Najwyższego, w odpowiedzi na wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie najwyższego organu władzy sądowniczej i sądów powszechnych, uchwała spotka się z pewnością z dużym zainteresowaniem przedstawicieli zarówno doktryny prawa karnego, jak i praktyki. Zainteresowanie to będzie tym większe, że pogląd wyrażony przez najwyższą instancję sądową uznać należy za co najmniej kontrowersyjny.

Na gruncie prawa karnego skarbowego występuje konstrukcja tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych. W myśl art. 8 § 1 k.k.s., jeżeli ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach karnych innej ustawy, stosuje się każdy z tych przepisów. Zbieg idealny polega więc na tym, że sprawca jednym czynem popełnia tyle przestępstw i wykroczeń, ile przepisów ustawy zostało przez sprawcę naruszonych<sup>2</sup>. Przepis art. 8 k.k.s. przewiduje więc wyjątek od zasady zakazu multiplikacji przestępstw skarbowych lub wykroczeń skarbowych przewidzianej w art. 6 § 1 k.k.s. oraz zasady zakazu multiplikacji przestępstw wyrażonej w art. 11 § 1 k.k. w odniesieniu do zbiegu realnego przepisów określających znamiona przestępstwa skarbowego oraz znamiona przestępstwa powszechnego<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> OSNKW 2013, nr 2, poz. 13, s. 38–45.

<sup>2</sup> J. Sawicki, *Zarys prawa karnego skarbowego*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 71.

<sup>3</sup> P. Kardas, (w:) P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 138.

Trafnie przedstawiciele nauki prawa przy dekodowaniu normy prawnej zawartej w art. 8 § 1 k.k.s. poczynili zastrzeżenia co do zgodności zawartej w powyższym przepisie zasady multiplikacji przestępstw i wykroczeń skarbowych z przestępstwami i wykroczeniami powszechnymi z zasadą *ne bis in idem*, zarówno mającą swoje umocowanie konwencyjne, jak i znajdującą swoją podstawę w przepisach Konstytucji RP<sup>4</sup>.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 22 listopada 1984 r. nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwa, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa. Zakaz ten obowiązuje nawet w sytuacjach nadzwyczajnych, o których mowa w art. 15 Konwencji<sup>5</sup>. Z orzecznictwa ETPCz wyłania się stanowisko, w myśl którego nawet jeśli wchodzące w grę przepisy różnią się nie tylko opisem czynów, ale również charakterem i *ratio legis*, rodzić się może wątpliwość co do naruszenia art. 4 Protokołu nr 7. Nastąpi to – zdaniem ETPCz – gdy u źródła orzeczenia leży to samo zachowanie<sup>6</sup>. Tym samym spór odnośnie do interpretacji pojęcia „ten sam czyn” – *idem crimen* czy *idem factum* – został, jak się wydaje, rozstrzygnięty na korzyść tożsamości zdarzenia faktycznego, a nie tożsamości czynu, jedynie na podstawie elementów normatywnych. Już powyższa okoliczność winna skłonić Sąd Najwyższy – przy udzielaniu odpowiedzi na wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, złożony na podstawie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym – do dokonania wykładni art. 8 k.k.s. również pod kątem zgodności jej wyniku z normą konwencyjną, o której mowa powyżej. Niestety w części motywacyjnej głosowanej uchwały brak jest oceny zgodności wyniku dokonanej przez najwyższą instancję sądową wykładni przepisu z normą prawną zakodowaną w treści art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Konwencji europejskiej.

Artykuł 14 ust. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku w dniu 16 grudnia 1966 r., statuuje tożsamą z powyższą zasadę, w myśl której nikt nie może być ścigany lub karany za przestępstwo, za które już raz został prawomocnie skazany lub uniewinniony zgodnie z ustawą i procedurą karną danego kraju<sup>7</sup>.

Przychylając się do poglądu, że w Polsce obowiązuje również Karta Praw Podstawowych z dnia 7 grudnia 2000 r.<sup>8</sup>, odwołać się należy do brzmienia art. 50 tegoż aktu prawnego, w myśl którego nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do

<sup>4</sup> P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 437–438.

<sup>5</sup> Dz.U. z 2003 r. nr 42, poz. 364; zob. również m.in. P. Hofmański, (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. II, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 651–665.

<sup>6</sup> A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym*, Temida2, Białystok 2011, s. 276–285 oraz decyzja Komisji *Raninen v. Finlandia* z 7 marca 1996 r., sygn. akt 20972/92, DR 1984 oraz orzeczenie ETPCz z 29 maja 2001 r. w sprawie *Franz Fischer v. Austria*, sygn. akt 37950/97, § 31.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

<sup>8</sup> S. Biernat, *Czy Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej obowiązuje w Polsce?*, (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 59–77.

którego zgodnie z ustawą został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii<sup>9</sup>.

Tym samym za niebudzący wątpliwości uznać należy pogląd, że normy o charakterze międzynarodowym, stanowiące część krajowego porządku prawnego<sup>10</sup>, zakazują wielokrotnego karania za ten sam czyn.

Pamiętać zaś należy, że norma prawa krajowego, która odnosi się do prawa represyjnego, nie może w drodze wykładni pronijniej doprowadzić do rozszerzenia zakresu zastosowania tej normy krajowej ani też kreować innego skutku na niekorzyść osoby poddanej odpowiedzialności karnej<sup>11</sup>. Tym samym powyższe uwagi pozwalają uznać za błędną tezę zawartą w uchwale Sądu Najwyższego, będącej przedmiotem niniejszej glosy.

W literaturze zasadę *ne bis in idem* odczytuje się również z przepisów art. 2, art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP<sup>12</sup>. Fundamentalna zasada prawa karnego, polegająca na zakazie dwukrotnego pociągania do odpowiedzialności karnej za ten sam czyn, została bowiem uznana za element zasady państwa prawnego<sup>13</sup>. Niektórzy z autorów odczytują obowiązywanie zasady *ne bis in idem* również z preambuły oraz z art. 30 Konstytucji RP. Uznają oni bowiem, że godność człowieka jest źródłem zakazu sądenia tej samej osoby za ten sam czyn<sup>14</sup>.

Przyjęcie za prawidłowy poglądu wyrażonego w głosowanej uchwale Sądu Najwyższego w sposób bezpośredni prowadzić będzie do naruszenia norm międzynarodowych, jak również konstytucyjnych, o których mowa powyżej.

Autor niniejszej glosy stoi na stanowisku, że pomimo zakodowanej w przepisie art. 8 k.k.s. zasady multiplikacji przestępstw i wykroczeń skarbowych z przestępstwami i wykroczeniami powszechnymi istnieje taka możliwość interpretacji przepisu, która zgodna będzie zarówno z normami prawa międzynarodowego, jak i Konstytucją RP. Zgodna będzie wówczas, gdy dopuszczać będzie reguły wyłączenia wielości ocen również w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych.

Zasada interpretacji norm prawnych w zgodzie z Konstytucją jest zaliczana do najważniejszych reguł wykładni<sup>15</sup>. Zresztą Sąd Najwyższy wielokrotnie interpretował przepisy w ten sposób, aby zachować spójność systemu prawnego<sup>16</sup>. Uchwała będąca przedmiotem niniejszej glosy przełamuje jednak powyższą regułę interpretacji tekstu prawnego, co skutkować musi zanegowaniem jej poprawności.

W części motywacyjnej uchwały Sąd Najwyższy przytacza wiele orzeczeń, zarówno

<sup>9</sup> Bliżej na ten temat zob. m.in. A. Sakowicz, *Zasada*, s. 421–429.

<sup>10</sup> Tak art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

<sup>11</sup> P. Kardas, *Rola i znaczenie wykładni prowsólnotowej w procesie dekodowania norm prawa karnego. Uwagi na marginesie uchwały SN z dnia 3 marca 2009 r. (I KZP 30/08)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 3, s. 21.

<sup>12</sup> P. Kardas, *Zbieg przepisów*, s. 438.

<sup>13</sup> I. Wróblewska, *Zasady państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RP*, TNOiK, Toruń 2010, s. 182; zob. również wyrok TK z 3 listopada 2004 r., K 18/2003, OTK ZU 2004, nr 10A, poz. 103 oraz wyrok TK z 15 kwietnia 2008 r., P 26/06, OTK-A 2008, nr 3, poz. 42.

<sup>14</sup> A. Sakowicz, *Zasada*, s. 45–46.

<sup>15</sup> L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2006, s. 111–114.

<sup>16</sup> P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 123–134.

Sądu Najwyższego, jak i sądów apelacyjnych, które to orzeczenia dekodują art. 8 § 1 k.k.s. zgodnie z zakazem *ne bis in idem*. Tym samym trudno doszukać się przekonywających powodów, dla których powiększony skład Sądu Najwyższego odstąpił od wyrażanych w nich trafnych poglądów o możliwości zastosowania reguł wyłączenia wielości ocen przy zbiegu, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. Zasadne jest wręcz wyrażenie opinii, że do dnia wydania uchwały będącej przedmiotem niniejszej glosy zdecydowanie dominował pogląd, wedle którego warunkiem zastosowania dyrektywy wyrażonej w art. 8 k.k.s. było uprzednie wykluczenie możliwości wyłączenia zbiegu na podstawie zasad specjalności, subsydiarności i konsumpcji<sup>17</sup>. Za zaskakujące i wręcz nowatorskie oraz burzące dotychczasowy jednorodny sposób postrzegania kwestii znaczenia reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym na przedpolu art. 8 k.k.s. uznano zaś w nauce prawa wypowiedź SN zawartą w postanowieniu z 8 kwietnia 2009 r., w którym stwierdzono, że reguł tych nie można stosować przy rozstrzyganiu o istnieniu idealnego zbiegu przestępstwa, o jakim mowa w art. 8 k.k.s. Trafną krytykę stanowiska SN zawartego w powyższym judykacie przeprowadził Piotr Kardas i wypada się jedynie do niej odwołać<sup>18</sup>. Tym samym trudno doprawdy zrozumieć raczej, dla których Sąd Najwyższy odstąpił w głosowanej uchwale od poglądu, który – jak się wydaje – biorąc pod uwagę liczbę orzeczeń, a także liczbę aprobujących wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa, uznać należało za utrwalony.

Doktryna w przeważającej mierze również zaaprobowała bowiem pogląd o możliwości zastosowania stosunku wykluczania pomiędzy normami zakodowanymi w przepisach prawa karnego powszechnego i karnego skarbowego<sup>19</sup>.

Nie sposób odmówić racji przedstawicielom nauki prawa, którzy zarzucają sądom zbyt duże zamiłowanie do językowej wykładni prawa. Sądy są przeświadczone, że dokonanie wykładni językowej, i to nawet nie w drodze rzeczywistej analizy tekstu, lecz na podstawie intuicyjnego „pierwszego znaczeniowego wrażenia”, eliminuje samą dopuszczalność prowadzenia dla danego przypadku dalszej interpretacji przy użyciu innych jeszcze metod interpretacyjnych<sup>20</sup>. Zdaniem autora niniejszej glosy poprzestanie przez powiększony skład Sądu Najwyższego jedynie na wykładni językowej art. 8 § 1 k.k.s. doprowadziło do podjęcia błędnej w swej treści uchwały.

<sup>17</sup> Tak m.in. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 30 września 2003 r., I KZP 22/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 75; uchwała SN z 30 września 2003 r., I KZP 16/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 77; wyrok SN z 20 stycznia 2004 r., IV KK 183/03, LEX nr 83757; wyrok SN z 1 grudnia 2003 r., III KKN 184/01, LEX nr 83783; wyrok SA w Krakowie z 28 kwietnia 2004 r., II Aka 65/04, KZS 2004, z. 7–8, poz. 64; postanowienie SA w Rzeszowie z 11 października 2012 r., II Akz 141/12, LEX nr 1223432; postanowienie SA we Wrocławiu z 14 września 2012 r., II Akz 368/12, LEX nr 1218862; wyrok SN z 18 kwietnia 2012 r., IV KK 20/12, LEX nr 1163351; wyrok SA we Wrocławiu z 18 kwietnia 2012 r., II Aka 92/12; wyrok SA w Katowicach z 13 czerwca 2011 r., II Aka 146/11, KZS 2011, z. 9, poz. 123; wyrok SA we Wrocławiu z 31 maja 2010 r., II Aka 103/10, LEX nr 621563; postanowienie SN z 23 listopada 2006 r., IV KK 321/06, R-OSNKW 2006, poz. 2251.

<sup>18</sup> P. Kardas, *Zbieg przepisów*, s. 346–360.

<sup>19</sup> Zob. m.in. P. Kardas, G. Łabuda, *Zbieg przepisów kryminalizujących klasyczne oszustwo oraz oszustwo skarbowe*, (w:) J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, TNOiK, Toruń 2006, s. 113–163 oraz T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 61; odmiennie m.in. I. Stolarczyk, *Odpowiedzialność za nierzetelne wystawienie faktury VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 9, s. 97–116 oraz J. Duży, *Przedmiot ochrony oszukiwanych uszczupleń podatkowych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, z. 12, s. 130–144.

<sup>20</sup> E. Łętowska w rozmowie z K. Sobczakiem, (w:) *Rzeźbienie państwa i prawa. 20 lat później*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 8.

We współczesnej filozofii i teorii prawa daje się zauważyć odchodzenie od modelu sylogistycznego do modelu argumentacyjnego<sup>21</sup>. Tym samym z zadowoleniem przyjąć wypada pogląd, wyrażony w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z 24 lutego 2010 r., I KZP 28/09<sup>22</sup>, w myśl którego należy aprobować kierunek rozumowania, że posługiwanie się wyłącznie wykładnią językową, jako jedyną metodą interpretacji, nie jest wystarczające i może prowadzić do niepełnego odczytania treści normy prawnej. Dlatego też postuluje się, aby procesowi wykładni nie kończył na tym etapie, lecz rezultaty uzyskane tą drogą weryfikować następnie przy zastosowaniu dalszych dyrektyw interpretacyjnych (systemowych, funkcjonalnych) niezależnie od stopnia językowej jednoznaczności. Taka kompleksowa ocena może bowiem doprowadzić do wniosku, że czysto językowy wynik wykładni należy odrzucić, jeśli jego konsekwencje są absurdalne z punktu widzenia społecznego. Jest bowiem oczywiste, że badanie rezultatów wykładni prawa przez pryzmat wielu dyrektyw interpretacyjnych daje większe możliwości uzyskania poprawnego wyniku tego procesu niż ograniczenie się do jednej metody<sup>23</sup>.

Tym samym zasadne było *in casu* niepoprzedzenie jedynie na wykładni językowej, ale dokonanie wykładni art. 8 § 1 k.k.s. również ze względu na jego funkcjonowanie w systemie prawa, do którego on należy. W części motywacyjnej uchwały stanowiącej przedmiot niniejszej glosy Sąd Najwyższy odwołuje się wprawdzie nie tylko do wykładni gramatycznej, ale również systemowej, jednakże uznać należy, że dokonana interpretacja systemowa, ograniczona do obrębu całego prawa karnego, jak to ujmuje Sąd Najwyższy – całej karnistyki *sensu largo*, jest analizą uproszczoną, pomijającą m.in. aspekt zgodności reguły zakodowanej w art. 8 k.k.s. z przepisami prawnomiędzynarodowymi oraz normami konstytucyjnymi. System prawa jako zbiór reguł obowiązujących w określonym państwie w określonym odcinku czasu jest bowiem całością w pewnym stopniu niesprzeczną<sup>24</sup>. Z tego też powodu wykładnia systemowa nakazuje przyjąć takie znaczenie interpretowanej normy, aby pozostawała w zgodności z innymi normami, zaliczającymi się do systemu prawa<sup>25</sup>. *Ipsa facto* wadą głosowanej uchwały o charakterze wręcz rudymenarnym jest – moim zdaniem – zaniechanie przez Sąd Najwyższy interpretacji przepisu art. 8 k.k.s. w płaszczyźnie jego zgodności z zasadą *ne bis in idem*.

Chcąc w procesie wykładni art. 8 § 1 k.k.s. nie otrzymać wyniku sprzecznego z punktu widzenia systemu prawa, tj. z normami konwencyjnymi oraz Konstytucją RP, należy *eo ipso* zaaprobować możliwość stosowania reguł wyłączenia wielości ocen w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych.

Tym samym głosowaną uchwałę, która zasadza się na przekonaniu, że reguły wyłączenia wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., należy ocenić krytycznie.

<sup>21</sup> Bliżej na ten temat L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Lexis Nexis, Warszawa 2005, s. 199–208.

<sup>22</sup> OSNKW 2010, nr 3, poz. 21.

<sup>23</sup> Zob. również J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 91.

<sup>24</sup> J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988, s. 134.

<sup>25</sup> R. A. Stefański, (w:) T. Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego*, (w:) *System Prawa Karnego*, t. II, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 501.



*Tomasz Bagdziński*

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO  
W WARSZAWIE IV WYDZIAŁ CYWILNY  
Z 21 KWIETNIA 2011 R., VI ACa 996/10

Teza głosowanego wyroku brzmi:

**Wykonywanie zadań o charakterze publicznym nie uzasadnia obniżenia kary nałożonej na przedsiębiorcę przez organ antymonopolowy.**

Komentowany wyrok został wydany w związku ze sporem między Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Polskim Związkiem Piłki Nożnej oraz Canal+ Sp. z o.o. będącymi stronami umowy o wykorzystaniu praw medialnych do rozgrywek piłkarskich dwóch najwyższych klas polskiej ligi. Istota sporu sprowadzała się do możliwości uznania prawa pierwokupu zastrzeżonego na rzecz Canal+ Sp. z o.o. za postanowienie ograniczające konkurencję. Ponadto kolejne składy orzekające rozstrzygały, czy wykonywanie zadań o charakterze publicznym uzasadnia obniżenie kary nakładanej przez organ antymonopolowy.

**STAN FAKTYCZNY**

Polski Związek Piłki Nożnej z siedzibą w Warszawie (dalej: PZPN lub Związek) jest związkiem sportowym o zasięgu ogólnokrajowym, który funkcjonuje na podstawie ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej<sup>1</sup>, ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach<sup>2</sup>, statutów Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej (FIFA), Europejskiej Federacji Piłki Nożnej (UEFA) i własnego.

Związek jest wyłącznym właścicielem wszelkich praw majątkowych i niemajątkowych do spotkań międzypaństwowych i międzynarodowych reprezentacji Polski<sup>3</sup> w różnych kategoriach wiekowych oraz do organizowanych przez PZPN rozgrywek

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (Dz.U. z 2001 r. nr 81, poz. 889 z późn. zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. nr 79, poz. 855 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Art. 14 Statutu PZPN.

piłkarskich, a w szczególności praw telewizyjnych, reklamowych i marketingowych do powyższych spotkań i rozgrywek emitowanych za pośrednictwem dostępnych środków audiowizualnych, radiowych, dźwiękowych, Internetu i wszelkich innych istniejących obecnie oraz w przyszłości środków technicznych.

Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Canal+) jest spółką zależną w Grupie Canal+ S.A. Przedmiotem działalności Canal+ jest rozpowszechnianie płatnych programów telewizyjnych przez satelitarną platformę cyfrową „Cyfra+”, tworzenie kanałów telewizyjnych: kanałów typu Premium, emitujących filmowe premiery telewizyjne oraz transmisje sportowe. W ramach budowania oferty powyższych kanałów Canal+ nabywa licencje na prawa do emisji filmów, wydarzeń sportowych i innych utworów audiowizualnych. Canal+ w niewielkim zakresie produkuje także własne audycje, które zamieszcza w programach telewizyjnych.

W związku z tym, że piłka nożna cieszy się w Polsce nieprzerwanie od wielu lat olbrzymią popularnością, prawa do transmisji meczów posiadają znaczną wartość, a co za tym idzie – są pożądanym towarem na rynku nadawców telewizyjnych. Korzystając z przysługującego Związkowi wyłącznego prawa do dysponowania prawami do transmisji meczów piłki nożnej w ramach organizowanych przezeń rozgrywek, PZPN zawarł 27 lipca 2000 r. umowę licencyjną (dalej: Umowa) z Polską Korporacją Telewizyjną Sp. z o.o. (dalej: PKT), przyznającą PKT wyłączną licencję na wykonywanie praw medialnych do rozgrywek piłkarskich dwóch najwyższych klas polskiej ligi, Pucharu Polski oraz Pucharu Ligi Polskiej. W dniu 28 lutego 2002 r. prawa wynikające z Umowy zostały przeniesione na Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o.

Prawa do emisji meczów obejmowały wszelkie wyłączne prawa do udostępniania dowolnej widowni przebiegu każdego z meczów piłkarskich w całości lub części, jak również wyłączność na tzw. dostęp do informacji na wszelkich polach eksploatacji (dalej: Prawa). Licencje przyznano na okres od sezonu 2000/2001 (w przypadku meczów ligowych), 2001/2002 (mecze Pucharu Polski) i 2002/2003 (mecze Pucharu Ligi Polskiej) do sezonu 2004/2005. Umowa dodatkowo regulowała kwestie licencji w kolejnych sezonach, tj. od 2005/2006 do 2008/2009. Artykuł 5 Umowy „nieodwołalnie przyznaje PKT (Canal+) prawo pierwszeństwa do uzyskania wyłącznej licencji na wykonywanie Praw w sezonach 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009” (dalej „Prawo pierwokupu”). Prawo pierwokupu miało zostać wykonane w następujący sposób: w przypadku otrzymania przez PZPN w czasie trwania Umowy oferty nabycia Praw lub uzyskania licencji na wykonywanie Praw PZPN był zobowiązany do pisemnego zawiadomienia Canal+ o takiej ofercie, wskazując jej warunki, najpóźniej w terminie 60 dni, lecz nie wcześniej niż 90 dni przed wygaśnięciem umowy. W terminie 30 dni od otrzymania zawiadomienia Canal+ mógł poinformować PZPN o wykonaniu prawa pierwokupu, wobec czego PZPN zobowiązany był zawrzeć nową umowę o udzieleniu wyłącznej licencji na okres objęty prawem pierwokupu, na warunkach takich, jak określone w najkorzystniejszej ofercie złożonej PZPN w dobrej wierze przez jakikolwiek inny podmiot.

15 listopada 2004 r. PZPN zaprosił nadawców telewizyjnych i internetowych do udziału w przetargu na nabycie praw audiowizualnych do meczów ligowych na sezony od 2005/2006 do 2007/2008. Wszystkich potencjalnych oferentów na Pakiet Głównego Transmitującego poinformowano, że na podstawie umów zawartych pomiędzy PZPN i Canal+, Canal+ posiadał szczególne prawo złożenia oferty na po-

szczególne pakiety, tj. posiadał jednostronną opcję nabycia praw objętych pakietem na najkorzystniejszych warunkach zaoferowanych przez któregokolwiek z innych oferentów.

Oferty na przedmiotowe licencje złożyły następujące podmioty: Canal+ (Pakiet Głównego Transmitującego, Pakiet Meczów Derby, Pakiet Forum Dyskusyjnego), Telewizja Polsat S.A. (wszystkie pakiety, z wyjątkiem pakietu internetowego i Zamknięty Krąg), Grupa Stacji Telewizyjnych TVN (Niedzielny Program Skrótów, Pakiet Dostępu do Informacji), Grupa Multimedialna Sp. z o.o. (TV Centrum – wszystkie pakiety, z wyjątkiem Pakietu internetowego i Zamknięty Krąg), Interia.pl S.A. (Pakiet internetowy), Onet S.A. (Pakiet internetowy), Agora S.A. (Pakiet internetowy), Multikino Sp. z o.o. (Pakiet Zamknięty Krąg). Po zakończeniu postępowania przetargowego poszczególne pakiety nabyły podmioty, które zaoferowały najwyższą cenę za interesujące je pakiety: Canal+ (Pakiet Głównego Transmitującego, Pakiet Meczów Derby, Pakiet Forum Dyskusyjnego) – nadawca ten złożył ofertę wyższą od ofert Telewizji Polsat S.A. i Grupy Multimedialnej Sp. z o.o., Grupa Stacji Telewizyjnych TVN (Niedzielny Program Skrótów, Pakiet Dostępu do Informacji), Multikino Sp. z o.o. (Pakiet Zamknięty Krąg) oraz Onet S.A., Interia.pl S.A., Agora S.A. (Pakiety internetowe).

W toku postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) zwrócił się do największych nadawców telewizyjnych (TVP, Polsat, TVN) o określenie, jaki wpływ na decyzję o uczestnictwie lub na oferowane warunki w przetargu miało ujawnienie prawa pierwokupu na wyłączną licencję na transmisje w ramach Pakietu Głównego Transmitującego przysługujące Canal+.

Telewizja Polsat stwierdziła, że ujawnienie przyznania przedmiotowego prawa pierwokupu miało pośredni wpływ na uczestnictwo tego nadawcy w przetargu. Nadawca postanowił złożyć swoją ofertę pomimo świadomości, że prawo pierwszeństwa przyznano jego rynekowemu konkurentowi, ponieważ, zdaniem spółki, prawa będące przedmiotem przetargu z pewnością przyczyniłyby się do uatrakcyjnienia oferty programowej tego podmiotu.

W opinii Telewizji Polsat prawo pierwszeństwa przyznane w przetargu Canal+ nie stwarzało wszystkim uczestnikom tego przetargu takich samych warunków. W przypadku ofert zbliżonych programowo i finansowo stawiało Canal+ w uprzywilejowanej pozycji.

TVN stwierdził, że warunki przetargu nie miały żadnego wpływu na możliwość nabycia przezeń pakietu praw, którymi był zainteresowany, tj. Pakietu Skrótów, gdyż każdy nabywca Pakietu Głównego Transmitującego był zobowiązany do współpracy z nabywcą Pakietu Skrótów na takich samych zasadach.

W odpowiedzi na zarzuty dotyczące antykonkurencyjnego charakteru zastrzeżonego prawa pierwokupu PZPN stwierdził, że prawo pierwokupu przyznane Canal+ w umowie z 27 lipca 2000 r. jest uregulowane przepisami prawa cywilnego, i podniósł, że przyznanie prawa pierwokupu jest na gruncie prawa polskiego bez żadnych ograniczeń dopuszczalne i jako takie nie może być kwestionowane, gdyż postępowanie stron pozostaje w zgodzie z treścią art. 596 Kodeksu cywilnego.

Ponadto PZPN wskazał, że w przygotowanym przetargu na prawa do transmisji meczów ligowych w sezonach 2005/2006 do 2007/2008 podzielił zakres udzielanej licencji na pakiety. Powyższe działanie świadczyć ma o świadomej dywersyfikacji praw

udzielanych przez PZPN, dokonanej w celu stworzenia możliwości ubiegania się o nie przez szeroki krąg potencjalnych oferentów. Wszyscy odbiorcy zaproszenia mieli możliwość złożenia oferty i zaproponowania warunków, na jakich byliby gotowi korzystać z licencji udzielonej w ramach wybranego przez nich pakietu. Zdaniem PZPN było to duże udogodnienie dla potencjalnych oferentów, ponieważ mogli oni stosownie do swoich potrzeb i linii programowej danego nadawcy dokonać zakupu licencji na najbardziej atrakcyjne ich zdaniem i interesujące ich pakiety przedstawione w ofercie. W tym miejscu należy zaznaczyć, że prawo pierwszeństwa przyznane Canal+ nie znalazło swojego zastosowania, gdyż oferta Canal+ była od początku wyższa od ofert konkurentów.

Canal+ stanął na stanowisku, że nie można Spółce przypisać działań zmierzających do eliminacji innych podmiotów na rynku obrotu praw do transmisji meczów piłki nożnej ligi polskiej. Canal+, na równi z innymi przedsiębiorcami ubiegającymi się o licencje, nie miał wpływu na wybór oferty przez PZPN, prócz dokładania wszelkich starań, by oferta Spółki była atrakcyjna finansowo. Spółka stwierdziła, że nie podejmowała działań, które, nawet potencjalnie, negatywnie wpływałyby na decyzje jej konkurentów co do zasadności ubiegania się o licencje. Canal+, odnosząc się do prawa pierwokupu, stwierdził, że jego brak nie spowodowałby większego zainteresowania ofertą PZPN. Canal+ podkreślił, że propozycje składane przez PZPN innym podmiotom i odnoszące się do możliwości transmisji meczów piłki nożnej ligi polskiej nie cieszyły się zainteresowaniem innych uczestników rynku. Ugruntowana pozycja rynkowa Spółki miała być – w jej ocenie – czynnikiem stabilizującym przedmiotowy rynek właściwy. Fakt ten, zdaniem Canal+, nie może być interpretowany w negatywny dla Spółki sposób, albowiem prowadziłoby to do sytuacji, w której każda zawierana przez Canal+ umowa uważana byłaby za praktykę antykonkurencyjną.

Zdaniem Canal+ uczestnicy przetargu mieli niczym nieograniczoną możliwość składania ofert, a PZPN pełną dowolność w wyborze oferenta i prowadzenia negocjacji w celu wyłonienia oferty najlepszej, która mogła przekraczać możliwości finansowe Canal+.

Po przeprowadzeniu postępowania Prezes UOKiK w decyzji nr DOK-49/06 uznał przedmiotową umowę za porozumienie ograniczające konkurencję. W konsekwencji nałożył na PZPN oraz Canal+ karę finansową w wysokości odpowiednio 443 998,73 zł oraz 7 368 712,05 zł.

Prezes UOKiK podkreślił, że: „Wobec posiadania przez PZPN 100% udziału w rynku obrotu prawami do transmisji meczów piłki nożnej ligi polskiej, każde działanie tego podmiotu mogące naruszyć reguły wolnej konkurencji, podjęte w szczególności w porozumieniu z nabywcami praw będących przedmiotem obrotu, wpływa znacząco na położenie pozostałych (w tym potencjalnych) nabywców tych praw, tj. innych niż Canal+ nadawców telewizyjnych zainteresowanych nabyciem praw do transmisji, a pośrednio szerokiego kręgu konsumentów – widzów, nadawanych przez konkurujących ze sobą nadawców programów telewizyjnych”. Odnosząc się do znaczenia zastrzeżonego prawa pierwokupu: „Poza sporem jest, iż samo przyznanie prawa pierwokupu na prawa do transmisji stanowi uprzywilejowanie Canal+ względem konkurentów zainteresowanych nabyciem tych praw. Wymaga natomiast uzasadnienia, iż ww. uprzywilejowanie jest zakazane Ustawą. Należy zatem rozważyć, czy celem lub skutkiem (art. 5 ust. 1

Ustawy) przyznania Canal+ prawa pierwokupu było wyeliminowanie, ograniczenie lub zakłócenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”.

Od opisanej wyżej decyzji strony porozumienia wniosły odwołania do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK). PZPN oraz Canal+ domagali się uchylecia decyzji bądź z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania, zmiany zaskarżonej decyzji w części ustalającej wysokość kary poprzez jej obniżenie.

W wyniku rozpoznania powyższych odwołań wyrokiem z 14 lutego 2007 r. SOKiK zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że zmniejszył wysokość kary pieniężnej nałożonej na PZPN do kwoty 221 999,37 zł, w pozostałej części odwołanie PZPN oddalił. Odwołanie Canal+ zostało natomiast oddalone w całości. Następnie na skutek apelacji obu odwołujących Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z 4 grudnia 2007 r. uchylił zaskarżony wyrok w zakresie dotyczącym wysokości kary i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania SOKiK. Od powyższego wyroku skargę kasacyjną złożył Canal+. Jednak została ona przez Sąd Najwyższy oddalona wyrokiem z 7 stycznia 2009 r. (sygn. III SK 16/08).

Na skutek ponownego rozpoznania sprawy w związku z odwołaniem PZPN od przedmiotowej decyzji Prezesa UOKiK z 29 maja 2006 r. w zakresie żądania zmniejszenia wysokości nałożonej kary SOKiK zmniejszył wysokość kary pieniężnej do kwoty 221 999,37 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany Prezes UOKiK, zaskarżając go w całości. W apelacji Prezes UOKiK podniósł, że niesłusznie SOKiK uzależnił wysokość kary pieniężnej od wykonywania przez PZPN zadań o charakterze publicznym.

Sąd Apelacyjny w wyroku z 21 kwietnia 2011 r. (sygn. akt VIA Ca 996/10) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że oddalił odwołanie PZPN w zakresie rozstrzygnięcia o karze pieniężnej. W uzasadnieniu podkreślił, że wykonywanie przez przedsiębiorcę zadań o charakterze publicznym nie może być czynnikiem wpływającym na gradację nałożonej na podmiot kary pieniężnej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przeciwna wykładnia prowadziłaby do powstania pewnej grupy przedsiębiorców traktowanych łagodniej przez organ antymonopolowy.

## ANALIZA PRAWNA

Jakkolwiek głosowany wyrok ogranicza się do kwestii kary nałożonej na PZPN, wskazane wydaje się, by rozważania na temat tego orzeczenia poszerzyć o dwie kwestie związane z prawidłowością całego toku postępowania, które doprowadziło ostatecznie do wyroku Sądu Apelacyjnego.

Wybijającą się na pierwsze miejsce kwestią jest możliwość uznania prawa pierwokupu za postanowienie ograniczające konkurencję, oraz w szczególności uznanie przez Prezesa UOKiK (a następnie przez sądy) zawartego w umowie między PZPN i Canal+ prawa pierwokupu za takowe naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

**I.** W przedmiotowej sprawie kontrowersje wzbudzał fakt uznania przez organ antymonopolowy klauzuli zawierającej prawo pierwokupu za porozumienie ograniczające

konkurencję<sup>4</sup>. Mając na uwadze zasadę wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz fakt, że prawo pierwokupu jest instytucją bardzo głęboko zakorzenioną w polskim systemie prawnym, organ antymonopolowy winien zatem ustalić, czy wyżej wymieniona klauzula sprzeciwia się (a jeśli tak, to w jaki sposób) ustawie. Ustalenia te powinny być tym bardziej staranne, że instytucja ta jest opisana ustawą i bardzo szeroko stosowana w obrocie gospodarczym, w tym także przez podmioty, które znajdują się w sytuacji zbliżonej do stron postępowania antymonopolowego.

Wynikające z Decyzji (i orzeczeń) ograniczenie zastosowania legalnej instytucji względem jednej z grup podmiotów<sup>5</sup> wymaga od organu antymonopolowego dokładnego określenia kryteriów, jakimi się kierował. Sytuacja taka powinna bowiem stanowić wyjątek, który nie może być interpretowany w sposób rozszerzający. Innymi słowy, Prezes UOKiK, a następnie sądy, winni jasno wskazać, na czym – w określonych warunkach gospodarczych – polega zagrożenie konkurencji wynikające z zastosowania prawa pierwokupu. Brak takowego uszczegółowienia prowadzić może do likwidacji instytucji prawa pierwokupu, która w wielu przypadkach realizuje ważne cele społeczne. Nawet jeżeli przyjąć, że wnioskiem z orzeczenia jest zakaz stosowania w umowach prawa pierwokupu tam, gdzie występuje faktyczny monopol czy pozycja dominująca, to przecież w codziennym obrocie takie sytuacje występują bardzo często, np. prawo pierwokupu kolekcji muzealnej. Choćby tylko z uwagi na powszechność korzystania z tej instytucji przy obrocie dobrami kultury narodowej, gdzie podobnie jak to ma miejsce z prawami do meczów, można definiować rynek w taki sposób, że któraś ze stron posiadać będzie pozycję dominującą, brak precyzyjnej wykładni każe krytycznie patrzeć na prawidłowość Decyzji i jej weryfikacji na drodze sądowej.

II. Canal+ nie skorzystał z prawa pierwokupu z uwagi na to, że jego oferta okazała się najkorzystniejsza. Należy się zgodzić ze stanowiskiem Canal+, że samo zastrzeżenie prawa pierwokupu w Umowie nie wykluczało możliwości wygrania przetargu przez inny podmiot. Oczywiście jest, że każdy zgłaszający ofertę działa w swoim najlepiej rozumianym interesie, proponuje więc taki kształt oferty, który ma mu przynieść maksymalne korzyści. Jeżeli tak, to Canal+ z pewnością nie skorzystałby z prawa pierwokupu w przypadku, gdyby oferta innego przedsiębiorcy przekraczała możliwości Canal+. Przy czym przez możliwości należy tu rozumieć ocenę racjonalności zakupu uwzględniającą potencjał reklamowy oferowanych praw. Kształt procedury, wykluczający poprawianie czy uzupełnianie ofert, determinował strony do złożenia najwyższej oferty. Każdy z oferentów, jakkolwiek działa na tych samych rynkach, pozostaje oddzielnym przedsiębiorcą. Oznacza to, że dla każdego koszt i potencjalna korzyść z nabytych praw byłaby inna. W takim przypadku przewaga Canal+ wynikająca z prawa pierwokupu jest czysto iluzoryczna. Sprowadza się ona bowiem do możliwości zakupu bez przetargu po najkorzystniejszej ofercie, daje więc Canal+ prawo niestartowania w przetargu.

W ocenie Prezesa UOKiK sama informacja o zawarciu przez PZPN oraz Canal+

<sup>4</sup> Jarosław Sroczyński zauważa tu podobieństwo do tzw. „English clause”, *The Permissibility of Exclusive Transactions: Few Remarks in the Context of Exercising Media Rights*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies”, Vol 2010 3(3) s. 128 i n.

<sup>5</sup> Przedsiębiorców posiadających dominującą pozycję rynkową.



porozumienia zawierającego prawo pierwokupu spowodowała rezygnację z udziału w przetargu innych podmiotów. Logika zaprezentowana przez Prezesa UOKiK w Decyzji oznacza, że sam fakt uczestnictwa w przetargu Canal+ mógłby deprymować jego konkurentów, albowiem jako duży gracz może wiele oferować. Analiza Prezesa UOKiK w tym zakresie zakłada fikcję sprowadzającą się do tego, że przedsiębiorca (tu Canal+) nie podejmuje wyborów gospodarczych nastawionych na zysk, ale na to, by za wszelką cenę wygrać przetarg. To błędne założenie powieliła następnie SOKiK.

W ocenie Sądu Okręgowego: „(...) nie ma znaczenia, że Canal+ nie skorzystał z prawa opcji, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę, gdyż sama informacja, że podmiot ten posiada zagwarantowaną uprzywilejowaną pozycję w ewentualnym przetargu na prawa audiowizualne do meczów ligowych na sezony od 2005/2006 do 2008/2009 powodowała, że potencjalni konkurenci nie mogli liczyć na zwycięstwo w nim. Zwłaszcza że Canal+, dłużej działający na rynku, mający już częściowo zamortyzowane poczynione nakłady, a także dysponujący rozbudowaną siecią dystrybucji oraz stałych odbiorców, dysponuje znacznie większymi możliwościami uzyskania korzyści z nabytych praw<sup>6</sup>”.

**III.** Sąd Okręgowy, obniżając wysokość kary nałożonej przez Prezesa UOKiK na PZPN, podniósł, że nie jest w interesie publicznym, aby PZPN poniósł wygórowaną karę z tego powodu, iż PZPN na podstawie ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym wykonuje zadania zlecone o charakterze publicznym. W ten sposób Sąd Okręgowy otworzył bardzo ciekawy problem związany z istnieniem (bądź brakiem) konieczności uwzględnienia interesu publicznego przy nakładaniu przez Prezesa UOKiK kar.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska Sądu Okręgowego, uznając, że „przyjęcie takiego stanowiska doprowadziłoby do niedopuszczalnego uprzywilejowania podmiotów realizujących zadania publiczne”. Trudno się nie zgodzić ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, które wyraża konstytucyjną zasadę równego traktowania przedsiębiorców. Jednak Sąd Apelacyjny poszedł znacznie dalej w swoich rozważaniach: „Uwzględnienie gorszej sytuacji finansowej danego przedsiębiorstwa jako okoliczności łagodzącej byłoby równoznaczne z przyznaniem nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej przedsiębiorstwom gorzej przystosowanym do warunków rynkowych”. Biorąc pod uwagę, że postępowanie dotyczyło porozumienia podmiotów działających na różnych rynkach, należy stwierdzić, że taki wniosek Sądu nie jest uprawiony. Porozumienie dwóch przedsiębiorców, z których jeden działa na wysoce konkurencyjnym rynku, drugi zaś ma pozycję dominującą, oznacza najczęściej, że sytuacja finansowa tego pierwszego jest gorsza od sytuacji przedsiębiorcy, który nie zмага się z konkurencją. Wyciąganie wniosku, że jest on gorzej przystosowany do gry rynkowej, jest niczym nieuzasadnione.

Kolejną okolicznością jest charakter, w jakim występuje PZPN. Sąd Apelacyjny zauważa, że: „w tym zakresie powód działa więc raczej podobnie jak organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, a nie jak podmiot realizujący zadania o charakterze publicznym”. Niestety Sąd Apelacyjny nie wyciąga z własnych ustaleń żadnych wniosków, pozostawiając bez odpowiedzi kwestię, co zrobić po stwierdzeniu, że PZPN działa podobnie jak OZZ.

<sup>6</sup> Wyrok z 14 lutego 2007 r., sygn. akt XVII Ama 98/06.

Rodzą się więc dwa pytania: (1) jak przy wymierzaniu kary traktować podmioty realizujące zadania publiczne? oraz (2) jak (w takim samym przypadku) traktować PZPN w związku z uznaniem, że działa w sposób taki jak OZZ?

Odpowiedź na pierwsze pytanie jest stosunkowo prosta: rację ma Sąd Apelacyjny, odmawiając uprzywilejowania w zakresie kar podmiotom realizującym zadania publiczne.

Odpowiedź na drugie pytanie już taka prosta nie jest.

Zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów kara nakładana przez organ stanowi pochodną przychodu za rok poprzedzający naruszenie<sup>7</sup>. Jednocześnie ustawa odsyła do obowiązujących danego przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym w zakresie definicji przychodu<sup>8</sup>. Stąd oczywistą kwestią, którą należy rozstrzygnąć, jest ocena, jakie zdarzenia powodują powstanie przychodu w rozumieniu ustawy z dnia 15 lutego z 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (dalej: u.p.d.o.p.)<sup>9</sup>.

Przepisy u.p.d.o.p. nie zawierają definicji pojęcia przychodu, wymieniają natomiast w art. 12 katalog pożytków, którym ustawa nadaje taki charakter, oraz tych, które z mocy ustawy są wyłączone z przychodów podatkowych.

Co więcej, orzecznictwo wyjaśnia nam, że o zaliczeniu danego przysporzenia majątkowego do przychodów danej osoby prawnej decyduje definitywny charakter tego przysporzenia w tym sensie, iż powiększy ono aktywa danej osoby prawnej w sposób ostateczny: „otrzymanymi pieniędzmi lub wartościami pieniężnymi są w rozumieniu art. 12 ust. 1 pkt 1 omawianej ustawy podatkowej tylko takie wartości, które powiększają aktywa majątkowe podatnika, a więc takie, którymi może on rozporządzać jak własnymi”<sup>10</sup>.

Kolejną istotną dla wykładni pojęcia „przychód” kwestią jest fakt, że podatek dochodowy od osób prawnych jest podatkiem osobistym, czyli podatkiem od wymiernego przysporzenia w majątku danej osoby (podatnika), i ciąży na tej osobie. O tym, wobec kogo powstaje obowiązek podatkowy w związku z uzyskaniem danego pożytku, rozstrzygają przepisy u.p.d.o.p. Bez wyraźnej regulacji ustawodawcy to samo przysporzenie, w tej samej wysokości, nie może stanowić przychodu podatkowego po stronie dwóch podatników. Analizując przypadek powiernika, na rachunek którego wierzyciel wpłacił odsetki od obligacji należne podmiotowi, na rzecz którego ów powiernik działał, WSA w Warszawie stwierdził, że brak jest w świetle przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych podstaw do przyjęcia, iż powiernik otrzymujący kwoty należne osobie, na rzecz której działa, jest podatnikiem podatku dochodowego od tych kwot<sup>11</sup>. Przywołanie tego rozstrzygnięcia jest o tyle wskazane, że działanie organizacji

<sup>7</sup> Art. 106 ustawy.

<sup>8</sup> Art. 4 ustawy.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 15 lutego z 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2000 r. nr 54, poz 654 z późn. zm.).

<sup>10</sup> Wyrok NSA ośrodek zamiejscowy w Szczecinie z 14 maja 1998 r., sygn akt SA/Sz 1305/97, wyrok NSA z 27 listopada 2003 r., sygn. akt II SA 3382/2002.

<sup>11</sup> „(...) z punktu widzenia zasad ustalania osoby będącej podatnikiem podatku dochodowego od przychodów uzyskanych z tytułu odsetek nie ma znaczenia, na czyj rachunek została dokonana wpłata tych odsetek. Fakt, iż wpłata została dokonana w wyniku dyspozycji właściciela obligacji na rachunek innego podmiotu nie czyni z tego ostatniego – podatnika zobowiązanego do zapłaty podatku”. Wyrok WSA w Warszawie z 31 sierpnia 2007 r., sygn akt III SA/Wa 629/07.

zbiorowego zarządzania prawami, do której przyrównał PZPN Sąd Apelacyjny, oparte jest właśnie na konstrukcji powiernictwa. Tak więc za przychód w rozumieniu przepisów u.p.d.o.p. należy rozumieć taką zmianę stanu majątkowego, którą cechuje definitywność, jest określona co do kwoty (lub w sposób niebudzący wątpliwości wyceniona), oraz dany podatnik, u którego zmiana ta występuje, ma możliwość rozporządzania przysporzeniem jak właściciel.

Jakkolwiek powyższe nie powinno budzić wątpliwości, warto jednak wskazać, że Międzynarodowe Standardy Rachunkowości (dalej jako MSR) są bardziej precyzyjne w określaniu pojęcia przychód. MSR 18 „Przychody” stanowi, że „w przypadku relacji wynikających z umowy agencyjnej wpływy korzyści ekonomicznych brutto obejmują kwoty zbierane w imieniu zleceńodawcy i nie powodują zwiększenia kapitału własnego jednostki gospodarczej. Kwoty zbierane w imieniu zleceńodawcy nie stanowią zatem przychodów. Przychodami są natomiast kwoty prowizji”.

Nie ma tu miejsca na rozstrzygnięcie, czy PZPN przedstawił rachunek zysków i strat pokazujący w pozycji przychodów tylko te pozycje, które nimi faktycznie są. Niewątpliwie w interesie przedsiębiorcy jest, by dokumenty przedkładane Prezesowi UOKiK były sporządzone prawidłowo. Jednakże konstatacja Sądu Apelacyjnego w zakresie porównania działania PZPN do OZZ, jako *novum* w tym postępowaniu, winna wywołać refleksje w zakresie zweryfikowania prawidłowości określenia podstawy do wymiaru kary.

## WNIOSKI

Nie ma powodu, by jakkolwiek wyróżniać przedsiębiorców na podstawie kryterium wykonywania zadań zleconych o charakterze publicznym – w tym zakresie stanowisko Sądu Apelacyjnego jest całkowicie słuszne. Jednakże zabrakło szczegółowego zbadania podstawy do wymiaru kary, czyli przychodu powoda PZPN. Wobec uznania, że w zakresie, jakiego dotyczyło postępowanie, działał on jak organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, brak w tym miejscu weryfikacji poprawności zdefiniowania przychodu należy ocenić krytycznie.

O ile bowiem powód, powołując się na swój „specjalny” status podmiotu wykonującego zadania publiczne, miał możliwość odnosić się do stanowiska Prezesa Urzędu, o tyle nie miał szans odnieść się do uznania, że działa na zasadach właściwych organizacjom zbiorowego zarządu. Przyrównanie PZPN do OZZ oznacza uznanie, że Związek działa (w zakresie, którego dotyczyło postępowanie) na podstawie konstrukcji powiernictwa, co rodzi wiele konsekwencji w zakresie prawa podatkowego, w szczególności w zakresie kwot inkasowanych od użytkowników wynagrodzeń autorskich, które nie powinny być uwzględniane jako przychód Związku dla celu wymiaru kary pieniężnej w postępowaniu antymonopolowym.

Sąd Okręgowy, formułując tezę o konieczności uwzględniania interesu publicznego przy nakładaniu kary, otworzył dyskusję, której nie podjął Sąd Apelacyjny. Niezależnie od tego, czy mógł on dojść do innego wniosku niż wskazany powyżej, nie ulega wątpliwości, że obowiązujący obecnie system nakładania kar ma wiele wad.

Z jednej strony Ustawa stanowi, że jest stosowana w interesie publicznym, co winno oznaczać, iż organ antymonopolowy uwzględnia ten interes także przy wymierzaniu

kar, z drugiej – powiązanie kary z przychodem bez jednoczesnego związku z ekonomicznymi skutkami naruszenia budzi poważne wątpliwości. Potwierdzają to formułowane przez część doktryny postulaty *de lege ferenda*, zakładające większe powiązanie wysokości wymierzonej kary ze skutkami naruszenia, które znalazły odzwierciedlenie w projekcie założeń do ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów opublikowanych na stronie internetowej UOKiK<sup>12</sup>. Warto podkreślić, że znaczenie skutków praktyki dla rynku zostało uwypuklone w wytycznych Komisji Europejskiej, zgodnie z którymi: „W celu ustalenia kwoty podstawowej grzywny Komisja uwzględni wartość sprzedaży dóbr lub usług zrealizowanych przez przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

<sup>13</sup> Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003.

*Justyna Kornaszewska*

## GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 13 LIPCA 2011 R., III CZP 31/11<sup>1</sup>

Teza głosowanej uchwały brzmi:

**Sprawca wypadku komunikacyjnego, wobec którego zastosowano środek karny polegający na obowiązku naprawienia szkody (art. 46 § 1 w zw. z art. 39 pkt 5 k.k.), może domagać się od ubezpieczyciela – na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów – zwrotu świadczenia zapłaconego na rzecz pokrzywdzonego.**

Niniejsza uchwała Sądu Najwyższego zapadła na tle sprawy z powództwa Anny W. przeciwko Towarzystwu Ubezpieczeń Wzajemnych o zwrot zapłaconego na rzecz pokrzywdzonego świadczenia. Sąd rejonowy wyrokiem z 16 listopada 2010 r. oddalił powództwo Anny W. o zasądzenie od Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych kwoty 1000 zł uiszczonej w wykonaniu nałożonego na nią prawomocnym wyrokiem karnym obowiązku naprawienia szkody. Z ustaleń wynika, że powódka spowodowała wypadek komunikacyjny, za co prawomocnym wyrokiem sądu rejonowego z 9 grudnia 2009 r. została skazana na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania oraz zobowiązana do naprawienia szkody przez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego Wiesława S. kwoty 35 000 zł. W wykonaniu tego obowiązku uiściła kwotę 10 000 zł. Powódka była ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych w pozwanym Towarzystwie. Sąd rejonowy, dzieląc stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z 21 grudnia 2006 r.<sup>2</sup> i w postanowieniu z 6 marca 2008 r.<sup>3</sup>, stwierdził, że sprawca wypadku komunikacyjnego, od którego zasądzono nawiązkę na podstawie art. 46 § 2 k.k. i art. 48 k.k., nie może domagać się od ubezpieczyciela – na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów – zwrotu nawiązki

---

<sup>1</sup> OSNC 2012, nr 3, poz. 29.

<sup>2</sup> III CZP 129/06, OSNC 2007, nr 10, poz. 151.

<sup>3</sup> III KK 345/07, OSNKW 2008, nr 6, poz. 49.

zapłaconej pokrzywdzonemu. W wyroku z 13 maja 2005 r.<sup>4</sup> Sąd Najwyższy wskazał, że sprawcy wypadku komunikacyjnego, którego odpowiedzialność odszkodowawcza objęta została umową obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, nie przysługuje wobec zakładu ubezpieczeń roszczenie o zwolnienie go przez ubezpieczyciela z obowiązku naprawienia szkody wobec poszkodowanego. Sąd rejonowy uznał, że orzeczony w postępowaniu karnym obok kary zasadniczej środek karny w postaci obowiązku naprawienia szkody pełni przede wszystkim funkcję penalną (represyjną), polegającą na wymierzeniu kary osobom łamiącym prawo. Umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nie może zatem stanowić dla sprawcy ochrony przed obowiązkiem naprawienia szkody przez przyznanie roszczenia regresowego, a uwzględnienie takiego roszczenia mogłoby prowadzić do naruszenia spójności wyroku karnego.

Przy rozpoznawaniu apelacji powódki od powyższego wyroku sąd okręgowy powziął poważne wątpliwości prawne, które przedstawił w zagadnieniu prawnym sformułowanym w przedstawionej tezie. Orzeczony w wyroku obowiązek naprawienia szkody stanowi środek karny, określony w art. 39 pkt 5 i art. 46 § 1 k.k. Może być orzeczony obok kary, ale także w jej miejsce, stanowiąc samoistną sankcję karną. Obowiązek ten może być również nałożony jako środek probacyjny w razie warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 67 § 3 k.k.) lub warunkowego zawieszenia wykonania kary (art. 72 § 2 k.k.). Istnieją również inne stanowiska dotyczące obowiązku naprawienia szkody, które mogą przyjąć charakter penalny lub pełnić funkcję kompensacyjną. Możemy również wyróżnić stanowisko pośrednie, według którego obowiązek naprawienia szkody pełni zarówno funkcję penalną, jak i kompensacyjną, a obie mają równorzędne znaczenie. Orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje różne jego funkcje. Funkcja kompensacyjna wyróżniona została w wyrokach z 4 lutego 2002 r.<sup>5</sup> i z 11 marca 2005 r.<sup>6</sup>, przewagę represyjnego charakteru podkreślono w wyrokach z 23 lipca 2009 r.<sup>7</sup> i z 13 maja 2005 r.<sup>8</sup> oraz w powołanej wyżej uchwale z 21 grudnia 2006 r.

W ocenie Sądu Najwyższego wyrażonej w głosowanej uchwale nie ma dostatecznych podstaw do uznania, że środek karny w postaci obowiązku naprawienia szkody pełni wyłącznie funkcję penalną czy resocjalizacyjną. Taka funkcja niewątpliwie ma istotne znaczenie; jeżeli środek taki został orzeczony, powinnością skazanego jest jego wykonanie, zatem nie może żądać, aby inny podmiot za niego to uczynił. W uzasadnieniu wyroku z 13 maja 2005 r.<sup>9</sup> wskazano, że sprawcy wypadku komunikacyjnego, którego odpowiedzialność odszkodowawcza objęta została umową obowiązkowego ubezpieczenia OC, nie przysługuje wobec ubezpieczyciela roszczenie o zwolnienie go przez tego ubezpieczyciela z obowiązku naprawienia szkody wobec poszkodowanego. O tym, że nałożony obowiązek naprawienia szkody winien wykonać sam skazany, świadczy też fakt, iż obowiązek ten w razie śmierci skazanego nie przechodzi na spadkobierców.

Nie oznacza to jednak, że funkcja penalna jest jedyna, czy też że wykazuje przewagę nad funkcją kompensacyjną. Sama nazwa tego środka karnego wskazuje, że jego isto-

<sup>4</sup> IV CK 796/04, niepubl.

<sup>5</sup> II KKN 385/01, niepubl.

<sup>6</sup> V KK 355/04, niepubl.

<sup>7</sup> V KK 124/09, niepubl.

<sup>8</sup> IV CK 706/04, niepubl.

<sup>9</sup> IV CK 796/04, niepubl.



tą jest naprawienie wyrządzonej przestępstwem szkody. Warunkiem jego orzeczenia w wyroku karnym jest istnienie w dacie wyrokowania szkody w całości lub części, nie orzeka się go zatem, jeżeli szkoda została naprawiona przez sprawcę albo inną osobę. Ani tego środka, ani też nawiązki stanowiącej substytut naprawienia szkody, jak również zadośćuczynienia nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono (art. 415 § 5 k.p.k.). Jeżeli orzeczone środki karne nie pokrywają całej szkody, pokrzywdzony może dochodzić dodatkowych roszczeń w postępowaniu cywilnym (art. 415 § 6 k.p.k.). Już zatem przepisy Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego wskazują, że przy orzekaniu tego środka karnego (a także nawiązki czy zadośćuczynienia) chodzi nie tylko o represję wobec sprawcy czy jego resocjalizację, ale także, a nawet przede wszystkim, o naprawienie wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody. Zasadnicze znaczenie ma zatem fakt, czy szkoda została naprawiona. Wyżej wskazano, że środek karny powinien wykonać skazany, który nie może żądać, aby uczyniła to inna osoba. Pokrzywdzony nie jest jednak pozbawiony możliwości wystąpienia z roszczeniem o naprawienie szkody bezpośrednio przeciwko ubezpieczycielowi z art. 19 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczeń Komunikacyjnych<sup>10</sup> i nie można wykluczyć sytuacji, w której ubezpieczyciel spełni świadczenie, zanim środek karny zostanie wykonany.

W głosowanej uchwale Sąd Najwyższy prezentuje stanowisko, że poszkodowany może dochodzić swoich roszczeń odszkodowawczych albo bezpośrednio od sprawcy szkody (nawet jeżeli jest on ubezpieczony w zakresie OC komunikacyjnego), albo też od zakładu ubezpieczeń, z którym sprawca zawarł umowę ubezpieczenia OC. Powyższą zasadę określa się jako *actio directa*<sup>11</sup>. Warto zauważyć, że możliwe jest dochodzenie roszczeń przez poszkodowanego od obu wskazanych powyżej podmiotów jednocześnie. Wówczas sytuacja prawna podmiotów odpowiedzialnych za szkodę będzie podobna do sytuacji dłużników solidarnych, co oznacza, że zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. W sytuacji gdy sprawca z własnych środków zapłaci poszkodowanemu odszkodowanie, może on domagać się od zakładu ubezpieczeń zwrotu wypłaconej kwoty, ponieważ wiąże go z zakładem ubezpieczeń umowa, na podstawie której zakład ubezpieczeń zobowiązał się do wypłaty odszkodowania w granicach jego odpowiedzialności cywilnej.

Z żadnego przepisu prawa nie wynika wykluczenie odpowiedzialności ubezpieczyciela w wypadku, w którym obowiązek naprawienia szkody orzeczony został jako środek karny (obowiązek naprawienia szkody lub nawiązka). Głosowana uchwała Sądu Najwyższego zmienia dotychczas przyjmowany przez Sąd Najwyższy sposób interpretacji przepisów.

Brak przewagi funkcji penalnej środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody nad funkcją kompensacyjną nie pozwala, w ocenie Sądu Najwyższego wyrażonej w głosowanej uchwale, podzielić uchwały z 21 grudnia 2006 r. Sąd Najwyższy, poza

<sup>10</sup> Dz.U. nr 124, poz. 1152 ze zm.; dalej: u.b.o.

<sup>11</sup> M. Orlicki, *Umowa ubezpieczenia*, Warszawa 2002, s. 126; tenże, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 8, rozdz. XIII, C. H. Beck, Warszawa 2011, nb. 99; M. Krajewski, *Umowa ubezpieczenia*, Warszawa 2004, s. 182.

argumentami dotyczącymi przewagi funkcji penalnej środków karnych, wskazał, że konstrukcja prawna umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej i obowiązujący stan prawny w zakresie ubezpieczenia pozwalają na stwierdzenie, iż odpowiedzialność gwarancyjna ubezpieczyciela odnosi się jedynie do cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej sprawcy szkody, a nie do jego ewentualnej odpowiedzialności karnej, środek karny może zaś być orzeczony w rozmiarze większym niż szkoda.

Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów jest obowiązkowe (art. 23 ust. 1 u.b.o.). Zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela, wynikający z umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, określa art. 822 § 1 k.c. Zgodnie z artykułem i komentarzem do przedstawionego przepisu ochrona ubezpieczeniowa świadczona przez ubezpieczyciela na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC) sprowadza się do zapewnienia wypłaty określonego odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, względem których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo ubezpieczony, czyli osoba, na rzecz której została zawarta umowa ubezpieczenia. Zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nie prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności ubezpieczonego wobec poszkodowanego, a jedynie do przejęcia przez ubezpieczyciela jego zobowiązań odszkodowawczych. Ochrona ubezpieczeniowa odnosi się tu do globalnej sytuacji majątkowej ubezpieczającego, która mogłaby doznać uszczerbku z powodu konieczności zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych poszkodowanego. Z chwilą zaistnienia wypadku ubezpieczeniowego, a więc powstania odpowiedzialności odszkodowawczej ubezpieczonego (wyrządzenia przez niego szkody), ukształtowany zostaje trójstronny stosunek prawny łączący ubezpieczonego, poszkodowanego i ubezpieczyciela, choć uprawniony do odszkodowania w związku ze zdarzeniem objętym umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej może dochodzić roszczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela. Ubezpieczeniem OC objęta być może zarówno odpowiedzialność deliktowa, jak i kontraktowa ubezpieczającego lub osoby, na rzecz której została zawarta umowa ubezpieczenia. Ubezpieczyciel przejąc może zobowiązania odszkodowawcze ubezpieczonego w pełnej wysokości lub tylko do oznaczonej w umowie sumy gwarancyjnej, która w takiej sytuacji wyznaczać będzie górną granicę odpowiedzialności ubezpieczyciela. Umowa ubezpieczenia ma charakter dwustronnie zobowiązujący. Każdej ze stron przysługują określone uprawnienia i na każdej ciąży określone obowiązki przez czas trwania stosunku ubezpieczeniowego. Ubezpieczający zobowiązuje się do zapłaty składki, a ubezpieczyciel do wypłaty odszkodowania w określonym ustawami i umową zakresie<sup>12</sup>.

Gdy chodzi o ubezpieczenia komunikacyjne, zakres ten konkretyzuje art. 34 ust. 1 u.b.o., zgodnie z którym z ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych przysługuje odszkodowanie, jeżeli posiadacz lub kierujący pojazdem mechanicznym są obowiązani do odszkodowania za wyrządzoną w związku z ruchem tego pojazdu szkodę, której następstwem jest śmierć, uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia bądź też utrata, zniszczenie lub uszkodzenie mienia. Z żadnego z tych przepisów nie wynika wykluczenie odpowiedzialności ubezpieczyciela w wypadku, w którym obowiązek na-

<sup>12</sup> L. Ogiegło, (w:) K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz do artykułów 450–1088*, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 737.

prawienia szkody orzeczony został jako środek karny. Artykuł 43 u.b.o. wymienia również przypadki, w których ubezpieczyciel może domagać się od ubezpieczonego zwrotu spełnionego świadczenia. Nie ma wśród nich przypadku, w którym ubezpieczyciel spełnił świadczenie pomimo orzeczonego wobec sprawcy wypadku komunikacyjnego obowiązku naprawienia szkody. Wszystko to wskazuje, że wykonanie przez sprawcę wypadku komunikacyjnego orzeczonego wobec niego środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody nie pozbawia go możliwości wystąpienia przeciwko ubezpieczycielowi z roszczeniem regresowym na podstawie umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Nie ma bowiem w istocie znaczenia, czy sprawca spełnił świadczenie wobec poszkodowanego dobrowolnie, czy też zobowiązany do tego wyrokiem karnym. Skoro naprawił szkodę, może domagać się zwrotu spełnionego świadczenia.

Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w głosowanej uchwale, odmówienie sprawcy roszczenia o zwrot kwoty zapłaconej poszkodowanemu jest sprzeczne z ideą umowy ubezpieczenia. Wykonanie przez sprawcę wypadku komunikacyjnego orzeczonego wobec niego środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody nie pozbawia go możliwości wystąpienia przeciwko ubezpieczycielowi z roszczeniem regresowym na podstawie umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Ubezpieczyciel odpowiada w granicach odpowiedzialności cywilnej sprawcy (art. 13 ust. 2 u.b.o.). Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na sens i cel obowiązkowych ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej sprawcy, które polegają właśnie na tym, aby w ostatecznym rozrachunku koszt naprawienia szkody – w granicach określonych w ustawie i umowie – pokrył ubezpieczyciel w zamian za składkę zapłaconą przez ubezpieczonego sprawcę.

Głosowana uchwała Sądu Najwyższego z 13 lipca 2011 r. zmienia dotychczas przyjmowany przez Sąd Najwyższy sposób interpretacji przepisów w związku z tym, że została wydana po uchwale z 21 grudnia 2006 r., co na pewno Sąd Najwyższy miał na względzie po dokładnej analizie prezentowanego stanu faktycznego – przedstawiając odmienne stanowisko od poprzedniego.

W związku z tym stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w głosowanej uchwale zasługuje na pełną aprobatę.

# Prawo za granicą

Marcin Łolik

## KONSTITUCYJNE ASPEKTY PRAWA KONTRAKTÓW NA PRZYKŁADZIE WYBRANYCH EUROPEJSKICH SYSTEMÓW PRAWNYCH (cz. 2)<sup>1</sup>

### 4. PODEJŚCIE ODGÓRNE – PRZYPADEK BÜRGSCHAFT

#### I. EWOLUCJA PRZYJĘTEGO PODEJŚCIA

Pierwotne stanowisko niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*) dotyczące sposobu, w jaki normy konstytucyjne powinny wpływać na prawo prywatne, zostało wyrażone w wyroku dotyczącym sprawy *Lüth*<sup>2</sup>. Na postawione ogólne pytanie, czy normy konstytucyjne mają zastosowanie w prawie prywatnym, niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny odpowiedział wówczas, że są możliwe do zastosowania dwie skrajne zasady: zgodnie z pierwszą z nich systemy prawa publicznego i prywatnego są dwoma różnymi systemami, a zatem prawo publiczne w ogóle, a prawo konstytucyjne w szczególności nie ma wpływu na prawo prywatne. Drugi pogląd zakładał dokładnie odwrotne podejście<sup>3</sup>. Przed sprawą *Lüth* wielu przedstawicieli doktryny wyrażało pogląd, że najważniejsze prawa podstawowe są nie tylko skuteczne w relacjach wertykalnych w stosunku do państwa, ale także są w pełni i „bezpośrednio” skuteczne w relacjach horyzontalnych – czyli relacjach pomiędzy równorzędnymi podmiotami. Konsekwencją tej teorii było założenie, że niektóre normy konstytucyjne powinny być wiążące dla osób prywatnych w przybliżeniu w ten sam sposób i w takim samym stopniu, w jakim mają zastosowania w relacjach z władzami państwowymi<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Część pierwsza opublikowana została w „Palestrze” 2013, nr 3–4, s. 191–198.

<sup>2</sup> BVerfG z 15 stycznia 1958 r., BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

<sup>3</sup> Por. dla przykładu H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, 3. edycja, München: Vahlen 1985, s. 136.

<sup>4</sup> Por. L. Enneccerus, H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 15. edycja, Tübingen, Mohr-Siebeck 1959, § 15 IV 4; innymi zwolennikami owej teorii są W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, München 1960, s. 365; F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, 164 „Archiv für die civilistische Praxis” 4, 1964, s. 419; E. Steindorff, *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, Müller, Heidelberg 1983, s. 12.

W sprawie *Lüth* niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nie przyjął jednak żadnego z powyższych schematów, lecz zdecydował się na wariant pośredni, który pozwala jedynie do pewnego stopnia kontrolować stosunki prawa prywatnego poprzez stosowanie norm konstytucyjnych. Według Trybunału prawa podstawowe zostały ustanowione przede wszystkim w celu ochrony obywatela w relacji z państwem, ale jednocześnie jako umiejscowione w konstytucji zawierają one także pewną obiektywną skalę wartości, która ma zastosowanie w całym systemie prawnym. Pewna zawartość intelektualna wynikająca z konstytucji, a związana z ochroną sfery prywatnej jednostek, dotyczy również innych norm, zwłaszcza klauzul generalnych występujących w BGB, takich jak te zawarte w § 242 (obowiązek postępowania w dobrej wierze), § 138 ust. 1 (nieważność umów naruszających dobre obyczaje) i § 826 (umyślne spowodowanie szkody sprzeczne z porządkiem publicznym) – niemniej jednak w ostatecznym rozrachunku zawsze to zasady prawa cywilnego znajdują zastosowanie. Nawet w takich przypadkach Trybunał podkreślał, że taki spór „pozostaje sporem dotyczącym prawa cywilnego”<sup>5</sup>. Dochodząc do tego wniosku, Trybunał opowiedział się za doktryną „pośredniego” skutku norm konstytucyjnych w odniesieniu do stosunków prywatnoprawnych<sup>6</sup> (w przeciwieństwie do teorii „bezpośredniego” skutku).

Główna różnica między tymi dwoma podejściami (bezpośrednim oraz pośrednim) polega na tym, że podczas gdy w pierwszym przypadku strona umowy wywodzi swoje roszczenia wobec innego podmiotu na podstawie norm konstytucyjnych, które zastępują inne reguły dotyczące prawa prywatnego, w drugiej sytuacji roszczenia oparte są na odpowiednich przepisach prawa prywatnego, np. na klauzuli generalnej dobrej wiary lub przepisach o odpowiedzialności za szkody wyrządzone własnymi czynami, które to dopiero przepisy interpretowane są w świetle odpowiednich norm konstytucyjnych. W rezultacie, na gruncie podejścia pośredniego, normy prawa prywatnego powinny mieć priorytet w stosunku do publicznych wartości prawa konstytucyjnego i w konsekwencji formalne rozróżnienie na prawo prywatne i prawo publiczne nadal zostaje zachowane.

W praktyce jest jednak wysoce wątpliwe, czy niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nadal hołduje teorii pośredniego skutku praw konstytucyjnych. Reguła, którą ustalono w sprawie *Bürgerschaft*, jasno określa, że sądy cywilne są zobowiązane do ochrony konstytucyjnego prawa do autonomii stron w związku z zasadą państwa socjalnego i tym samym do sprawowania kontroli nad treścią umów. Jeśli treść umowy jest wyjątkowo niekorzystna dla słabszej ze stron, wówczas sądy są zobowiązane do interweniowania w ramach ogólnych klauzul cywilnoprawnych<sup>7</sup>. W ten sposób nie-

<sup>5</sup> BVerfG z 15 stycznia 1958 r., BVerfGE 7, 198 (Lüth), s. 205.

<sup>6</sup> Jako zwolenników owej teorii porównaj dla przykładu G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, (w:) T. Maunz (red.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Isar-Verlag, München 1956, s. 157; G. Dürig, *Zum „Lüth-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958*, (w:) *Die öffentliche Verwaltung*, 1958, XI, no. 8/9, s. 184.

<sup>7</sup> BVerfG z 19 października 1993 r., z E 89, 214 (*Bürgerschaft*), s. 232–234. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny orzekł: „Chodzi o to (...) że w niektórych przypadkach mamy do czynienia ze strukturalną podległością jednej ze stron umowy względem drugiej, oraz że w takim przypadku skutki takiej umowy są niezwykle obciążające dla jednej ze stron. Z tego też powodu prawo cywilne musi być wrażliwe na takie przypadki i umożliwiać korektę takiej sytuacji. Wynika to z podstawowych praw obywatelskich gwarantujących autonomię woli (art. 2 ust. 1 konstytucji) oraz zasady państwa socjalnego (art. 20 ust. 1 oraz 28 ust. 1 konstytucji). (...) Dziś wszyscy

miecki Federalny Trybunał Konstytucyjny usankcjonował nową teorię tzw. obowiązku ochrony podstawowych praw obywatelskich (*grundrechtlicher Schutzpflicht*), która to teoria jest broniona przez prof. Canarisa<sup>8</sup> i została dodatkowo potwierdzona przez Trybunał w sprawie *Handelsvertreter*<sup>9</sup>. Zmiana w podejściu jest dość uderzająca: o ile prawo konstytucyjne było pierwotnie pomyślane jako obrona przeciwko państwu, o tyle obecnie służy ono ochronie udzielanej przez państwo, tj. przez wszystkie organy państwowe – w tym w szczególności sądy cywilne. W konsekwencji obecnie w niemieckim prawie prywatnym państwo ma obowiązek ochrony praw konstytucyjnych poszczególnych jednostek przed ich naruszeniem przez inne jednostki – obowiązek, który nie różni się od tego, który spoczywa na państwie np. w zakresie prawa karnego<sup>10</sup>.

Chociaż formalnie niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny nie zrewidował swojej teorii pośredniego wpływu prawa konstytucyjnego, niemniej jednak poprzez nałożenie na sądy cywilne zobowiązania do ochrony praw konstytucyjnych osiągnięto taki sam wynik jak teoria skutku bezpośredniego<sup>11</sup>. Nie wydaje się przesadą stwierdzenie, że obowiązek ochrony praw konstytucyjnych przez sądy w dziedzinie prawa kontraktowego prowadzi w praktyce do bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych w stosunkach umownych. Oznacza to, że strony umowy są w rzeczywistości związane konstytucyjnymi wartościami i mogą na ich podstawie wywodzić swoje prawa i obowiązki – w wyniku czego przepisy prawa prywatnego mogą być łatwo zastępowane przez zasady prawa konstytucyjnego. W związku z tym, jeśli obie strony wywodzą swoje prawa i obowiązki z norm konstytucyjnych, to powinna być zachowana równowaga między powyższymi różnymi konstytucyjnymi wartościami prawnymi. Rola poszczególnych klauzul generalnych prawa prywatnego wydaje się natomiast schodzić tutaj na dalszy plan.

---

zgadają się (...) że wyrównanie interesów stron umowy należy do jednego z najważniejszych zadań prawa cywilnego (...) Dla sądownictwa cywilnego wynika z tego obowiązek (poprzez stosowanie odpowiedniej wykładni i stosowania klauzul generalnych) zapewnienia tego, iż umowy nie będą służyły za instrument dominacji jednej ze stron. (...) Jeżeli treść umowy jest dla jednej z jej stron niekorzystna oraz następuje niekorzystne rozłożenie interesów, wówczas sądy mogą odejść od zasady: «umowa jest umową». Powinny one wówczas wyjaśnić, czy dane postanowienie jest skutkiem nierównomiernych sił podczas negocjacji oraz czy owa nierównowaga w danym przypadku może być korygowana poprzez stosowania klauzul generalnych prawa cywilnego”.

<sup>8</sup> C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, „Archiv für die civilistische Praxis” 3, 1984, s. 201, w szczególności s. 210 i n.; por. także C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin–New York 1999.

<sup>9</sup> BVerfG z 7 lutego 1990 r., BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*).

<sup>10</sup> H. Wiedemann, *Verfassungsrecht. Handelsrecht. Anmerkung*, 45, „Juristenzeitung” 14, 1990, s. 695 i 696.

<sup>11</sup> Zob. J. Eschenbach, A. F. Niebaum, *Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung*, 13 „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 11 (1994), s. 1079, w szczególności s. 1081; W. Zöllner, *Regelungsspielräume in Schuldvertragsrecht*, 196 „Archiv für die civilistische Praxis” 1–2, 1996, 1, s. 6, 10–11. W odniesieniu do relacji pomiędzy starą teorią o pośrednim skutku oraz nową teorią o obowiązku ochrony podstawowych praw obywatelskich w ujęciu ogólnym zob. G. Hermes, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?*, 41 „Neue Juristische Wochenschrift” 29 (1990), s. 1764, 1765; I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, (w:) I. von Münch, P. S. Coderch, J. F. Riba, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1998, s. 24; C. Hillgruber, *Abschied von der Privatautonomie?*, 28 „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1, 1995, s. 6; R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 50 „Juristenzeitung” 23, 1995, s. 1133, 1135–1137.



## II. WYWAŻANIE KONKURENCYJNYCH INTERESÓW

Można zauważyć, że w sprawie *Bürgerschaft* strona słabsza – córka przedsiębiorcy – opierała swoją zwycięską argumentację na prawie do swobody kształtowania osobowości oraz wywodzonym z niego prawie do autonomii każdego podmiotu (art. 2 ust. 1 konstytucji) w połączeniu z zasadą socjalnego państwa prawa (art. 20 ust. 1 i 28 ust. 1 konstytucji). Powstaje zatem pytanie: w jakim zakresie konstytucyjne prawo do autonomii stron może służyć interesom słabszej strony w celu ochrony jej interesów przed stroną silniejszą – w tym przypadku bankiem. Innymi słowy, jak skuteczna jest ochrona słabszej strony na podstawie konstytucyjnego prawa do autonomii stron?

Warto zauważyć, że tok rozumowania Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w tym przypadku sprowadza się do następujących konkluzji: zwykle byt prawny umowy musi być chroniony przez sądy jako przejaw emanacji konstytucyjnego prawa do autonomii stron, jednakże w przypadkach, gdy strukturalna nierównowaga siły doprowadziła do zawarcia umowy o treści, która jest wyjątkowo niekorzystna dla słabszej strony, sądy cywilne są zobowiązane do interwencji w celu zapewnienia pomocy owej słabszej stronie. Obowiązek ten w odniesieniu do sądów wynika z ich funkcji jako gwaranta przestrzegania pewnych norm konstytucyjnych<sup>12</sup>.

Z powyższego rozumowania wynika, że obie strony – zarówno słabsza, jak i silniejsza – korzystają z konstytucyjnego prawa do autonomii stron. Istnieje jednak różnica w interpretacji tego prawa przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do każdej ze stron danego stosunku prawnego. Z jednej strony wydaje się, że silniejsza strona po prostu korzysta z konstytucyjnie chronionej swobody zawierania umów, która wywodzi się z prawa do autonomii stron gwarantowanego przez art. 2 ust. 1 niemieckiej konstytucji<sup>13</sup>. Z drugiej strony to samo konstytucyjne prawo do autonomii stron

<sup>12</sup> Niemiecki Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19 października 1993 r., BVerfGE 89, 214 (*Bürgerschaft*), s. 231–232, stwierdził, że: „Art. 2 ust. 1 konstytucji gwarantuje autonomię woli jako «samostanowienie jednostek w obrocie prawnym» (Richsen, in: *Insensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, S. 1210 Nr. 58). (...) W obrocie cywilnoprawnym biorą udział równorzędne podmioty, które mają jednak różne interesy oraz często przeciwstawne cele. Z powodu, że wszystkie te podmioty korzystają z ochrony wynikającej z art. 2 ust. 1, jaką jest autonomia woli, nie można udzielać i chronić tylko i wyłącznie prawa silniejszej strony umowy. Kolidujące ze sobą podstawowe prawa obywatelskie powinny być widziane w ramach ich wzajemnego oddziaływania oraz wzajemnych ograniczeń. (...) W prawie umów wylania się problem odpowiedniego wyważenia interesów wynikających ze zgodnej woli stron danej umowy. (...) Jeżeli jedna ze stron ma znaczącą przewagę, tak że treść umowy może faktycznie być kształtowana jedynie przez nią, oddziałuje to bez wątpienia na inne strony umowy. (...) Porządek prawny nie może jednak przewidywać wszystkich sytuacji, w których dochodzi do zakłócenia równowagi podczas negocjowania. Ze względu na pewność obrotu prawnego nie każda umowa powinna być następnie kwestionowana z uwagi na nierówność siły stron podczas jej negocjowania, ale jeżeli mieliśmy do czynienia ze strukturalnym podporządkowaniem jednej ze stron, co skutkuje tym, że skutki takiej umowy są dla strony podporządkowanej nadzwyczajnie niekorzystne, w takiej sytuacji prawo prywatne powinno korygować takie nieprawidłowości. Wynika to z podstawowych praw obywatelskich gwarantujących autonomię woli (art. 2 ust. 1 konstytucji) oraz zasady państwa socjalnego (art. 20 ust. 1 i art. 28 ust. 1 konstytucji)”.

<sup>13</sup> W odniesieniu do niemieckiego podejścia por. artykuł 2 ust. 1 niemieckiej konstytucji, który jest ogólnie uznawany za podstawę do ochrony swobody umów; por. dla przykładu O. Nannen, *Grundrechte und privatrechtliche Verträge*, Trier 2000, s. 58, z odniesieniami do orzecznictwa niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego; W. Höfling, *Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, s. 6; W. Zöllner, *Die Politische Rolle des Privatrechts*, s. 330; D. Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, C. H. Beck,

w odniesieniu do słabszej strony, powoływane w połączeniu z zasadą państwa socjalnego, wiąże się z ochroną owej strony przed niekorzystną umową, która została przecież zawarta w wyniku skorzystania ze swobody zawierania umów<sup>14</sup>.

Tak więc widać, że istotą owego problemu jest relacja między dwoma prawami wynikającymi z konstytucji, a bardziej konkretnie pomiędzy dwiema odmianami jednego konstytucyjnego prawa, tj. prawa do autonomii, które może służyć ochronie zarówno słabszej, jak i silniejszej strony konkretnego stosunku obligacyjnego.

Ponieważ obu stronom umowy przysługują konstytucyjnie chronione prawa, które mogą być powoływane jako uzasadnienie przysługujących im zarówno praw, jak i obowiązków, powinna zostać zachowana między nimi właściwa równowaga. W tym przypadku równowaga ta musi zostać zachowana między prawami do dwóch rodzajów autonomii – autonomii w sensie swobody zawierania umów i autonomii w rozumieniu prawa do ochrony od następstw niekorzystnej umowy. W związku z powyższym interpretacja klauzul generalnych (§ 138 ust. 1 i § 242 BGB dotyczących odpowiednio dobrych obyczajów i dobrej wiary) powinna być dokonywana w świetle klauzul generalnych prawa konstytucyjnego.

W niemieckiej literaturze podnosi się trzy najważniejsze następstwa, które niesie za sobą sprawa *Bürgschaft*<sup>15</sup>. Po pierwsze, zgodnie z opinią Federalnego Trybunału Konstytucyjnego niemiecka konstytucja nakłada obowiązek ochrony stron stosunku prywatnoprawnego od siebie nawzajem. Ochrona ta powinna odbywać się zarówno w zakresie ustawodawstwa, jak i orzecznictwa. Po drugie, zgodnie z systemem wartości zawartym w normach konstytucyjnych zasada państwa socjalnego oraz zasada autonomii stron w odniesieniu do prawa kontraktów powinny nie tylko porządkować tego typu stosunki, ale także zapewniać odpowiednią ochronę dla słabszej ze stron<sup>16</sup>. Po trzecie, w przypadku strukturalnej nierówności między stronami wynikającej z treści czynności prawnej taki przypadek powinien być szczegółowo badany przez sądy pod kątem negatywnych konsekwencji dla słabszej strony<sup>17</sup>. Sama zasada *pacta sunt servanda* w oderwaniu od innych norm nie stanowi wystarczającej podstawy dla zapewnienia mocy prawnej takiej umowy.

Wszystko to wydaje się stwarzać podwaliny pod instytucję nazywaną przez K. Adomeita nową klauzulą generalną, która nadaje nowy charakter całemu niemieckiemu

München 2000, s. 38; J. Schmidt-Salzer, *Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht*, 23 „Neue Juristische Wochenschrift“ 1–2 (1970), 8, s. 10.

<sup>14</sup> Por. H. Wiedemann, *Zur verfassungsrechtlichen Inhaltskontrolle von Verträgen*, 49 „Juristenzeitung“ 8, 1994, s. 411: „Z konstytucyjnego prawa do wolności działania nie może wynikać żadne prawo do zmiany danego stosunku prawnego, ponieważ żadne uprawnienie do wypowiedzenia zmieniającego na lepsze warunki nie istnieje. (...) Wolność działania nie gwarantuje żadnego prawa do naruszania lub zerwania umowy”; por. również C. Hillgruber, *Grundrechtsschutz im Vertragsrecht*, 91 „Archiv für die civilistische Praxis“ 1, 1991, 69, s. 85: „Samostanowienie bez odpowiedzialności za własne czyny jest nie do pomyślenia, z powodu iż to pryncypium odpowiedzialności jest immanentnie związane z podstawowymi zasadami państwa prawa”.

<sup>15</sup> H. Wiedemann, *Zur verfassungsrechtlichen Inhaltskontrolle von Verträgen*, por. także W. Zöllner, *Regelungsspielräume in Schuldvertragsrecht*, s. 5.

<sup>16</sup> Por. C. Hillgruber, *Abschied von der Privatautonomie?*

<sup>17</sup> Zob. również J. Eschenbach, A. F. Niebaum, *Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar*, s. 1079 i 1081; R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen*, s. 1136 i n.; K. Adomeit, *Die gestörte Vertragsparität. Ein Trugbild*, 47 „Neue Juristische Wochenschrift“ 38, 1994, s. 2467; G. Spieß, *Inhaltskontrolle von Verträgen – das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?*, 109 „Deutsches Verwaltungsblatt“ 21, 1994, s. 1222.

systemowi prawa prywatnego<sup>18</sup>. Ta nowa klauzula może być sformułowana w sposób następujący: „Umowa, która jest wyjątkowo niekorzystna dla jednej ze stron, będąca wynikiem nierównowagi siły pomiędzy owymi stronami, jest nieważna”<sup>19</sup>. Niejasne jest jednak w odniesieniu do owej klauzuli to, jakie kryteria mają być stosowane w praktyce w celu ustalenia, czy dana umowa jest nieważna<sup>20</sup>.

Co więcej, formalnie ta nowa klauzula została sformułowana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w celu zapewnienia właściwej równowagi pomiędzy dwiema różnymi normami konstytucyjnymi. Jest raczej wątpliwe, w jakim stopniu w omawianej sprawie ta klauzula sprawiła, że osiągnięta została właściwa równowaga między powyższymi dwoma uprawnieniami konstytucyjnymi, ponieważ wydaje się ona implikować, że niektóre zobowiązania umowne, mimo tego, iż zostały przyjęte swobodnie, mogą zostać uznane za zobowiązania mające tak poważny wpływ na obowiązki jednej ze stron umowy w zakresie jej prawa do kształtowania osobowości w związku z jej statusem społecznym, że zobowiązanie to będzie niezgodne z konstytucją, a tym samym nieważne. Oznacza to, że być może oba typy norm konstytucyjnych nie są już rozpatrywane w kontekście wagi każdego z nich, ale są raczej interpretowane w taki sposób, ażeby udzielić ochrony słabszej stronie umowy, przypisując jednocześnie mniejszą wagę do interesów strony silniejszej w kontekście danego stosunku obligacyjnego. Sprawia to, że owa klauzula konstytucyjna stanowi doskonałą ilustrację faktu, że „ochrona” praw socjalnych i ich przeciwstawienie innym prawom, takim jak chociażby wolność umów, może powodować deprecjonowanie norm zakodowanych w innych aktach prawnych, zwłaszcza w ustawach prawa prywatnego, ponieważ nie spełniają one standardów tego, co przez sędziów określane jest jako „sprawiedliwość społeczna”<sup>21</sup>. Jest to w istocie główne zagrożenie dla podejścia zaprezentowanego przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w sprawie *Bürgschaft*, czyli podejścia, w którym sprawiedliwość w konkretnym przypadku jest wywodzona z nie do końca jasnych norm wyższego rzędu (np. konstytucyjnych), które mogą być łatwo interpretowane przez sędziów zgodnie z ich własnymi przekonaniem społecznymi, a nie na podstawie obiektywnych kryteriów, co jest tak ważne w praktyce prawnej (jest to podejście odgórne, które jest przedmiotem analizy w kontekście ochrony słabszej strony i jest przedmiotem praw konstytucyjnych).

Przypuszczalnie pragnąc uniknąć tego niebezpieczeństwa – które zostało stworzone przez tok rozumowania Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Bürgschaft* – dziewiąta Izba Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*) próbowała powrócić do bardziej „namacalnych” reguł w prawie umów przy ponownym orzekaniu w sprawie *Bürgschaft* (po tym, jak sprawa ta została skierowana do ponownego rozpoznania przez Federalny Trybunał Konstytucyjny). Trybunał Federalny stwierdził, że umowa zobo-

<sup>18</sup> K. Adomeit, *Die gestörte Vertragsparität*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, tłumaczenie własne: „umowa, która jest niekorzystna dla obu jej stron oraz której wynikiem jest strukturalna nierównowaga siły negocjowania, jest nieważna”.

<sup>20</sup> K. Adomeit bardzo krytycznie odnosi się do owej klauzuli i stwierdza, że wszystkie klasyczne klauzule generalne § 138 i § 242 BGB, które powodowały powszechnie znane problemy metodologiczne, były o wiele łatwiejsze do zrozumienia niż nowa klauzula, która je zastępuje; *ibidem*, s. 2467.

<sup>21</sup> P. Schlechtriem, *The General Clauses in the National Laws: Theory and Practice in Germanic, Dutch and the Scandinavian Legal Systems*, <http://www.secola.org/vortraege/paris/Slechtriem.pdf>, 19–20.

wiązująca może być nieważna jedynie na podstawie § 138 ust. 1 BGB, czyli jeżeli jej charakter, wynikający z jej treści, motywacji i celów razem wziętych, jest sprzeczny z dobrymi obyczajami<sup>22</sup>. „Sam fakt, że treść umowy wprowadza znaczne obciążenie dla córki, nie może podważać ważności zawartej umowy poręczenia”. Jak podkreślił Trybunał, z mocy prawa treść umowy poręczenia zawsze będzie co do zasady jednostronnym zobowiązaniem na rzecz wierzyciela, a ponadto jej struktura zakłada ukształtowanie jej na korzyść jednej ze stron. Według Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*) konstytucja gwarantuje swobodę zawierania umów, co jest jedną z podstawowych zasad współczesnego prawa kontraktów, a to implikuje jednocześnie, że dana osoba jest zasadniczo uprawniona do zawierania ryzykownych transakcji na własną odpowiedzialność i podejmowania zobowiązań, które nie zawsze przewidują dla niej konkretne korzyści. Jednocześnie Trybunał Federalny zwrócił uwagę, że swoboda zawierania umów, która jest chroniona jako jedno z zasadniczych praw, może jedynie wówczas podlegać ochronie, jeżeli obie strony umowy miały możliwość swobodnego podejmowania decyzji. Za odmienny przypadek Trybunał Federalny uznał sytuację córki w sprawie *Bürgschaft*, albowiem bank nie poinformował córki o nieodłącznym ryzyku związanym z udzieleniem poręczenia i tym samym uznał, że umowa była sprzeczna z dobrymi obyczajami (§ 138 ust. 1 BGB), i wobec tego Trybunał stwierdził nieważność owej umowy.

## 5. PODSUMOWANIE

Fakt, że ten sam stopień ochrony słabszej strony może być zrealizowany zarówno na podstawie praw konstytucyjnych, tak jak miało to miejsce w przypadku sprawy *Bürgschaft*, jak również na gruncie norm prywatnoprawnych, co ilustruje doskonale sprawa *O'Brien* i *Van Lanschot Bankiers przeciwko Bink*, jasno dowodzi, iż nie jest do końca oczywiste, że konstytucjonalizacja prawa kontraktów stanowi jakieś nowe zjawisko zastępujące normy prawa prywatnego. Te same problemy związane z utrzymaniem właściwej równowagi pomiędzy wzajemnie sprzecznymi interesami obu stron wchodzi w grę zarówno w przypadku tzw. podejścia odgórnego, wymagającego wzajemnego wyważenia praw konstytucyjnych obu stron, jak i przy próbie takiego samego zabiegu w przypadku oddolnego podejścia w odniesieniu do prawa prywatnego. Dodatkowo abstrakcyjny charakter praw konstytucyjnych, które mogą być postrzegane w różnych aspektach (tak jak miało to miejsce w zakresie prawa do autonomii stron), sprawia, że niezwykle trudna jest do osiągnięcia właściwa równowaga pomiędzy owymi normami oraz wytyczenie jasnych kryteriów, które mogłyby wyjaśnić, w jaki sposób sędziowie powinni postępować w konkretnym przypadku. W związku z priorytetowym celem „sprawiedliwości społecznej” przeciwstawianej jasnemu jurydycznemu rozumowaniu powstaje poważne niebezpieczeństwo tego, że będą zapadały arbitralne rozstrzygnięcia, mające katastrofalne konsekwencje dla pewności obrotu prawnego.

<sup>22</sup> Por. BGH (Bundesgerichtshof) w wyroku z 8 grudnia 1982 r., „Neue Juristische Wochenschrift” 1983, 1851, BGH IX z 28 lutego 1989 r., „Neue Juristische Wochenschrift” 1989, s. 1276 oraz BGH (Bundesgerichtshof) IX Izba w wyroku z 2 listopada 1995 r., „Neue Juristische Wochenschrift” 1996, s. 514.

Zatem jeśli celem konstytucjonalizacji prawa kontraktów jest ochrona słabszej strony, nie ma potrzeby zastępować norm prawa prywatnego normami konstytucyjnymi, albowiem to normy prawa prywatnego są bardziej adekwatne w tego typu stosunkach, dodatkowo spełniają wszystkie kryteria stawiane im przez normy konstytucyjne, a nawet w większości przypadków zapewniają szerszą ochronę aniżeli normy konstytucyjne. Innymi słowy, w przypadku gdy mechanizmy ochronne istnieją już w prawie kontraktów i dają *de facto* bardziej precyzyjne instrumentarium służące ochronie słabszej strony, potrzeba ich zastąpienia przez pojęcia konstytucyjne jest dość wątpliwa. Może to bowiem prowadzić do ponownego, niepotrzebnego rozwiązywania tych samych problemów, które zostały już rozstrzygnięte w prawie kontraktów.

Odwołanie się do norm konstytucyjnych może jedynie być przydatne w takim przypadku, kiedy przewidują one bezpośrednio określone prawa dla słabszej strony, a jednocześnie prawa te nie są przeciwstawione unormowaniom ustanowionym na korzyść strony silniejszej (chodzi tutaj głównie o swobodę zawierania umów). Wobec powyższego jest wysoce wątpliwe, czy konstytucjonalizacja prawa umów poprzez odwoływanie się np. do norm konstytucyjnych takich jak godność człowieka czy autonomia stron jest rzeczywiście czymś nowym, a co więcej – czy jest czymś, co jest korzystne dla ochrony słabszej strony.

Piotr Dudek

## PRZEGLĄD KLUCZOWYCH ORZECZEŃ ZAPADŁYCH W RÓŻNYCH KRAJACH W SPRAWACH ZWIĄZANYCH Z SIECIAMI PEER-TO-PEER

Stały i dynamiczny rozwój techniki komputerowej w ostatnich latach stanowi duże wyzwanie dla ustawodawców, sędziów i wszystkich zajmujących się w praktyce prawem autorskim, a to z powodu tzw. piractwa komputerowego. Terminem tym można nazwać proceder polegający na nielegalnym pozyskiwaniu lub kopiowaniu programów komputerowych, a także innych utworów chronionych prawem autorskim, takich jak utworów muzycznych, filmów czy utworów literackich za pośrednictwem systemów informatycznych i sieci komputerowych. Piractwo komputerowe może przybierać różne formy, lecz obecnie najczęściej występującym i najbardziej rozpowszechnionym rodzajem piractwa jest pozyskiwanie w sposób nieuprawniony utworów chronionych prawem autorskim i ich dalsze udostępnianie za pośrednictwem serwisów do wymiany plików (*file-sharing*). *File-sharing* może przyjąć jedną z kilku form, takich jak serwis hostingowy, serwisy typu *cyber cocker* – np. Megaupload, Rapidshare, czy sieci *peer to peer* (P2P).

Pamiętać należy, że technologia komputerowa rozwija się cały czas. Podobnie nieustannej ewolucji podlegają technologie stosowane przy tworzeniu narzędzi pozwalających na współdzielenie plików. W literaturze podkreśla się, że dotychczas można wyodrębnić cztery generacje technologii umożliwiających *file-sharing*<sup>1</sup>. Jednakże w niniejszym opracowaniu szczególny akcent zostanie położony na sieci P2P, które w ostatnich czasach wyrosły na główne narzędzie dystrybuowania i udostępniania plików w Internecie.

Dostęp do szybkiego, szerokopasmowego Internetu oraz coraz to bardziej zaawansowane technologie i rozwiązania serwisów P2P spowodowały, że obecnie stworzenie wprost idealnej kopii utworu w krótkim lub bardzo krótkim czasie jest niezwykle łatwe i dostępne niemal dla każdego użytkownika sieci komputerowej.

Oczywiście, jak można było przewidywać, przedstawiciele przemysłu kreatywnego zareagowali szybko i zdecydowanie, angażując w walkę przeciwko sieciom P2P zarówno sądy, jak i ustawodawcę. Jednakże, jak podkreśla K. Sideri, technologia i sieci P2P

---

<sup>1</sup> A. Murray, *Information Technology Law. The Law and Society*, Oxford University Press 2010, s. 234.



nie zostały stworzone w celu dokonywania naruszeń prawa autorskiego<sup>2</sup>. Autor tego stwierdzenia dokonał swoistej subsumcji angielskiego orzeczenia w sprawie *CBS Songs v. Amstrad*<sup>3</sup> do nowego stanu faktycznego, tj. do technologii początku XXI wieku, pozwalającej na błyskawiczne dzielenie się plikami z użytkownikami z całego świata – do sieci P2P. W wyroku tym Izba Lordów musiała zmierzyć się z kwestią, czy producent magnetofonu dwukasetowego może być uznany za podmiot umożliwiający nielegalne kopiowanie, a co za tym idzie – za podmiot ponoszący pośrednią odpowiedzialność (*secondary liability* albo *indirect liability*) za naruszenie prawa autorskiego. Podkreślając, że reklama przedmiotowego magnetofonu zawierała ostrzeżenie przed dokonywaniem czynności mających na celu naruszenie prawa autorskiego, Izba Lordów stanęła na stanowisku, iż urządzenie to mogło być, i rzeczywiście było, używane do celów w pełni legalnych i akceptowalnych, natomiast decyzja co do tego, w jaki sposób użyć magnetofonu dwukasetowego, każdorazowo należała do jego użytkownika.

Orzeczenie to w pewnym stopniu przypomina wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie *Betamax*<sup>4</sup>. Przy minimalnej większości 5 do 4 Sąd orzekł, że Sony nie może być uznana za firmę pośrednio odpowiedzialną za naruszenia prawa autorskiego, jako że produkowany przez tę spółkę domowy magnetowid mógł się pochwalić legalnym zastosowaniem (nagrywanie z przesunięciem czasowym – *timeshifting*).

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez K. Sideri<sup>5</sup> sieci P2P stanowią również narzędzie do samplowania muzyki, tworzenia składanek muzycznych oraz do odkrywania muzyki nieznanymi lub zapomnianymi artystów z przeszłości. Taka funkcja sieci P2P jest o tyle godna wspomnienia, że w niektórych systemach prawnych dozwolone jest zwielokrotnianie utworów chronionych prawem autorskim na własny użytek. Tytułem przykładu w Kanadzie ściągnięcie na twardego dysku komputera utworu muzycznego na własny użytek nie stanowi niedozwolonego kopiowania (art. 80 ust. 1 ustawy o prawie autorskim<sup>6</sup>). Niemniej jednak sieci P2P pozostają tematem kontrowersyjnym i zasługującym na głębszą analizę.

## ORZECZNICTWO W SPRAWACH ZWIĄZANYCH Z P2P – SPRAWY PRZECIWKO TWÓRCOM I DYSTRYBUTOROM OPROGRAMOWANIA

### NAPSTER

Napster, stworzony przez Shawna Fanninga, był pierwszym systemem P2P, który zdobył ogólnosiwiatową popularność. Jako system scentralizowany opierał się na centralnym serwerze, który przechowywał tylko dane dotyczące plików użytkowników. Taka

<sup>2</sup> K. Sideri, *The Regulation of Peer-to-Peer File-Sharing Networks: Legal Convergence v. Perception Divergence*, (w:) *New Directions in Copyright Law, Volume 1*, F. Macmillan (red.), Edward Elgar Publishing 2005, s. 216.

<sup>3</sup> *CBS Songs v. Amstrad Consumer Electronics*, [1988] AC 1013; [1988] 2 W.L.R. 1191; [1988] 2 All.E.R.484.

<sup>4</sup> *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, 480 F.Supp. 429 (CD Cal. 1979), 659 F.2d 963 (9<sup>th</sup> Cir. 1981), 464 US 417, 220 USPQ 665 (1984).

<sup>5</sup> K. Sideri, *The Regulation*, s. 217.

<sup>6</sup> Copyright Act (R.S.C. 1985 c. C-42).

struktura, w ocenie twórców, zapewniała Napsterowi pewien stopień bezpieczeństwa przed postępowaniami o naruszenie praw autorskich. Jednakże mimo to pozew został złożony<sup>7</sup>. Powód twierdził, że twórcy Napster winni być uznani za odpowiedzialnych za naruszenie prawa autorskiego, jako że mieli wiedzę na temat działań użytkowników systemu stojących w sprzeczności z normami prawa własności intelektualnej. Co więcej, w pozwie postawiono tezę, że twórcy systemu niejako zachęcali użytkowników do działania niezgodnego z prawem autorskim poprzez udostępnianie narzędzi i infrastruktury. Podniesiono również, że Napster czerpał korzyści z niezgodnego z prawem działania użytkowników.

Sąd Obwodowy wydał tymczasowy zakaz „wykonywania lub pomagania innym do wykonywania czynności: kopiowania, zgrywania, przesyłania, przekazywania i dystrybuowania utworów muzycznych powodów oraz nagrań chronionych prawem federalnym bądź krajowym bez wyraźnej zgody osób uprawnionych”<sup>8</sup>. Pozwany złożył odwołanie do Federalnego Sądu Apelacyjnego dla Dziewiątego Okręgu<sup>9</sup> i 12 lutego 2001 r. sędzia Robert R. Beezer wydał wyrok, uznawany za kamień milowy w sprawach dotyczących sieci P2P.

Sąd przyznał, że „użytkownicy sieci Napster masowo kopiowali i dystrybuowali kopie utworów chronionych prawem autorskim, co stanowiło bezpośrednie naruszenie tego prawa”<sup>10</sup>. Fakt, że Napster nigdy jako taki nie wykonał żadnej kopii któregośkolwiek z utworów, nie ma w świetle stanu faktycznego sprawy żadnego znaczenia, jako że ustalenie bezpośredniego (pierwszorzędnego) naruszenia prawa autorskiego po stronie użytkowników systemu jest wystarczające do uznania Napster za odpowiedzialnego pośrednio.

Sąd następnie odrzucił wszystkie argumenty, które wytaczał pozwany. Zdaniem sądu w niniejszej sprawie nie mógł znaleźć zastosowania żaden z wyjątków, na które powoływał się pozwany. Podczas postępowania stwierdzono, że pozwany wiedział, iż niektórzy użytkownicy systemu naruszają prawo autorskie. Sąd stwierdził, że Napster był w stanie zablokować dostęp do systemu osobom udostępniającym kopie chronionych utworów oraz że nie zdołał powstrzymać tego procederu<sup>11</sup>.

Co do kwestii korzyści majątkowych, sąd orzekł, że działalność twórców Napster była nakierowana na przyciągnięcie potencjalnych nowych użytkowników. Model biznesowy zakładał, że wraz z rosnącą liczbą użytkowników zwiększałyby się również dochody Napstera.

Sprawa *Napster* pokazuje, że ochrona prawa autorskiego w środowisku cyfrowym niesie za sobą wiele pytań, które wymagają wyraźnego postawienia i udzielenia odpowiedzi. W niniejszej sprawie podmiot, który stworzył i udostępnił platformę do wymiany plików, został uznany za pośrednio odpowiedzialny naruszeniom prawa autorskiego. Pośrednio w rezultacie niekorzystnego wyroku Napster zaczął tracić na znaczeniu i szybko został zmarginalizowany.

<sup>7</sup> *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, 114 ESupp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, 239 F3d 1004 (2001)

<sup>10</sup> *Ibidem*, § 17.

<sup>11</sup> *Ibidem*, § 57.

## GROKSTER

Kolejną interesującą sprawą toczącą się w Stanach Zjednoczonych był spór zakończony orzeczeniem Sądu Najwyższego w sprawie *Metro-Goldwyn-Meyer Studios Inc. et al. v. Grokster Ltd*<sup>12</sup>. Podczas gdy sądy niższego stopnia oparły swoje orzeczenia na założeniu, że do technologii P2P należy analogicznie zastosować wyrok w sprawie *Betamax*, o którym mowa była powyżej, to Sąd Najwyższy poszedł inną drogą, stojąc na stanowisku, iż obie technologie są zbyt różne, by stosować wobec nich takie same kryteria.

Sąd orzekł, że pozwany działał w celu naruszenia prawa autorskiego poprzez użycie oprogramowania umożliwiającego niezgodne z prawem działanie. Stwierdzono, że swoista równowaga pomiędzy ochroną a innowacją, która została ustanowiona w orzeczeniu *Betamax*, nie ma zastosowania do działań pozwanego. W niniejszej sprawie działania pozwanego dalece wykraczały poza sferę marketingu własnego produktu i jego dystrybucji (jak to miało miejsce w sprawie *Betamax*). Pozwany nie tylko nie informował użytkowników o konsekwencjach nielegalnego kopiowania i udostępniania materiałów chronionych prawem autorskim, lecz wręcz zachęcał do takich działań.

Sąd Najwyższy nie był zainteresowany samym mechanizmem działania technologii, na której opierał się Grokster. W odróżnieniu też od sądów niższego stopnia nie badał, czy Grokster mógł być używany do celów w pełni legalnych. Zastosował natomiast do niniejszej sprawy instytucję znaną amerykańskiemu prawu patentowemu, a mianowicie tzw. *active inducement*. Zgodnie ze stwierdzeniem Sądu Najwyższego instytucja ta, na gruncie technologii pozwalającej na współdzielenie plików, polega na tym, że dystrybuje się oprogramowanie do udostępniania plików, jednocześnie podkreślając możliwość wykorzystania go do naruszenia prawa autorskiego, czy to poprzez odpowiednie działania marketingowe, czy inne, mające na celu promowanie niedozwolonej działalności<sup>13</sup>. Odpowiedzialność pozwanych została stwierdzona (wiedzieli oni o przypadkach niezgodnego z prawem działania użytkowników, ignorowali zawiadomienia kierowane do nich przez powodów, a dotyczące naruszeń ich praw autorskich). Ponadto pozwani reklamowali swoją platformę jako „następcę Napstera”, co zdaniem Sądu jednoznacznie wskazywało na chęć pozyskania byłych użytkowników tego systemu.

## KAZAA

*BUMA & STEMRA v. Kazaa*<sup>14</sup> jest kolejną, bardzo interesującą sprawą związaną z technologią P2P, która tym razem toczyła się i została rozstrzygnięta w Holandii, gdzie obowiązuje system prawa cywilnego. Pozwanym w opisywanym sporze był holenderski dystrybutor popularnej aplikacji obsługującej sieć P2P – Kazaa. Pozew został wniesiony przez stowarzyszenie BUMA i fundację STEMRA, które łącznie działają jako aktywna na terenie Holandii organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi.

W pierwszej instancji sąd nakazał pozwanemu przedsięwziąć wszelkie niezbędne kroki w celu zapobieżenia dalszemu wykorzystywaniu oprogramowania Kazaa w celu naruszenia praw autorskich, pod rygorem obowiązku zapłaty kwoty 100 000 guldenów dziennie (maksymalnie 2 miliony guldenów). Jednakże pozwani stwierdzili, że nie są

<sup>12</sup> *Metro-Goldwyn-Meyer Studios Inc. et al. v. Grokster Ltd*, 545 US 913 (2005).

<sup>13</sup> *Ibidem*, § 936–937.

<sup>14</sup> *Vereniging BUMA & Stichting STEMRA v. Kazaa B.V.*

w stanie wykonać tego orzeczenia, dlatego też podjęli decyzję o zamknięciu strony internetowej, z której można było dotychczas pobierać oprogramowanie do korzystania z sieci P2P. Jednakże niedługo potem, na skutek apelacji złożonej przez pozwanych, sprawę rozpatrywał już sąd drugiej instancji – Sąd Apelacyjny w Amsterdamie.

W krótkim orzeczeniu wydanym 29 listopada 2002 r. Sąd Apelacyjny orzekł, że Kazaa nie naruszyła holenderskiego prawa własności intelektualnej, nawet przy założeniu, iż użytkownicy oprogramowania dystrybuowanego przez pozwanych dopuszczali się zachowań niedopuszczalnych z punktu widzenia prawa autorskiego. Sąd stwierdził, że oprogramowanie oferowane przez Kazaa nie służyło wyłącznie do naruszania prawa autorskiego. Co więcej, uznanie w oczach sądu zyskał argument pozwanego poparty odpowiednim materiałem dowodowym, z którego wynikało, że duża liczba utworów była dystrybuowana w ramach sieci P2P za wyraźną zgodą autorów, była już częścią domeny publicznej lub wreszcie – ich rozpowszechnianie mieściło się w zakresie wyjątków i ograniczeń przewidywanych przez holenderskie prawo autorskie.

Sąd Apelacyjny stwierdził jednoznacznie, że brak centralnego serwera spowodował, iż niemożliwe było wykrycie i rozróżnienie przez pozwanego plików zawierających utwory chronione prawem autorskim i rozpowszechniane z naruszeniem prawa od tych niepodlegających ochronie. Tym samym Kazaa nie była w stanie wprowadzić skutecznej blokady. Sąd orzekł, że zważywszy na fakt teoretycznego i praktycznego legalnego wykorzystania oprogramowania pozwanego, nie jest możliwe uznanie Kazaa za podmiot odpowiedzialny (nawet pośrednio) za naruszenia prawa autorskiego dokonujące się za pośrednictwem oprogramowania Kazaa. Pogląd ten został następnie potwierdzony przez Holenderski Sąd Najwyższy w wyroku z 19 grudnia 2003 r.<sup>15</sup>

#### KAZAA – CASUS AUSTRALIJSKI

Oprogramowanie Kazaa było przedmiotem postępowania sądowego również w Australii, w sprawie *Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd*<sup>16</sup>. W wyroku wydanym 5 września 2005 r. przez Federalny Sąd Australii sędzia Wilcox uznał pozwanych za odpowiedzialnych pośrednio naruszaniu prawa autorskiego. Stwierdził, że Sharman udostępnił innym podmiotom narzędzie umożliwiające naruszenie prawa autorskiego<sup>17</sup>.

W obszernym orzeczeniu sędzia Wilcox stwierdził, że „mając na uwadze całokształt materiału dowodowego, należy stwierdzić, iż Sharman naruszył prawo autorskie przysługujące powodowi w odniesieniu do poszczególnych utworów poprzez umożliwienie użytkownikom Kazaa tworzenie kopii tych utworów i udostępnianie ich innym użytkownikom sieci”<sup>18</sup>.

Zdaniem sądu, mimo że oprogramowanie pozwalające użytkownikowi korzystać z sieci Kazaa mogło być używane do celów zgodnych z obowiązującym prawem i nie wiązało się w sposób konieczny z naruszaniem praw autorskich, to przypadki takiego właśnie wykorzystania narzędzia stanowiły marginalną część całej aktywności użyt-

<sup>15</sup> *Vereniging BUMA & Stichting STEMRA v. Kazaa B.V.*, Case no. C02/186HR.

<sup>16</sup> *Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd*, [2005] FCA 1242.

<sup>17</sup> Tym samym naruszając art. 101 australijskiej ustawy o prawie autorskim [Copyright Act 1968 (Law no. 63 of 1968)].

<sup>18</sup> *Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd*, [2005] FCA 1242, § 420.

kowników Kazaa<sup>19</sup>. Jednakże sędzia Wilcox wyraził swoje obawy co do ewentualnego skutku, jaki na delikatny stan równowagi uprawnień wszystkich uczestników „łańcucha dystrybucji” utworów chronionych prawem autorskim mógłby mieć nakaz konkretnego zachowania się orzeczony wyrokiem. Stwierdził: „nie chciałbym nałożyć na pozwanych obowiązku, któremu nie mogliby uczynić zadość, takiego jak absolutny zakaz współdzielenia plików, nawet takich, których rozpowszechnianie i kopiowanie nie narusza niczych praw autorskich. Pozwani winni mieć możliwość zmodyfikowania systemu Kazaa w taki sposób, żeby chronić interesy powodów wypływające z prawa własności intelektualnej (...) lecz bez zbędnego ingerowania w swobodę wypowiedzi i komunikowania się”<sup>20</sup>.

Pomimo tych obaw sędzia Wilcox wydał wyrok, w którym nakazał pozwanym zmodyfikowanie oprogramowania poprzez wprowadzenie dwóch rodzajów filtrów: blokującego wyniki wyszukiwania, w których pojawiałyby się tytuły utworów lub inne słowa kluczowe pokrywające się z pozycjami z listy dostarczonej przez wytwórnie płytowe i organizacje zbiorowego zarządzania oraz powodującego wyświetlanie jako wyników wyszukiwania jedynie utworów licencjonowanych.

Wyrok ten był szeroko komentowany jako wielkie zwycięstwo przemysłu płytowego i branży muzycznej nad twórcami oprogramowania do pobierania plików i dzielenia się nimi. Warto tu zwrócić uwagę na fakt, iż istnieje hipotetyczna możliwość, że gdyby ta sprawa była sądzona w Stanach Zjednoczonych, jej wynik mógłby być zgoła inny. Można przypuszczać, że decydującą rolę odegrałby (a przynajmniej mógłby odegrać) precedens sprzed trzydziestu lat, a mianowicie sprawa *Betamax*. Można z pewną dozą prawdopodobieństwa powiedzieć, że sąd amerykański dużą wagę przywiązałby do kwestii możliwego, potencjalnego użycia danego narzędzia (w tym przypadku oprogramowania), podczas gdy sąd w Australii skupił swoją uwagę raczej na faktycznym użyciu.

W literaturze<sup>21</sup> podkreśla się, że dotychczas nie było godnej odnotowania sprawy toczącej się przeciwko twórcom oprogramowania P2P w Wielkiej Brytanii. Należy oczywiście pamiętać o tak doniosłych orzeczeniach, jak decyzja w sprawie *Newzbin*<sup>22</sup> czy *Newzbin 2*<sup>23</sup>, jednakże nie będą one stanowiły przedmiotu rozważań w niniejszym opracowaniu, jako że nie dotyczą one tematyki sieci P2P *sensu stricto*, lecz strony indeksującej. *Newzbin* współpracował z systemem Usenet i działał jak wyszukiwarka, która przedstawiała użytkownikowi listę plików znajdujących się w Usenet, zgodnych z wyszukiwanym terminem.

Taki stan rzeczy każe spekulować, jakie podejście wybrałyby angielskie sądy w przypadku konieczności zmierzenia się z tematem P2P. Czy byłoby to podejście nawiązujące do ducha decyzji w sprawie *CBS Songs v. Amstrad*, czy też sędziowie w Albionie przyjęliby rozwiązanie podobne do tego zaprezentowanego w Australii, w omówionej powyżej sprawie *Sharmar*. Obie opcje należy uznać za jednakowo prawdopodobne. Innymi sło-

<sup>19</sup> *Idem*, § 184

<sup>20</sup> *Idem*, § 520

<sup>21</sup> D. Rowland, U. Kohl, A. Charlesworth, *Information Technology Law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2012, s. 339.

<sup>22</sup> *Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor v. Newzbin Ltd*, [2010] EWHC 608 (Ch).

<sup>23</sup> *Twentieth Century Fox Film Corporation & Others v. British Telecommunications plc*, [2011] EWHC 1981 (Ch).

wy, obecnie główną kwestią, która w potencjalnej sprawie dotyczącej sieci P2P winna być rozstrzygnięta przez angielski sąd, winno być zajęcie stanowiska co do tego, czy decydujący winien być możliwy potencjalnie sposób użycia systemu (czy system/sieć może być używana do celów w pełni legalnych, niezwiązanych z naruszaniem prawa autorskiego), czy też sposób, w jaki system jest rzeczywiście używany.

### KOGO POZYWAĆ? ISP

Występowanie z roszczeniami wobec twórców i dystrybutorów oprogramowania, jakkolwiek słuszne i naturalne może się wydawać, nie wyczerpuje możliwości dochodzenia uprawnień przez podmioty, których prawo autorskie zostało naruszone. W niektórych przypadkach sprawy toczą się przeciwko dostawcom usług internetowych (ISP). Istnieje pogląd<sup>24</sup>, zgodnie z którym ISP są stroną pozwaną w postępowaniach, w których powód żąda naprawienia szkody, lecz nie jest w stanie w sposób niebudzący wątpliwości wskazać lub zidentyfikować podmiotu bezpośrednio odpowiedzialnego za naruszenie.

Należy jednakże mieć na uwadze, że przepisy w niektórych krajach dają dostawcom usług internetowych stosunkowo szeroki katalog sytuacji, w których nie ponoszą oni odpowiedzialności. W Stanach Zjednoczonych są to tzw. bezpieczne przystanie (*safe harbours*) i zostały one wyszczególnione w § 512(a) United States Copyright Act (USCA)<sup>25</sup>. W Europie ten swoisty „immunitet” związany ze zwykłym przekazem (*mere conduit*) został przewidziany w art. 12 dyrektywy o handlu elektronicznym<sup>26</sup>. Przepis ten został implementowany do polskiego systemu prawnego przez art. 12 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. nr 144, poz. 1204). W Wielkiej Brytanii natomiast przepis ten ma odzwierciedlenie w regulacji z 2003 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>27</sup>. Jednocześnie art. 8 ust. 3 dyrektywy o prawie autorskim<sup>28</sup> wymaga od państw członkowskich zapewnienia wprowadzenia odpowiednich środków prawnych przeciwko przekaźnikom, których usługi używane są przez osoby trzecie do działań mających za przedmiot naruszenie prawa autorskiego.

### SPRAWA SABAM

Jedną z ciekawszych spraw związanych z technologią P2P toczących się przeciwko dostawcom usług internetowych jest *SABAM v. Tiscali (Scarlet)*, która miała swój początek w Belgii. Tiscali, przejęty następnie przez Scarlet Extender S.A., belgijski dostawca usług internetowych, został pozwany przez Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) – Belgijskie Stowarzyszenie Pisarzy, Kompozytorów i Wydawców. Sąd pierwszej instancji w Brukseli (Tribunal de premiere instance de Bruxelles)<sup>29</sup> w czerwcu 2007 r. nakazał pozwanym zastosowanie wszelkich dostępnych metod w celu zapobieżenia

<sup>24</sup> D. Rowland, U. Kohl, A. Charlesworth, *Information Technology Law*, s. 341.

<sup>25</sup> Dodany przez ustawę z 1998 roku „Online Copyright Infringement Liability Limitation Act”.

<sup>26</sup> Dyrektywa 2000/31/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego.

<sup>27</sup> SI 2003/2498.

<sup>28</sup> Dyrektywa 2001/29/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów prawa autorskiego i praw pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym.

<sup>29</sup> Sprawa o sygn. akt 04/8975/A.



dalszemu naruszaniu praw autorskich, którymi zarządza SABAM. Sąd sugerował zainstalowanie oprogramowania filtrującego, które uniemożliwi użytkownikom korzystającym z usług internetowych dostarczanych przez Tiscali (Scarlet) dostęp do plików elektronicznych naruszających prawa autorskie za pośrednictwem systemów P2P. Pozwany odwołał się od rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji do Sądu Apelacyjnego (Cour d'appel de Bruxelles), zarzucając powyższemu rozstrzygnięciu sprzeczność z prawem europejskim. Pozwani podnosili, że generalny obowiązek monitorowania aktywności w sieci, który został na Tiscali (Scarlet) *de facto* nałożony, narusza przepisy dyrektywy o handlu elektronicznym. Sąd Apelacyjny zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wyjaśnienie, czy prawo europejskie zezwala sądom państw członkowskich wydawać takie nakazy, na mocy których ISP byłby zobowiązany do zastosowania (na swój własny koszt i na czas nieokreślony), jako środka generalnego o charakterze prewencyjnym, systemu filtrującego komunikację odbywającą się za pośrednictwem sieci komputerowej, w celu zapobieżenia nieuprawnionemu pobieraniu i udostępnianiu plików.

Trybunał w orzeczeniu wydanym 24 listopada 2011 r.<sup>30</sup> stwierdził, że decyzja sądu pierwszej instancji z czerwca 2007 r. była sprzeczna z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym, który w ust. 1 stanowi, iż państwa członkowskie nie nakładają na usługodawców (...) ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują, ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność. Odnosząc się do tego przepisu, Trybunał stwierdził, że omawiany wyrok sądu pierwszej instancji w Brukseli *de facto* obowiązywał Tiscali (Scarlet) do aktywnego monitorowania wszystkich danych przesyłanych przez wszystkich użytkowników w celu zapobieżenia naruszeniom praw własności intelektualnej.

W niniejszym stanie faktycznym nakazane przez sąd pierwszej instancji zachowanie nie dość, że naraziłoby usługodawcę na duże koszty i trudności logistyczne, to jeszcze prawdopodobnie naruszyłoby podstawowe prawa i wolności użytkowników korzystających z usług Tiscali (Scarlet), a w szczególności prawa do ochrony danych osobowych i prawa do informacji. System monitorujący skutkowałby systematyczną analizą wszelkiej komunikacji oraz zbieraniem i identyfikacją adresów IP użytkowników, z których były wysyłane treści naruszające przepisy obowiązującego prawa (adresy IP stanowią chronione dane osobowe). Poza tym takie działanie ISP mogłoby potencjalnie naruszyć wolność informacji, jako że system mógłby mieć trudności z rozróżnieniem treści nielegalnych i tych zupełnie nieszkodliwych, co w rezultacie mogłoby prowadzić do blokowania legalnej komunikacji internetowej.

## iiNET

Warto choć w kilku słowach wspomnieć również o wyroku w sprawie *Roadshow Films Pty Limited v. iiNet Limited*<sup>31</sup>. Sąd Najwyższy Australii, utrzymując w mocy wyrok Sądu Federalnego<sup>32</sup>, potwierdził ustalenia poczynione przez sąd niższej instancji, zgodnie z którymi dostawca usług internetowych nie ponosi odpowiedzialności za naruszające

<sup>30</sup> Case C-70/10 *Scarlet Extended SA v. SABAM* [2010] OJ C113/20.

<sup>31</sup> *Roadshow Films Pty Limited v. iiNet Limited* [2012] HCA 16.

<sup>32</sup> [2011] FCAFC 23.

prawo autorskie działania użytkowników Internetu. Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że z samego faktu, iż iiNet nie reagował na zawiadomienia ze strony powodów dotyczące prawdopodobnego naruszenia prawa autorskiego, nie można wywodzić wniosku, że ISP w jakikolwiek sposób sankcjonował niezgodne z prawem zachowania użytkowników.

#### PROMUSICAE

Dosyć znanym kazusem dotyczącym odpowiedzialności usługodawców internetowych w świetle sieci P2P jest orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Promusicae*<sup>33</sup>. Trybunał musiał zmierzyć się z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym konfliktu pomiędzy prawem własności intelektualnej a prawem do prywatności. W swojej opinii Rzecznik Generalny Joanne Kokott stwierdziła, że pomimo iż prawo do prywatności jest wartością fundamentalną, to jednak ochrona prawa autorskiego również zasługuje na poczesne miejsce, jako że przemawia za nią istotny interes społeczny, a doniosłość tego interesu była wielokrotnie podkreślana przez Wspólnotę<sup>34</sup>. Jednakże jednocześnie Joanne Kokott stwierdziła, że można zająć stanowisko, iż prywatne współdzielenie plików, w szczególności jeżeli nie pociąga za sobą chęci zysku, nie zagraża interesom osób uprawnionych z tytułu prawa autorskiego na tyle, by wziąć górę nad ochroną np. danych osobowych<sup>35</sup>.

Trybunał w wyroku z 28 stycznia 2008 r. doszedł do przekonania, że prawo europejskie nie wymaga od dostawcy usług internetowych ujawniania podmiotom komercyjnym zwracającym się z takim żądaniem danych identyfikujących użytkowników na potrzeby toczącego się lub planowanego postępowania sądowego. Z drugiej strony Trybunał zważył, że prawo europejskie nie zakazuje państwom członkowskim uchwalania przepisów, które przewidywałyby dla ISP taki obowiązek.

Analizując to orzeczenie, można stwierdzić, że Trybunał wykazał w niniejszym stanie faktycznym, iż jest niezdolny do zajęcia jednoznacznego, zdecydowanego stanowiska w sprawie skomplikowanej i kontrowersyjnej. Jednakże z drugiej strony wyrok ten stanowi dowód na to, że nadal poszukiwana jest równowaga, swoisty balans pomiędzy ochroną prawa autorskiego a ochroną wolności i praw użytkowników Internetu.

#### THE PIRATE BAY – SZWEDZKI EPIZOD

31 maja 2006 r. policja wkroczyła do siedziby The Pirate Bay (TPB) i zarekwirowała wszystkie 186 serwerów. Jednocześnie Gottfrid Svartholm, Mikael Viborg i Fredrik Neij odpowiedzialni za działanie TPB zostali zatrzymani i przesłuchani na okoliczność naruszania praw autorskich (później, 31 stycznia 2008 r., zostali oni oskarżeni o pomocnictwo w naruszaniu prawa autorskiego).

17 kwietnia 2009 r. sąd w Sztokholmie uznał wszystkich trzech oskarżonych za winnych. Zostali oni skazani na rok więzienia. Dodatkowo każdy z nich miał zapłacić odszkodowanie w wysokości 30 milionów koron szwedzkich. Wyrok Sądu Apelacyjnego

<sup>33</sup> Case 275/06 *Productores de Musica de Espana v. Telefonica de Espana* [2008] ECR I-271.

<sup>34</sup> *Arg. ex* Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott w sprawie 275/06 wydana 19 czerwca 2007 r., § 105.

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 106–107.

z 26 listopada 2010 r. skrócił karę pozbawienia wolności, ale jednocześnie zwiększył wysokość odszkodowania.

### THE PIRATE BAY – PODEJŚCIE ANGIELSKIE

W tym roku zapadł wyrok w interesującej sprawie *Dramatico Entertainment v. British Sky Broadcasting*<sup>36</sup>. Postępowanie to toczyło się przeciwko ISP, a jego celem było zmuszenie usługodawcy internetowego do zablokowania dostępu do TPB. Sędzia Arnold stwierdził: „w niniejszej sprawie rozważone przeze mnie kwestie związane z przyzwoleniem na naruszanie praw własności intelektualnej prowadzą do konstatacji, że operatorzy TPB zachęcają, czy też podlegają użytkownikom do naruszania prawa autorskiego, a ci z kolei dokonują bezpośredniego naruszenia (...) Są oni łącznie odpowiedzialni za naruszenia dokonane przez użytkowników”<sup>37</sup>.

Użytkownicy naruszyli art. 17 ustawy o prawie autorskim, wzorach i patentach (CDPA)<sup>38</sup> (zwielokrotnianie) i art. 20 CDPA (rozpowszechnianie), podczas gdy operatorzy TPB przyzwolali na takie zachowanie użytkowników. Sędzia Arnold uznał, że twórcy TPB nie mogą się przed takim zarzutem bronić, twierdząc, iż nie mogli naruszyć prawa autorskiego, jako że prawa takiego w ogóle nie uznają<sup>39</sup>.

2 maja 2012 r. sędzia Arnold wydał orzeczenie, w którym stwierdził, że pięciu z sześciu usługodawców internetowych (British Sky Broadcasting Ltd, Everything Everywhere Ltd, Talktalk telecom Group Plc, Telefonica UK Ltd i Virgin Media Ltd) zgodziło się na warunki nakazu, zgodnie z którym winien zostać zablokowany dostęp do TPB. Sędzia Arnold dokonał badania celowości wprowadzenia przedmiotowego nakazu oraz jego wpływu na równowagę praw i interesów wszystkich zainteresowanych stron. Stwierdził on, odnosząc się do wcześniejszego orzeczenia *Golden Eye v. Telefonica UK*<sup>40</sup>, że proporcjonalność nakazu wymaga ustalenia z dwóch powodów. Po pierwsze, art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/48/EC z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej i przemysłowej nakłada ogólny obowiązek zachowania proporcjonalności środków stosowanych w celu egzekwowania przestrzegania praw własności intelektualnej<sup>41</sup>. Po drugie zaś Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że stosując środki mające na celu ochronę prawa autorskiego, sąd państwa członkowskiego winien zrównoważyć prawa i interesy: z jednej strony ochrony prawa własności intelektualnej, a z drugiej – podstawowych praw i wolności jednostki, które mogą być poprzez zastosowanie takiego środka naruszone.

Sędzia Arnold stanął na stanowisku, że słuszne jest uznanie, iż ochrona prawa własności (wynikającego z art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) przysługująca powodowi przeważa w tym stanie faktycznym nad potrzebą ochrony z art. 10 Konwencji (wolność słowa). Jakkolwiek na pierwszy rzut

<sup>36</sup> *Dramatico Entertainment Ltd and others v. British Sky Broadcasting and others*, [2012] EWHC 268 (Ch); [2012] EWHC 1152 (Ch).

<sup>37</sup> [2012] EWHC 268 (Ch), § 83.

<sup>38</sup> Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48).

<sup>39</sup> *Ibidem*, § 81.

<sup>40</sup> *Golden Eye (International) Ltd v. Telefonica UK Ltd*, [2012] EWHC 723 (Ch).

<sup>41</sup> Sprawą dobrze ilustrującą zakres i ducha tej regulacji jest postępowanie *C-324/09 L’Oreal SA v. eBay International AG* [2011].

oka taka gradacja praw może się wydać dziwna, to należy zważyć, że omawiany stan faktyczny jest szczególnie. Zgodnie z raportem sporządzonym przez dr. Davida Price'a<sup>42</sup> BitTorrent w wielkim stopniu przyczynia się do niezgodnego z prawem transferu danych w Internecie (11,4%). Zgodnie z raportem jedynie jeden plik na 10 000 badanych udostępnianych w sieci BitTorrent nie naruszał żadnych praw osób trzecich<sup>43</sup>.

Powyższe argumenty, zdaniem sędziego Arnolda, przemawiały za uznaniem, że nakaz, zgodnie z którym usługodawca internetowy winien blokować dostęp do TPB swoim użytkownikom, jest proporcjonalny, wyważony i w sposób należyty chroni prawa własności intelektualnej powodów. Oczywiście można zastanawiać się, czy nakaz taki nie narusza praw osób, które korzystają z przedmiotowej strony w celach jak najbardziej legalnych. Jednakże, jak było już wspomniane, legalne treści dostępne poprzez TPB stanowią nieliczny odsetek wszystkich plików.

## PODSUMOWANIE

Powyższy przegląd oczywiście nie jest opracowaniem kompletnym i całkowicie wyczerpującym temat walki z niezgodnym z prawem rozpowszechnianiem plików za pośrednictwem sieci *peer to peer*. Celem tego elaboratu było jedynie wskazanie problemów, z jakimi stykają się sądy na całym świecie, oraz rozwiązań przez nie stosowanych. Należy przyjąć, że wraz z nadal postępującym rozwojem technik komputerowych będą pojawiały się coraz to nowe narzędzia służące do przekazywania i rozpowszechniania plików elektronicznych zawierających treści podlegające ochronie prawnej.

Orzeczenia omówione powyżej zostały dobrane w taki sposób, by ukazać różnorodność podejść do problemu współdzielenia plików w różnych krajach. Orzeczenia te były wydawane w sprawach toczących się przeciwko producentom/dystrybutorom oprogramowania do sieci P2P oraz przeciwko dostawcom usług internetowych. Należy zadać pytanie, czy tego typu postępowania spełniają swój cel? Czy są one efektywne? Czy miliony dolarów wydawane przez podmioty z branży filmowej i muzycznej, a także organizacje zbiorowego zarządzania, na spory, opinie biegłych i zastępstwo procesowe, zwracają się powodom? Co do tego można mieć wątpliwości. W miejsce zablokowanego serwisu P2P powstają następne, jeszcze bardziej zaawansowane technologicznie. Każde następne „pokolenie” serwisów P2P ewoluje z poprzedniego w taki sposób, by uniknąć ryzyka pozwu ze strony właścicieli prawa autorskiego, albo przynajmniej to ryzyko zmniejszyć.

---

<sup>42</sup> Dr David Price, *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, January 2011, dostępny na: [http://documents.envisional.com/docs/Envisional-Internet\\_Usage-Jan2011.pdf](http://documents.envisional.com/docs/Envisional-Internet_Usage-Jan2011.pdf)

<sup>43</sup> Dr David Price, *Technical Report*, s. 10.

# Najnowsze orzecznictwo

Zbigniew Strus

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z ZAKRESU PRAWA I POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

### I. PRAWO MATERIALNE

#### WYNAGRODZENIE ZA KORZYSTANIE Z RZECZY WSPÓLNEJ

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 19 marca 2013 r., sygn. III CZP 88/12, rozstrzyga zagadnienie prawne przedstawione przez Pierwszego Prezesa SN w postaci pytania: Czy w razie osobistego korzystania przez jednego ze współwłaścicieli z rzeczy wspólnej lub jej części w sposób niezgodny z określonym w art. 206 k.c. pozostałym współwłaścicielom przysługują przeciwko niemu roszczenia o rozliczenie uzyskanej w ten sposób korzyści wynikające z prawa rzeczowego, a jeżeli tak, to które przepisy księgi drugiej Kodeksu cywilnego są ich podstawą? Sentencja uchwały jest następująca: **Współwłaściciel może domagać się od pozostałych współwłaścicieli, korzystających z rzeczy wspólnej z naruszeniem art. 206 k.c. w sposób wyłączający jego współposiadanie, wynagrodzenia za korzystanie z tej rzeczy na podstawie art. 224 § 2 lub art. 225 k.c.**

Uzasadnienie tej ważnej uchwały jest opracowywane. Można mieć nadzieję, że ułatwi ona rozstrzygnięcie wielu sporów, ponieważ potwierdza uprawnienie współwłaściciela do żądania wynagrodzenia, niefortunnie zamkniętego w Kodeksie cywilnym w kategorii tzw. roszczeń uzupełniających, wbrew szerokiej formule zakotwiczonej w prawie własności (art. 140 k.c.) upoważniającym właściciela do korzystania z rzeczy, a zatem otrzymania wynagrodzenia niezależnie od windykacji, chyba że ustawa lub umowa zwalnia posiadacza z takiego obowiązku.

#### OBCIĄŻENIE HIPOTEKĄ UŁAMKOWEJ CZĘŚCI NIERUCHOMOŚCI

W sprawie zakończonej wyrokiem SN z 11 kwietnia 2013 r., sygn. II CSK 438/12, skład orzekający rozstrzygał zagadnienie przedmiotu hipoteki. Teza stwierdzająca, że: **„Niedopuszczalne jest ustanowienie hipoteki na udziale w nieruchomości stanowiącej własność jednej osoby”**, może mieć zastosowanie nie tylko do wniosku właściciela o pierwotne obciążenie ułamkowej części należącej do niego nieruchomości, ale również

do wniosku o zmianę hipoteki ustanowionej prawidłowo na ułamkowej części, w razie zniesienia współwłasności i przyznania całej nieruchomości współwłaścicielowi, którego udział był obciążony. Właścicielowi (po ustaniu stosunku współwłasności) nie przysługuje już udział wyrażony w ułamku ani w inny sposób (np. w procentach), zdalny do tworzenia hybrydowych konstrukcji pełnej własności i ułamkowego obciążenia, ponieważ pojęcie udziału współwłaściciela (art. 197 k.c.) ma właściwą sobie treść prawną odnoszącą się do stanu określonego w art. 195 k.c.

#### PODZIAŁ HIPOTEKI ŁĄCZNEJ

Artykuł 76 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, mimo upływu czterech lat od uchwalenia zmian, budzi nadal wątpliwości interpretacyjne, dlatego należy wskazać kolejne orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczące § 4. W postanowieniu z 10 kwietnia 2013 r., sygn. IV CSK 551/12, uznano, że „oświadczenie banku, który – udzielając deweloperowi kredytu zabezpieczonego na jego nieruchomościach hipoteką kaucyjną łączną – zobowiązał się wyrazić zgodę na bezobciążeniowe wydzielenie, na rzecz nabywców lokali mieszkalnych pod warunkiem całkowitego spełnienia przez nich zobowiązań z tytułu zapłaty ceny, nie stanowi podstawy wpisu sposobu podziału hipoteki w dziale IV pkt 13 księgi wieczystej”.

Wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., sygn. IV CSK 435/12, oddalający skargę kasacyjną, wydany został w sprawie z powództwa o zobowiązanie zakładu opieki zdrowotnej do złożenia oświadczenia woli wskazującego lekarza (wybranego przez powoda) do pełnienia czynności z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej. Teza wyroku wskazuje, że z art. 28 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. nr 164, poz. 1027) nie wynika roszczenie o zobowiązanie wskazanego przez powoda lekarza do świadczenia usług medycznych w ramach podstawowej opieki zdrowotnej.

Prawo wyboru lekarza, pielęgniarki lub zakładu zapisane w ustawie nie ma charakteru prawa podmiotowego, jest realizowane „w miarę możliwości organizacyjnych zakładu” i nie jest jednym z „dóbr osobistych” związanych z roszczeniem o zadośćuczynienie (art. 448 k.c. w zw. z art. 24 k.c.) ani źródłem roszczenia odszkodowawczego w stosunku zobowiązaniowym.

## II. POSTĘPOWANIE CYWILNE

#### DOWÓD Z DOKUMENTU URZĘDOWEGO

Użyteczna w praktyce wskazówka wynika z postanowienia SN z 18 kwietnia 2013 r. w sprawie II CSK 520/12: „Organ władzy publicznej jest uprawniony na podstawie art. 250 § 1 k.p.c. do urzędowego poświadczenia odpisu lub wyciągu z dokumentu znajdującego się w jego aktach niezależnie od tego, czy został on przez ten organ wystawiony”. Według odmiennego zapatrywania sformułowanie art. 250 § 1 *in princ.* dopuszcza posłużenie się odpisem dokumentu znajdującym się w aktach organu władzy publicznej lub innego organu władzy państwowej. Dotyczy to tylko dokumentu wytworzonego przez ten organ, w którego aktach znajduje się oryginał. Stanowisko



ujawnione we wskazanym wyżej postanowieniu, przyjmując szerszą wykładnię, nakłada na stronę przeciwną ciężar obalania mocy dowodowej odpisu albo dokumentu źródłowego.

### UPRAWNIENIE DO LOKALU SOCJALNEGO

Gmina ponosi ciężar ochrony mieszkańców przed bezdomnością. Stosownie do treści art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., poz. 266) tworzenie warunków do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych wspólnoty samorządowej należy do zadań własnych gminy, która na zasadach i w wypadkach przewidzianych w ustawie zapewnia lokale socjalne i lokale zamiennie, a także zaspokaja potrzeby mieszkaniowe gospodarstw domowych o niskich dochodach. Obowiązkom gminy odpowiadają kompetencje sądu orzekającego w sprawie o opróżnieniu lokalu mieszkalnego; stosownie do art. 14 ust. 1 w wyroku nakazującym opróżnienie lokalu sąd orzeka o uprawnieniu do otrzymania lokalu socjalnego bądź o braku takiego uprawnienia wobec osób, których nakaz dotyczy. W rozpoznawanej sprawie sąd pierwszej instancji orzekł o opróżnieniu przez pozwanych zajmowanego dotychczas lokalu socjalnego, lecz orzekł również o istnieniu uprawnienia pozwanych do otrzymania lokalu socjalnego oraz wstrzymał wykonanie wyroku do czasu zaferowania pozwanym przez powodową gminę lokalu socjalnego.

Sąd pierwszej instancji, wydając taki wyrok, uwzględnił zarówno utratę przez pozwanych prawa do dotychczasowego lokalu socjalnego (wygaśnięcie umowy o najem tego lokalu), jak i trudną ich sytuację materialną oraz osobistą. Rozpoznając apelację powódki, sąd drugiej instancji powziął wątpliwość, czy wymieniony przepis (art. 14) stosuje się w takim wypadku, skoro ustawa rozróżnia pojęcie lokalu (bezpřzymiotnikowego) i lokalu socjalnego. W związku z tym w art. 14 ust. 1 można dopatrzeć się ograniczenia wyłączonego dopuszczalność ponownego przyznawania prawa do otrzymania lokalu socjalnego, jeżeli pozwany utracił tytuł do zajmowania dotychczasowego lokalu mającego taki – socjalny – charakter. Sąd okręgowy nie pominął także argumentów przemawiających na rzecz dopuszczalności wydania ponownie orzeczenia pozytywnego, tj. zgodnego z treścią wyroku zaskarżonego przez gminę.

Sąd Najwyższy w uchwale z 5 kwietnia 2013 r., sygn. III CZP 11/13, wyjaśnił, że: **„W wyroku nakazującym opróżnienie lokalu socjalnego sąd orzeka o uprawnieniu do otrzymania lokalu socjalnego bądź o braku takiego uprawnienia wobec osób, których nakaz dotyczy”**. Rozstrzygnięcie zasługuje na aprobatę, ponieważ lokal socjalny jest również **lokałem**, o którym mowa w art. 14 ust. 1, poza tym kryteria przyznania (lokalu socjalnego) i wstrzymania egzekucji opróżnienia lokalu pozwalają sprawiedliwie rozkładać ciężar dostarczania pomieszczenia nadającego się do zamieszkania między wspólnotę gminy, natomiast eksmitowanych oraz społeczeństwo (*sic!*) chronią przed plagą bezdomności.

### NIERUCHOMOŚCI GRUNTOWE

Uchwała Sądu Najwyższego z 21 marca 2013 r., sygn. III CZP 8/13, dotyczy wątpliwości, czy ważne są umowy zamiany udziałów w niektórych działkach gruntu stanowiących wraz z innymi działkami – nieobjętymi umową – jedną nieruchomością grunt-

tową, w sytuacji gdy uczestniczący w umowie współwłaściciele nieruchomości złożyli jednocześnie wniosek o dokonanie „podziału wieczystoksięgowego” nieruchomości. Sąd przedstawiający to zagadnienie prawne wskazał również, że taką umowę zawarli mniejszościowi współwłaściciele nieruchomości, zamierzający następnie dokonać wspomnianego podziału wieczystoksięgowego nieruchomości. Rozstrzygając zagadnienie prawne, Sąd Najwyższy stwierdził, że: **„Nieważna jest umowa zamiany udziałów jedynie w niektórych działkach gruntu stanowiących wraz z innymi działkami nieruchomości objętą księgą wieczystą”**.

Analiza prawna nieskomplikowanego stanu faktycznego potwierdza wadliwość umowy zmierzającej do zamiany udziałów w działkach składających się na jedną nieruchomość. Objęcie kilku działek (w znaczeniu geodezyjnym) jedną księgą wieczystą implikowało uznanie, że przedmiotem własności jest jedna nieruchomość w znaczeniu nadanym przez art. 46 § 1 k.c. Ze względu na wielopodmiotowość właścicieli była to współwłasność w częściach ułamkowych. Liczba działek składających się na tę nieruchomość nie miała prawnego znaczenia, a dopuszczalne czynności prawne między współwłaścicielami (rozporządzenia w postaci zamiany) mogły dotyczyć udziałów każdego z nich w nieruchomości, a nie w poszczególnych działkach. Odmienne sformułowanie (rozporządzenie udziałami w niektórych działkach) było bezskuteczne ze względu na brak przedmiotu, dlatego treść przedstawionego zagadnienia sprowadzająca się do pytania o ważność, a nie o skuteczność umowy, a w konsekwencji również przesłanki podjęcia uchwały, budzą wątpliwości.

Zbigniew Szonert

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

### ZDOLNOŚĆ PROCESOWA WÓJTA (BURMISTRZA, PREZYDENTA), W SPRAWACH SKARG NA UCHWAŁY RAD GMIN

Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego wystąpił z wnioskiem o wyjaśnienie, czy w postępowaniu przed sądem administracyjnym w sprawach skarg, których przedmiotem jest uchwała rady gminy, zdolność procesową ma wójt (burmistrz, prezydent), czy rada gminy, wskazując, że w orzecznictwie sądów administracyjnych ujawniły się wątpliwości co do tego, czy w sprawie ze skargi na uchwałę rady gminy, która jako organ, którego działanie jest przedmiotem skargi, jest stroną w tej sprawie, zdolność sądową i zdolność procesową ma rada gminy czy wójt gminy (burmistrz, prezydent miasta).

W uzasadnieniu wniosku wskazano rozbieżności w orzecznictwie dotyczące tego zagadnienia.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów zważył, co następuje.

Problem prawny będący przedmiotem wniosku ma długą historię i nadal jest źródłem rozbieżności w orzecznictwie i sporów w doktrynie.

W orzecznictwie, na gruncie rozwiązań procesowych zawartych w Kodeksie postępowania administracyjnego, a następnie w ustawie z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. nr 74, poz. 368 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 ze zm., dalej: u.s.g.) przez wiele lat za utrwalone uznawano stanowisko, zgodnie z którym gminę w postępowaniu sądownoadministracyjnym reprezentuje wójt (burmistrz, prezydent), także wówczas, gdy przedmiotem zaskarżenia jest uchwała rady gminy. W pierwszych latach po reaktywowaniu samorządu terytorialnego do kwestii podmiotu reprezentującego gminę w postępowaniu sądownoadministracyjnym podchodzono dość rygorystycznie, w wielu przypadkach wniesienie skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody przez przewodniczącego rady gminy uznawano za obarczone wadą formalną, która powinna zostać usunięta przed rozpoznaniem skargi.

Po zmianie stanu prawnego, w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, pojawiły się kolejne wątpliwości prawne, prowadzące do podniesionych we wniosku istotnych rozbieżności

w orzecznictwie sądowym. U ich podstaw tkwi przede wszystkim dwutorowość regulacji sądownoprocuduralnej w badanym zakresie. Problem zdolności sądowej i zdolności procesowej musi być bowiem rozważany nie tylko na gruncie ogólnych przepisów Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi i przepisów procedury cywilnej, ale także na gruncie przepisów ustrojowych i proceduralnych ustawy o samorządzie gminnym. Rozstrzygnięcie przedstawionych we wniosku wątpliwości prawnych musi zatem uwzględniać wykładnię przepisów obu tych regulacji prawnych.

Generalne stanowisko, że w sprawach skarg na uchwałę rady gminy, ze względu na przedmiot sprawy, zdolność sądową posiada rada gminy, która może upoważnić przewodniczącego rady do reprezentowania jej w postępowaniu sądownoadministracyjnym, nie może być uznane za słuszne. Uzasadniane jest ono wykładnią systemową, ale jej wyniki pozostają w sprzeczności z wynikami wykładni literalnej (art. 31 ustawy o samorządzie gminnym), której prymatu w doktrynie i orzecznictwie na ogół się nie kwestionuje. Zwolennicy tego stanowiska stwierdzają, że chociaż nie ma przepisu, który wprost stanowiłby o zdolności procesowej przewodniczącego rady w sprawach ze skarg na uchwały rady, to tego przewodniczącego należy traktować jako *sui generis* pełnomocnika rady, a w konsekwencji dopatrują się *sui generis* dualizmu w reprezentacji gminy.

Tego stanowiska podzielić nie można, może ono bowiem prowadzić wprost do naruszenia ustrojowej, ustawowo zadekretowanej, pozycji wójta jako organu wykonawczego i zarazem reprezentanta gminy jako osoby prawnej. W sprawach ze skarg wojewody na uchwały rady gminy oraz ze skarg innych podmiotów na uchwały z zakresu administracji publicznej rady zazwyczaj nie podejmują żadnych uchwał (poza uchwałami będącymi odpowiedzią na wezwanie do usunięcia naruszenia prawa – też podejmowanymi stosunkowo rzadko), a odpowiedzi na skargę są udzielane nie poprzez podejmowanie uchwał, ale zazwyczaj przez organ wykonawczy. Prezentowane stanowisko musiałoby zatem wiązać się z „utworzeniem” kompetencji rady do obligatoryjnego podejmowania odrębnej uchwały, upoważniającej przewodniczącego rady do jej reprezentowania przed sądem w sytuacji, gdy przepis prawa zdolność taką przyznaje wójtowi jako organowi reprezentującemu gminę. Wbrew prezentowanemu stanowisku ustawa o samorządzie gminnym nie wprowadza dualizmu w reprezentowaniu gminy, reprezentację tę wprost powierza organowi wykonawczemu gminy i nie przewiduje w tym zakresie żadnych ograniczeń ani wyłączeń. Wójt reprezentuje gminę, której system organizacyjny składa się z dwóch organów. Jednemu z nich – wójtowi – jako organowi wykonawczemu ustawa powierza funkcje reprezentanta gminy „na zewnątrz”, a zatem także w postępowaniach sądowych, które mają taki właśnie, zewnętrzny charakter. Kompetencyjne i organizacyjne oddzielenie organu stanowiąco-kontrolnego od organu wykonawczego nie oznacza ich odrębności, wymagającej odrębnej reprezentacji.

Wręcz przeciwnie, jeśli zastosować wykładnię systemową, na którą powołują się zwolennicy pierwszego stanowiska, to należy podkreślić, że ustawa o samorządzie gminnym w bardzo wielu przepisach wprost wskazuje na gminę jako nosiciela zadań i kompetencji (przykładowo art. 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 40, 43, 51, 84), to gmina ma osobowość prawną, posiada mienie i dysponuje majątkiem, to samodzielność gminy podlega ochronie sądowej, to gminie służy domniemanie kompetencji do realizowania lokalnych zadań publicznych, to gminie przekazane są określone zadania własne, to gmina prowadzi gospodarkę finansową, to gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, zawierać poro-

zumienia, tworzyć związki i stowarzyszenia, to gminie przysługuje prawo stanowienia aktów prawa miejscowego, a gminę – jako osobę prawną – reprezentuje wójt.

Ze sposobu określenia środków nadzoru nad gminą, z których niektóre dotyczą aktów podejmowanych przez radę gminy i jej działań, a niektóre aktów i działań wójta, nie można wyprowadzać (co przyznają także zwolennicy omawianego stanowiska) umocowania dla przewodniczącego rady do jej reprezentowania w sprawie skargi na rozstrzygnięcie nadzorcze. Umocowanie to wymagałoby specjalnego upoważnienia przewodniczącego w uchwale o zaskarżeniu aktu nadzoru, „bo nie może reprezentować rady w sposób samoistny”, podczas gdy: 1) gminę, której samodzielność jest chroniona, głównie poprzez skargi na akty nadzoru, reprezentuje wójt; 2) to wójt jest organem wykonawczym i to on wykonuje uchwały rady, niezależnie od ich przedmiotu; 3) skoro to nie rada reprezentuje gminę, to nie może ona kompetencji w tym zakresie – nieposiadanych – przekazać na rzecz innego podmiotu.

Podmiotem, który realizuje zadania z zakresu administracji publicznej, jest gmina, którą reprezentuje wójt bez względu na to, czy zadanie to z uwagi na przepisy ustrojowe realizuje rada gminy, czy wójt. Nie ma zatem potrzeby przyznawania zdolności sądowej odrębnie organowi stanowiącemu i organowi wykonawczemu, a nie osobie prawnej, której są organami. Wydaje się, że źródłem nieporozumień jest przede wszystkim pomijanie tego, że jednostki samorządu terytorialnego są – w przeciwieństwie do organów administracji państwowej – osobami prawnymi o korporacyjnym charakterze. W orzecznictwie sądów administracyjnych (ani tym bardziej powszechnych, gdzie, w postępowaniu cywilnym, ma zastosowanie art. 38 k.c. – „gmina jako osoba prawna działa przez swoje organy, w sposób przewidziany w ustawie”) nie ma wątpliwości w kwestii zdolności sądowej osób prawnych, reprezentowanych przez ustawowo (lub statutowo) wskazane organy.

Ustawa o samorządzie gminnym wyraźnie stanowi, że prawo złożenia skargi służy gminie, i wprowadza wymóg formalny jej wniesienia – uchwałę rady wyrażającą wolę zaskarżenia aktu nadzoru. Ponieważ organem wykonawczym gminy jest wójt, uchwałę taką powinien on wykonać, a zatem także ta regulacja w pełni koresponduje z przepisem art. 31 u.s.g.

Oddzielenie aktów rady i wójta w postępowaniu nadzorczym ma znaczenie jedynie porządkujące, nadzór jest skoncentrowany na uchwałach rady, o czym świadczy zarówno orzecznictwo, jak i brak obowiązku przekazywania wojewodzie zarządzeń wójta. Przyznanie przymiotu zdolności sądowej radzie gminy oznaczałoby zatem praktycznie pozbawienie wójta jego ustawowej kompetencji do reprezentowania gminy. Ustawa o samorządzie gminnym przewiduje środki nadzorcze w stosunku do uchwał rady, do samej rady i radnych oraz w stosunku do zarządzeń wójta i samego wójta, a jednocześnie ustanawia środki nadzoru skierowane do obu organów – rady i wójta, w postaci zarządu komisarycznego i zawieszenia organów gminy. To „oddzielenie” nadzoru nad działalnością rady i nadzoru nad działalnością wójta nie może zatem przesądzać o tym, który z organów gminy ma zdolność sądową w postępowaniu ze skargą na uchwały rady.

Przepis art. 32 u.s.g. nie wymaga w zasadzie wykładni (*clara non sunt interpretanda*), nie zawiera żadnych ograniczeń przedmiotowych ani podmiotowych, ani wyłączeń kompetencji wójta w odniesieniu do reprezentowania gminy.

Należy podzielić w tej mierze wspomniane w uzasadnieniu wniosku, oparte na przepisie art. 31 u.s.g., stanowisko doktryny, w tym T. Wosia, zgodnie z którym organem wyposażonym w uprawnienia do reprezentowania gminy w postępowaniach sądowych jest wójt (burmistrz, prezydent miasta), który kieruje bieżącymi sprawami gminy i reprezentuje ją na zewnątrz, i tylko wójt (burmistrz, prezydent miasta) jest uprawniony do dokonywania w imieniu gminy czynności procesowych w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Za tym stanowiskiem przemawia także kolejny, powiązany z wcześniejszym, argument odnoszący się do statusu gminy jako odrębnego podmiotu władzy publicznej, posiadającego (o czym już była mowa) ustawowo przekazane zadania i kompetencje, wyposażonego w osobowość prawną i mienie (art. 2 ust. 2 u.s.g.). W myśl art. 25 § 1 P.p.s.a. osoba prawna ma zdolność sądową, może występować przed sądem administracyjnym jako strona, a tym samym ma zdolność do dokonywania czynności w tym postępowaniu. Przepis art. 32 P.p.s.a. musi być interpretowany łącznie z art. 25 § 1. Osobowość prawna jest jedna w całym obszarze prawa, trzeba zatem rozważać ją w ujęciu systemowym, z uwzględnieniem regulacji cywilnoprawnych. W myśl art. 38 Kodeksu cywilnego osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Osoba prawna musi być w postępowaniu sądowym prawidłowo reprezentowana.

W przypadku gminy oznacza to, że ustawowo przypisana wójtowi kompetencja do jej reprezentowania obejmuje kompetencje do dokonywania czynności procesowych „na zewnątrz” w postępowaniu sądowym. Te uprawnienia wójta, wynikające m.in. z osobowości prawnej gminy, dodatkowo są wzmacniane poprzez charakter jego funkcji. Zgodnie z art. 30 ust. 1 u.s.g. wójt wykonuje uchwały rady gminy i zadania gminy określone przepisami prawa, a do zadań tych należy m.in. określanie sposobu wykonywania uchwał. Radzie gminy przysługuje domniemanie właściwości, ale tylko w odniesieniu do tych, które nie są ustawowo przypisane innym organom (art. 18 ust. 1 u.s.g.). Skoro zatem ustawodawca przewidział, jako wymóg formalnoprawny, podejmowanie przez właściwy organ, czyli radę, uchwały o zaskarżeniu aktu nadzoru, to uchwałę taką, ze wszystkimi tego konsekwencjami w sferze procesowej, powinien wykonywać wójt, m.in. właśnie dlatego, że jest organem wykonawczym. Wójt jest reprezentantem gminy w sferze publicznoprawnej, jak i cywilnoprawnej, jest zobowiązany do przedstawiania aktów organów gminy, przyjmowania i składania oświadczeń woli i pism w stosunkach zewnętrznych, a tym samym do podpisywania każdego pisma procesowego w postępowaniach sądowych. Regulacje zawarte w art. 30 ust. 1 i art. 31 u.s.g. są wzajemnie powiązane.

Z ustawy o samorządzie gminnym wynika, że organem, który reprezentuje gminę na zewnątrz w sferze publiczno- i cywilnoprawnej, jest wójt, a jego kompetencje w tym zakresie nie są zawężone ani ograniczone. Pogląd, że gmina nie ma jednego organu, który reprezentuje ją na zewnątrz, nie jest uprawniony.

W tym stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 15 § 1 pkt 2 P.p.s.a., podjął uchwałę z 13 listopada 2012 r., sygn. OPS 3/12, stanowiąc, że w postępowaniu przed sądem administracyjnym w sprawach skarg, których przedmiotem jest uchwała rady gminy, zdolność procesową (art. 26 § 1 w związku z art. 28 § 1 i art. 32 P.p.s.a.) ma wójt (burmistrz, prezydent miasta), chyba że w sprawie zachodzą okoliczności szczególne, których nieuwzględnienie mogłoby prowadzić do pozbawienia rady gminy prawa do ochrony sądowej.



*Michał Jackowski*

## PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO (marzec–kwiecień 2013)

### POGLĄDY TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO NA INGERENCJĘ W WOLNOŚĆ OSOBISTĄ NA PODSTAWIE ROZPORZĄDZENIA

1. W marcu 2013 r. Trybunał Konstytucyjny wydał dwa wyroki, w których kolejny raz orzekł, że niedopuszczalne jest regulowanie rozporządzeniem kwestii związanych z zasadniczą ingerencją w wolność i nietykalność osobistą. Trybunał stwierdził, że niekonstytucyjne są zarówno przepisy ustaw zawierające upoważnienie, aby tę materię regulować w akcie tej rangi, jak również same przepisy rozporządzenia, które wykonują taką delegację. Oba orzeczenia wydano w związku z przepisami, które uprawniały poszczególne służby do stosowania środków bezpośredniego przymusu.

2. Wyrokiem z 5 marca 2013 r., U 2/11, Trybunał orzekł o niekonstytucyjności § 5 ust. 1 i 2 oraz § 10 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej. Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o stwierdzenie niezgodności tych przepisów z art. 74 § 4 k.p.k., a także z art. 41 ust. 1, art. 47, art. 31 ust. 3 i art. 92 ust. 1 Konstytucji. Uzasadniając wniosek, RPO wskazał, że w świetle zakwestionowanych przepisów rozporządzenia w sytuacjach w nich określonych badanie osoby oskarżonej (podejrzanej) może być przeprowadzone w obecności osób trzecich, a w celu przeprowadzenia badania mogą zostać zastosowane środki przymusu bezpośredniego. Tymczasem treść upoważnienia ustawowego zawartego w art. 74 § 4 k.p.k. nie dawała podstaw do uznania, że w jego granicach mieści się materia stosowania przymusu bezpośredniego w celu przeprowadzenia badania lub wykonania innej czynności. W szczególności upoważnienie do uregulowania „szczegółowych warunków i sposobu poddawania oskarżonego oraz osoby podejrzanej badaniom, a także wykonywania z ich udziałem czynności” nie obejmuje swoim zakresem przedmiotowym wskazanej powyżej materii.

Trybunał Konstytucyjny uwzględnił argumenty Rzecznika. Po pierwsze, uznał, że wskazane wyżej przepisy rozporządzenia zostały ustanowione z przekroczeniem upoważnienia zawartego w art. 74 § 4 k.p.k., a w konsekwencji są niezgodne z tym przepi-

sem, a zarazem z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Trybunał przypomniał utrwalone w swym orzecznictwie zasady odnoszące się do problematyki rozporządzeń, podnosząc, że:

- upoważnienie może odsyłać do rozporządzenia tylko w sprawach będących przedmiotem ustawy i służących realizacji tych samych celów, jakie znajdują wyraz w przepisach ustawy;
- ustawa nie może upoważniać w rozporządzeniu do normowania treści jej przynależnych. Między ustawą a wydawanym w celu jej wykonania rozporządzeniem musi zachodzić funkcjonalny związek;
- sprawy regulowane w rozporządzeniu nie mogą mieć zasadniczego znaczenia w konstrukcji całej ustawy<sup>1</sup>;
- jeżeli rozporządzenie normuje materię ustawową, to automatycznie wykracza poza granice upoważnienia. Jeżeli dzieje się tak na wyraźne upoważnienie w ustawie, należy je uznać za sprzeczne z Konstytucją, gdy zaś w ustawie brak takiego upoważnienia, należy, stosując wykładnię ustawy w zgodzie z Konstytucją, skonstruować na tyle wąskie rozumienie upoważnienia, by poza nim pozostawało normowanie kwestii zastrzeżonych do wyłącznej materii ustawy<sup>2</sup>;
- wymóg rozstrzygnięcia w ustawie każdego istotnego elementu regulacji prawnej musi być traktowany rygorystycznie, gdy dotyczy ona władczych form działania organów administracji publicznej wobec jednostek, wzajemnych praw i obowiązków organu administracji i jednostki w ramach stosunku publicznoprawnego lub korzystania przez jednostki z ich praw i wolności<sup>3</sup>;
- rozporządzenie nie może wkraczać w sferę regulowaną innymi ustawami lub na ich podstawie, nie może też treści w nich zawartych przekształcać, modyfikować czy syntetyzować, a nawet nie powinno ich powtarzać<sup>4</sup>.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że umieszczenie w rozporządzeniu materii zastrzeżonej dla regulacji ustawowej zrywa więź między ustawą i rozporządzeniem, w której rozporządzenie powinno mieć ściśle wykonawczy charakter. Przyjął, że zarówno asysta, jak i środki przymusu bezpośredniego, uregulowane w § 5 i 10 rozporządzenia, wykraczają poza materię, która mogła być uregulowana w akcie wykonawczym zgodnie z art. 74 § 4 k.p.k.

3. Trybunał Konstytucyjny uznał nadto, że zakwestionowana przez RPO regulacja w sposób niekonstytucyjny ingeruje w prawo do wolności osobistej oraz w prawo do prywatności. Jednym z przejawów wolności osobistej jest bowiem nietykalność osobista, która jest wolnością jednostki od arbitralnej ingerencji władz publicznych w jej integralność fizyczną, duchową oraz psychiczną. Stanowi konieczny, szczególnie ważny warunek realizacji wolności osobistej człowieka w państwie prawnym, demokratycznym i wolnościowym. Ingerencja w tę sferę może następować wyłącznie na zasadach i w trybie określonych w ustawie, a nie na podstawie rozporządzenia organu władzy wykonawczej.

Odnosnie do prywatności TK potwierdził, że w art. 47 Konstytucji uregulowane zostały dwie odrębne sytuacje: po pierwsze – prawo jednostki do prawnej ochrony

<sup>1</sup> Wyrok TK z 12 lipca 2007 r., U 7/06, OTK-A 2007, nr 7, poz. 76.

<sup>2</sup> Wyrok TK z 6 marca 2000 r., P 10/99, OTK 2000, nr 2, poz. 56.

<sup>3</sup> Wyrok TK z 10 marca 2010 r., U 5/07, OTK-A 2010, nr 3, poz. 20.

<sup>4</sup> Orzeczenie TK z 5 listopada 1986 r., U 5/86, OTK 1986, s. 24.

wskazanych w pierwszej części przepisu sfer jej życia, po drugie – wolność decydowania w sprawach określonych w końcowej jego części. Pierwszemu prawu jednostki towarzyszyć musi ustawowa regulacja pozwalająca bronić prywatności, życia rodzinnego, czci i dobrego imienia. Natomiast drugie oznacza zakaz ingerencji w wolność kształtowania przez jednostkę jej życia osobistego. Prawo do poszanowania godności w trakcie zabiegów, które mają charakter medyczny i mogą wiązać się z ingerencją w organizm człowieka, jest ich immanentnym składnikiem. Trybunał przypomniał, że normy je ograniczające winny być uregulowane na poziomie ustawowym, zwłaszcza w realiach postępowania karnego, które ściśle wiąże się z najgłębszą ingerencją ustawodawcy w konstytucyjne prawa i wolności obywatelskie.

Trybunał Konstytucyjny dostrzegł, że w k.p.k. brak jest unormowań dotyczących stosowania przymusu bezpośredniego przez organy postępowania karnego podczas badań, którym obowiązani są poddać się oskarżony lub osoba podejrzana. Z tych powodów stwierdził, że § 5 i § 10 rozporządzenia, wprowadzając ograniczenie konstytucyjnych chronionych wolności jednostki – jej nietykalności osobistej i wolności osobistej oraz prywatności – ingerują w sferę zastrzeżoną do unormowania wyłącznie przez akt normatywny rangi ustawy, naruszając art. 41 i art. 47 Konstytucji.

4. W sprawie K 11/12 Prokurator Generalny zaskarżył natomiast art. 22 ustawy o Służbie Więziennej oraz przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2010 r. w sprawie stosowania środków przymusu bezpośredniego oraz użycia broni palnej lub psa służbowego przez funkcjonariuszy Służby Więziennej, a także art. 14 ust. 3 ustawy o Biurze Ochrony Rządu oraz przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 lutego 2002 r. w sprawie przypadków oraz warunków i sposobów użycia przez funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu środków przymusu bezpośredniego. Oba zaskarżone przepisy ustaw zawierały delegacje do uregulowania w rozporządzeniach szczegółowych warunków używania przymusu bezpośredniego przez funkcjonariuszy Służby Więziennej i BOR. Kwestionowane rozporządzenia zostały wydane w ich wykonaniu. W ocenie Prokuratora Generalnego kwestionowane upoważnienia ustawowe były niezgodne z art. 92 ust. 1 Konstytucji, ponieważ upoważniały organ władzy wykonawczej do określenia w rozporządzeniu materii, która nie została uregulowana w ustawie bądź została w niej uregulowana jedynie fragmentarycznie. Ponadto były niezgodne z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Środki przymusu bezpośredniego wkraczają głęboko w sferę praw i wolności jednostki, a niektóre z nich, jak chociażby użycie siły fizycznej, pałki służbowej czy siatki obezwładniającej, mogą powodować skutki na pograniczu między ograniczeniem wolności a naruszeniem nietykalności osobistej. Z tego względu sposób stosowania środków przymusu bezpośredniego może być regulowany tylko w ustawie.

W wyroku z 26 marca 2013 r. Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że już kilkakrotnie kwestionował podobne przepisy upoważniające do wydania rozporządzenia regulującego środki przymusu bezpośredniego. Wyrokiem z 10 marca 2010 r. orzekł o niezgodności § 6 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie środków przymusu bezpośredniego stosowanych przez funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego z ustawą i Konstytucją<sup>5</sup>. Stwierdził, że art. 15 ust. 3 ustawy o CBA, który zawierał

<sup>5</sup> Wyrok TK z 10 marca 2010 r., U 5/07, OTK-A 2010, nr 3, poz. 20.

upoważnienie do wydania rozporządzenia, nie określa w sposób jasny zakresu spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu oraz nie zawiera wytycznych dotyczących treści rozporządzenia.

Podobne przepisy znajdowały się w wielu innych ustawach. Skłoniło to TK do wydania postanowienia sygnalizacyjnego, które zapadło w dniu 30 listopada 2010 r.<sup>6</sup> Zasygnalizowano w nim potrzebę podjęcia odpowiednich działań legislacyjnych w celu usunięcia uchybień w rozporządzeniach w sprawie stosowania środków przymusu bezpośredniego przez funkcjonariuszy: Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Policji i Straży Granicznej. W uzasadnieniu Trybunał wskazał, że „umieszczenie materii zastrzeżonej dla regulacji ustawowej w rozporządzeniu zrywa więź między ustawą i rozporządzeniem, w której rozporządzenie powinno mieć – ze względów gwarancyjnych – tylko ściśle wykonawczy charakter. Prymat ustawy jako podstawowego źródła prawa wymaga zachowania zasady wyłączności regulacji ustawowej w sferze praw i wolności”. W związku z brakiem reakcji ustawodawcy wyrokiem z 17 maja 2012 r. Trybunał orzekł o niekonstytucyjności upoważnień ustawowych do wydania rozporządzeń w sprawie stosowania środków przymusu bezpośredniego przez funkcjonariuszy ABW, CBA, Policji, Służby Celnej, Straży Granicznej oraz Żandarmerii Wojskowej<sup>7</sup>.

Dalsze niewykonywanie wyroków doprowadziło do wydania komentowanego dziś wyroku. W orzeczeniu z 26 marca 2013 r. TK konsekwentnie powtarzał argumenty wyrażone we wcześniejszym orzecznictwie. Podkreślał, że użycie środków przymusu bezpośredniego, broni palnej lub psa służbowego przez funkcjonariuszy Służby Więziennej i BOR stanowi formę ingerencji w wolność osobistą oraz nietykalność osobistą. Obie wolności należą do katalogu najbardziej fundamentalnych praw człowieka i są silnie powiązane z prawem do bezpieczeństwa osobistego. Z art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji wynika nakaz skierowany do ustawodawcy, aby pozbawienie lub ograniczenie wolności osobistej było regulowane tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Zgodnie z art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji w ustawie należy uregulować wszystkie przesłanki bezpośrednio określające ingerencję w tę wolność, a w szczególności: określenie podmiotu, który podejmuje decyzję o ograniczeniu wolności osobistej, określenie osób, w stosunku do których decyzja o ograniczeniu wolności osobistej może być podejmowana, oraz zdefiniowanie istotnych cech tych osób, w tym ich statusu prawnego, ich zachowania, sytuacji, w której się znajdują, a także sposobu postępowania (procedury) podmiotu upoważnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej.

Trybunał Konstytucyjny dostrzegł, że materia dotycząca stosowania środków przymusu bezpośredniego została uregulowana tylko szczątkowo, i to zarówno w ustawie o Służbie Więziennej, jak i ustawie o BOR. Ustawodawca pozostawił więc władzy wykonawczej do uregulowania kompleks zagadnień odnoszących się do ograniczania wolności osobistej, takich jak: określenie przypadków, warunków i sposobów użycia środków przymusu bezpośredniego oraz trybu i zasad postępowania funkcjonariuszy stosujących te środki. W konsekwencji naruszył Konstytucję – jej art. 41 ust. 1 i art. 92 ust. 1.

<sup>6</sup> Postanowienie TK z 30 listopada 2010 r., S 5/10, OTK-A 2010, nr 9, poz. 126.

<sup>7</sup> Wyrok TK z 17 maja 2012 r., K 10/11, OTK-A 2012, nr 5, poz. 51.

*Zbigniew Cichoń*

## PRAWA RODZINY W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W STRASBURGU

Europejska Konwencja Praw Człowieka chroni rodzinę i naruszenie praw rodziny w niej wymienionych może prowadzić do uznania tego naruszenia przez Trybunał w Strasburgu i zasądzenia słusznego odszkodowania i zadośćuczynienia oraz kosztów postępowania od zaskarżonego państwa (art. 41 EKPC). Ponadto w ramach obowiązku wykonania orzeczeń Trybunału konieczne jest wznowienie postępowania czy zmiana ustawodawstwa lub praktyk, które doprowadziły do stwierdzenia przez Trybunał naruszenia Konwencji.

### PRAWA RODZINY W EKPC

W EKPC dwa artykuły są poświęcone rodzinie. Nie jest to mało, zważywszy, że liczy ona 12 artykułów dotyczących konkretnych praw, a pozostałe z ogólnej liczby 66 artykułów to normy proceduralne. Ponadto praw rodziny dotyczy art. 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPC oraz art. 5 Protokołu dodatkowego nr 7 do EKPC. Życie rodzinne z reguły zaczyna się od zawarcia związku małżeńskiego, i o nim traktuje art. 12 EKPC dotyczący prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Artykuł 8 EKPC dotyczy poszanowania życia rodzinnego, artykuł 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPC – prawa rodziców do zapewnienia takiego wychowania i nauczania dzieci, które jest zgodne z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi, art. 5 Protokołu dodatkowego nr 7 uznaje zaś równość praw i obowiązków małżonków tak w czasie trwania małżeństwa, jak i na wypadek rozwodu.

Przy analizie tych regulacji trzeba pamiętać, że sformułowania Konwencji są bardzo lakoniczne i stąd ogromne znaczenie dla ustalenia treści tych praw ma orzecznictwo Komisji Praw Człowieka funkcjonującej do 31 października 1999 r. i Trybunału Praw Człowieka, który po tej dacie pozostał jedynym organem rozpoznającym skargi na naruszenie Konwencji przez jakiegokolwiek państwo spośród obecnie już 47 państw członków Rady Europy.

**Prawo do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny** jest wyrażone w art. 12 EKPC, który brzmi: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”.

W artykule tym wyodrębniono dwa prawa, a to do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny. Rozróżniając te prawa, Komisja Praw Człowieka w sprawie z 1979 r. *Van Oosterwijck przeciwko Belgii*, a Trybunał w sprawie *Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2002 r. orzekły, że niemożność poczęcia dziecka lub wychowania go przez dwoje ludzi nie pozbawia ich prawa do zawarcia związku małżeńskiego. Chodziło w tych sprawach o zawarcie małżeństwa przez osobę pozostającą w więzieniu, a tym samym niemającą możliwości podjęcia pożycia małżeńskiego po ewentualnym zawarciu małżeństwa. Podobne stanowisko zajął Trybunał w sprawie *Frasik* i w sprawie *Jaremovicz przeciwko Polsce* w wyrokach z 5 stycznia 2010 r., stwierdzając naruszenie art. 12 Konwencji przez odmowę udzielenia przez sądy polskie zezwolenia tymczasowo aresztowanym na zawarciu związków małżeńskich. Tak Trybunał, jak i Komisja zaakceptowały natomiast uniemożliwienie pożycia małżeńskiego w czasie aresztu lub pozbawienia wolności jako nienaruszające prawa do poszanowania życia rodzinnego, gwarantowanego w art. 8 EKPC.

Artykuł 12 EKPC wyraźnie stanowi o prawie do małżeństwa mężczyzny i kobiety, a zatem osób zróżnicowanych płciowo. Trybunał Praw Człowieka konsekwentnie odrzucał uznanie prawa do zawarcia małżeństwa przez transseksualistów, uznając, że gwarancje zawarcia związku małżeńskiego dotyczą małżeństwa między dwiema osobami różnej płci i że celem tej regulacji jest ochrona małżeństwa jako fundamentu rodziny (sprawa *Rees* z 1986 r., *Cossey* z 1990 r., *Sheffield i Horsham* z 1998 r., wszystkie przeciwko Wielkiej Brytanii). Jednakże istotna zmiana nastąpiła w wyroku *C. Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 2002 r., w którym Trybunał stwierdził, że użyte w art. 12 Konwencji sformułowanie o prawie mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa nie oznacza, iż płeć musi być zdeterminowana według kryteriów czysto biologicznych, i uznał prawo osób, które zmieniły płeć, do zawarcia związku małżeńskiego. W uzasadnieniu swego stanowiska Trybunał odwołał się do zmian w pojmowaniu instytucji małżeństwa od czasu uchwalenia Konwencji w 1950 r., postępu medycyny w kwestiach dotyczących transseksualności i do art. 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, która przy prawie do zawarcia związku małżeńskiego pominęła użyte w art. 12 EKPC sformułowanie, że dotyczy ono mężczyzny i kobiety, a tym samym założyła dopuszczalność istnienia małżeństw homoseksualnych, pozostawiając jednakże tę kwestię ustawodawcom krajowym poszczególnych państw członków Rady Europy. Nie zmienia to zatem faktu, że prawo z art. 12 Konwencji dotyczy małżeństwa monogamicznego i heteroseksualnego. Dobitnie podkreślił to Trybunał w wyroku *Schalk und Kopf przeciwko Austrii* (wyrok z 24 czerwca 2010 r.), stwierdzając, że Konwencja nie zobowiązuje państw do objęcia pojęciem małżeństwa związków homoseksualnych, a tym samym uznał skargę o naruszenie art. 12 i art. 14 (zakaz dyskryminacji) za bezzasadną. Nie stanowi dyskryminacji – zdaniem Trybunału – uzależnienie prawnego uznania zmiany płci od uprzedniego rozwiązania małżeństwa (postanowienie w sprawie *Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 26 listopada 2006 r.).

Artykuł 12 EKPC nie daje uprawnienia przeciwnego do zawarcia małżeństwa, tj. pra-



wa do rozwodu. Trybunał odrzucił próby ewolucyjnej interpretacji wywodzącej z art. 12 przeciwne prawo do gwarantowanego w nim (sprawa *Johnston i inni przeciwko Irlandii*, wyrok z 18 grudnia 1986 r. – podają za Frederic Sudre, *Droit europeen et international des droits de l'homme*, s. 393, wyd. 1, 1989; wyd. 11, Presses Universitaires de France). Przeciwnie, Trybunał wywodzi prawo do separacji małżonków, ale nie z art. 12 EKPC, lecz z art. 8 dotyczącego poszanowania życia rodzinnego (sprawa *Johnston i Aires przeciwko Irlandii*).

**Poszanowanie życia rodzinnego i domicylu** jest gwarantowane w art. 8 EKPC, który brzmi: „Każda osoba ma prawo do poszanowania swego życia prywatnego, rodzinnego, swojego domicylu oraz swojej korespondencji (art. 8 ust. 1). Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków, które są zgodne z prawem i konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na interesy bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, zapobieganie zamieszkom lub przestępczości, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób (art. 8 ust. 2)”.

Dokonując wykładni art. 8 EKPC, Trybunał wskazał, że zakłada on istnienie rodziny, więc samo życzenie jej założenia, w szczególności adopcja dziecka, nie jest chronione przez art. 8 EKPC (wyrok *Frette przeciwko Francji* z 28 lutego 2002 r.). Jednakże w sprawie *E.B. przeciwko Francji* Trybunał stwierdził naruszenie art. 14 Konwencji (zakaz dyskryminacji) w zw. z art. 8 Konwencji w sytuacji odmowy adopcji dziecka przez homoseksualistę, argumentując, że skoro prawo francuskie dopuszcza adopcję przez jedną osobę, to nie można różnicować tych osób i odmawiać adopcji z racji homoseksualnej orientacji. W późniejszym orzeczeniu w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji* w wyroku z 15 marca 2012 r. Trybunał stwierdził brak naruszenia art. 8 i 14 Konwencji przez odmowę adopcji dziecka partnera homoseksualnego, motywując to tym, że prawo francuskie przewiduje podzielną władzę rodzicielską jedynie dla małżeństwa. Pojęcie życia rodzinnego jest rozumiane jako więzy pokrewieństwa. Przez rodzinę rozumie się nie tylko związek oparty na małżeństwie, ale także związki naturalne niezalegalizowane, jak również związek matki niezamężnej z dzieckiem. Z ochrony życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC korzysta także dziecko nieślubne (sprawa *Marckx*, sprawa *Johnston*, sprawa *Kroon*). W sprawie *Vermeir przeciwko Belgii* (wyrok z 29 listopada 1991 r.) Trybunał orzekł naruszenie art. 8 EKPC przez regulacje prawne pozbawiające wnuczkę spadku po dziadkach tylko dlatego, że była nieślubnym dzieckiem. Podobnie w sprawie *Mazurek przeciwko Francji* (wyrok z 1 lutego 2000 r.), w której chodziło o ograniczenie udziału w spadku nieślubnego dziecka w porównaniu z małżeńskim. Z samego faktu urodzenia się dziecka wynika między nim a rodzicami więź konstytuująca życie rodzinne. Z tego wynika prawo sprzeciwienia się ojca adopcji dziecka popieranej przez matkę dziecka, nawet przy braku jakichkolwiek relacji ojca z dzieckiem (sprawa *Keegan przeciwko Irlandii*, wyrok z 26 maja 1994 r., w której Trybunał uznał naruszenie art. 8 EKPC przez dokonanie adopcji bez wiedzy i zgody ojca).

Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 EKPC przez Holandię w sprawie *Kroon i inni* (wyrok z 27 października 1994 r.) przez brak możliwości w prawie holenderskim zaprzeczenia przez zamężną kobietę, że jej mąż jest ojcem dziecka, a tym samym unieвозмоżliwienie uznania go przez biologicznego ojca. Trybunał konsekwentnie odmawia

związkom homoseksualnym ochrony z art. 8 EKPC, uznając, że dotyczy on tylko związków heteroseksualnych.

Ochrona życia rodzinnego prowadziła niejednokrotnie Trybunał do wydawania orzeczeń stwierdzających naruszenie Konwencji w przypadku wydaleń z państwa czy o ekstradycji, co dotyczyło najczęściej osób skazanych za popełnienie przestępstw. Tak było w sprawie *Moustaquim przeciwko Belgii*. Moustaquim przybył z Maroka do Belgii jako małe dziecko i podczas gdy miał w Belgii rodzinę, w tym rodziców i rodzeństwo, został wydalony za popełnione przestępstwa. Trybunał uznał, że było to przeciwne prawu do poszanowania życia rodzinnego, gdyż został zmuszony do opuszczenia rodziny. Podobnie było w sprawie *Nasri przeciwko Francji*. W tego typu sprawach Trybunał z reguły uznaje, że naruszona została zasada proporcjonalności ingerencji do uprawnionego celu.

Ochrona życia rodzinnego sięga tak daleko, że Trybunał wyprowadza z niej obowiązek poinformowania miejscowej ludności o ryzyku i sposobie postępowania w razie katastrofy w pobliskiej fabryce chemicznej (sprawa *Guerra i inni przeciwko Włochom*, wyrok z 19 lutego 1998 r.), czy też obowiązek państwa przygotowania systemu ograniczeń hałasu związanego z nocnymi lotami z lotniska (sprawa *Hatton i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* dotycząca lotniska Heatrow – wyrok z 2 października 2001 r.). Również długo-trwałe oczekiwanie na wykonanie eksmisji Trybunał uznał za naruszenie art. 8 EKPC w zakresie poszanowania domu (sprawa *Cvijetic przeciwko Chorwacji*, wyrok z 26 lutego 2004 r.).

Generalnie można stwierdzić, że prawo do poszanowania życia rodzinnego nakłada na państwo obowiązek działania w taki sposób, aby zainteresowani mogli prowadzić swe życie rodzinne normalnie i rozwijać efektywnie więzi rodzinne. Ochrona życia rodzinnego wymaga od państwa uznania relacji rodzinnych. Trybunał przy interpretacji art. 8 EKPC daje pierwszeństwo prawdzie biologicznej nad domnianiem prawnym dotyczącym pochodzenia dziecka, obciążając państwo przyznaniem ojcu naturalnemu prawa zwalczania domniemania prawnego pochodzenia dziecka (sprawa *Kroon przeciwko Holandii*, wyrok z 27 października 1994 r.).

Trybunał w wielu sprawach uznał naruszenie art. 8 EKPC przez państwa skandynawskie, które ingerowały we władzę rodzicielską – z naruszeniem praw rodziców umieszczały bowiem dzieci w placówkach opiekuńczych, izolując od nich rodziców (sprawa *Johansen przeciwko Norwegii*, wyrok z 7 sierpnia 1996 r., *Rieme przeciwko Szwecji*, wyrok z 22 kwietnia 1992 r.).

**Poszanowanie prawa rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi wynika z art. 2 zd. 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPC, który brzmi:** „Państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi”. Wymaga on od państwa poszanowania przekonań religijnych i filozoficznych w całym programie edukacyjnym. Rodzice mają bowiem pierwszeństwo do edukacji i nauczania dzieci i w pierwszej kolejności są za to odpowiedzialni. Treść tego artykułu należy odczytywać, biorąc pod uwagę także treść art. 8 EKPC, a ponadto art. 9 EKPC (wolność myśli, sumienia i religii) i art. 10 (wolność wypowiedzi, przekazu informacji i jej otrzymywania). W sprawie *Campbell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 25 lutego 1992 r., Trybunał stwierdził naruszenie tego artykułu przez stosowanie

w szkołach w Szkocji kar cielesnych, którym nie poddali się uczniowie, skutkiem czego zostali zawieszani w prawach uczniów. Na stosowanie tych kar nie wyrażali zgody rodzice z racji własnych przekonań.

W sprawie *Kjeldson, Busk Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, wyrok z 7 grudnia 1976 r., dotyczącej edukacji seksualnej w państwowych szkołach podstawowych w Danii, Trybunał nie uznał naruszenia art. 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPC, oceniając, że program nie stanowił indoktrynacji oznaczającej brak poszanowania przekonań religijnych i filozoficznych rodziców, lecz delikatny przekaz wiadomości dotyczących prokreacji.

Niezwykle ciekawa i bulwersująca była sprawa *Lautsi przeciwko Włochom* (wyrok z 3 listopada 2009 r.). Sprawa dotyczy szerszego zagadnienia obecności symboli religijnych w miejscach publicznych, ale zapadła w sprawie związanej z prawem rodziców do zapewnienia edukacji dzieci zgodnej z ich przekonaniami religijnymi i filozoficznymi. Trybunał w siedmioosobowym składzie tzw. Małej Izby orzekł jednomyślnie naruszenie art. 2 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPC i art. 9 EKPC (wolność myśli, sumienia i wyznania) przez fakt, że w sali lekcyjnej wisi krzyż. Wielka Izba Trybunału wyrokiem z 18 marca 2001 r. w siedemnastoosobowym składzie orzekła przeciwnie, że w żadnym wypadku nie można uznać wiszącego krzyża za ingerencję naruszającą prawo do poszanowania przekonań religijnych i filozoficznych rodziców dziecka niewierzących czy wyznających inną niż chrześcijańska wiarę. Znamienne, że Wielka Izba orzekła o tym braku naruszenia Konwencji głosami 15 do 2, podkreślając znaczenie krzyża w tradycji i kulturze Europy, a także jego charakter pasywny przez fakt zawieszenia na ścianie, niedający się porównać z czynnym oddziaływaniem, jakie występuje w procesie nauczania – przekazywania określonych wartości lub wiedzy. Nie ma więc nic wspólnego z indoktrynacją.

**Równe prawa i obowiązki małżonków** są zagwarantowane w art. 5 Protokołu dodatkowego nr 7 do EKPC, który brzmi: „Małżonkom będą przysługiwały równe prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym w stosunkach pomiędzy nimi, jak i w stosunkach z ich dziećmi, w odniesieniu do małżeństwa, w czasie trwania małżeństwa oraz w przypadku jego rozwiązania. Niniejszy artykuł nie będzie stał na przeszkodzie podejmowaniu przez Państwo takich środków, które są konieczne dla dobra dzieci”. Artykuł ten stanowi dyrektywę dla działań państwa w sferze regulacji prawnych i jak na razie orzecznictwa Trybunału w tym zakresie nie ma. Natomiast Europejska Komisja Praw Człowieka nadała mu dość restrykcyjną interpretację, stwierdzając, że dotyczy on jedynie praw i obowiązków prawa cywilnego *sensu stricto*. Przy takiej interpretacji Komisja uznała za niedopuszczalną skargę w sprawie *Klopper przeciwko Szwajcarii* (decyzja z 18 stycznia 1996 r.), w której mąż zarzucał, że obciążające go świadczenia o charakterze podatkowym, od których są wolne żony, naruszają równe traktowanie małżonków i tym samym art. 5 Protokołu dodatkowego nr 7 do EKPC.

**Prawa ojców** wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka znajdujemy w interesujących wyrokach dotyczących naruszenia art. 8 EKPC przez te państwa, które na skutek regulacji proceduralnych uniemożliwiały mężczyźnie własne dochodzenie ustalenia ojcostwa nieślubnego dziecka. W tym orzeczenie w sprawie przeciwko Polsce (wyrok z 18 maja 2006 r. *Różański przeciwko Polsce*), zapadłe na tle Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego sprzed nowelizacji z 2004 r., w tym art. 84 k.r.o., czy też uniemożliwiają-

ce wznowienie postępowania o ustalenie ojcostwa w związku z postępowaniem naukowym i dostępnymi metodami badania DNA. Trybunał uznał, że sądy krajowe powinny interpretować istniejące ustawodawstwo dotyczące wznowienia postępowania w świetle postępu naukowego oraz wynikających z niego reperkusji społecznych (wyrok z 9 listopada 2006 r. *Tavli przeciwko Turcji*). Ciekawe, jaka będzie reakcja na to wyzwanie naszych sądów, stosujących bardzo restrykcyjnie przepisy o wznowieniu postępowania.

Interesujące są orzeczenia dotyczące objęcia dziecka opieką publiczną, których wydzźwięk sprowadza się do tezy, że ingerencja państwa w życie rodzinne polegająca na umieszczeniu dziecka poza rodziną podejmowana może być jedynie dla dobra dziecka w przypadkach przewidzianych prawem i przy zachowaniu procedury decyzyjnej gwarantującej rodzicom ich uczestnictwo w postępowaniu i ochronę ich interesów. Trybunał przypomina przy tym przewodnią zasadę, zgodnie z którą zarządzenie w sprawie pieczy, jako środek tymczasowy, winno być wykonywane w zgodzie z ostatecznym celem, jakim jest ponowne zjednoczenie naturalnego rodzica i dziecka i uchylenie zarządzenia, skoro tylko okoliczności na to pozwolą. Stwarzanie przeszkód w ponownym zjednoczeniu rodziny Trybunał uznaje za naruszenie art. 8 EKPC (wyrok z 30 maja 2006 r., sprawa *R. przeciwko Finlandii*).

Trybunał uznał za naruszenie tego prawa niewykonanie lub opieszałość wykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem (wyrok z 23 września 1994 r. *Hokkannen przeciwko Finlandii*). Procedury dotyczące przyznania władzy rodzicielskiej, włączając w to wykonanie orzeczenia, zdaniem Trybunału wymagają załatwienia naglącego, ponieważ upływ czasu może rodzić konsekwencje nie do naprawienia między rozdzielonym dzieckiem i rodzicem (wyrok z 26 czerwca 2003 r. *Maire przeciwko Portugalii*).

Orzecznictwo dotyczące prawa dziecka do kontaktów z rodzicami na wypadek separacji lub rozwodu to wyroki, których istota sprowadza się do tezy, że państwo ma obowiązek zapewnić wystarczające zaangażowanie rodziców w postępowanie dotyczące owych kontaktów w stopniu wystarczającym dla zapewnienia wymaganej ochrony interesów dziecka. I tak np. Trybunał uznał, że oddalenie wniosku o wydanie ekspertyzy psychologicznej co do oświadczeń dziecka na temat kontaktów z ojcem i brak rozprawy przed sądem okręgowym stanowi naruszenie art. 8 EKPC (wyrok z 13 lipca 2000 r., *Elsholz przeciwko Niemcom*). Ciekawy i godny polecenia naszym sądom, dość powszechnie ignorującym wysłuchanie małych dzieci, jest wyrok stwierdzający naruszenie art. 8 EKPC przez zaniechanie wysłuchania dziecka 5-letniego co do kontaktów z ojcem, któremu sądy niemieckie odmówiły dostępu do dziecka (wyrok z 11 października 2001 r. *Sahin przeciwko Niemcom*).

W kwestii dotyczącej dyskryminacji mężczyzn (*sic!*) interesujący jest wyrok uznający za naruszenie art. 14 EKPC, tj. zakazu dyskryminacji, istnienie terminu 6 miesięcy od daty urodzenia dziecka dla złożenia pozwu o zaprzeczenie ojcostwa przez ojca przy braku jakichkolwiek ograniczeń czasowych dla takiego zaprzeczenia przez dziecko (wyrok z 12 stycznia 2006 r., sprawa *Mizzi przeciwko Malcie*).

Prawa ojców bronią wyroki Trybunału, które generalnie biorąc, uznają za naruszenie art. 8 EKPC wydalenie cudzoziemców z kraju jako skutek popełnionych przez nich przestępstw, o ile ich więzi z krajem wydalenia oraz separacja od żony i dzieci prowadzą do wniosku, że taka ingerencja jest nieproporcjonalna do uprawnionego celu wydalenia (pozbycie się sprawcy przestępstw). Tak właśnie orzekł Trybunał w wyroku *Mehemi*

*przeciwko Francji* z 26 listopada 1997 r. co do Algierczyka, męża i ojca trojga dzieci, urodzonego we Francji i niemającego więzi z Algierią.

Istnieje wiele orzeczeń Trybunału, które podkreślają, że w sprawach pieczy nad dzieckiem wymagana jest szczególna staranność w zachowaniu rozsądnego czasu orzekania wymaganego przez art. 6 EKPC (np. wyrok z 5 kwietnia 2005 r. *Monory przeciwko Rumunii i Węgrom*). Lektura omawianego orzecznictwa jest zajmująca i inspiruje do krytycznego spojrzenia na prawo i praktykę naszych sądów, a także daje sposobność porównania z rozwiązaniami w innych państwach, też nie zawsze doskonałymi, co wykazują wyroki Trybunału.

**Skutki orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka** są wielorakie i można je rozpatrywać w płaszczyźnie skutków dla samego skarżącego, jak i w szerszej, związanej z większym zasięgiem ich oddziaływania z racji powagi Trybunału jako najwyższego autorytetu dokonującego wykładni Konwencji i oceniającego zgodność postępowania państw z jej normami tak w zakresie prawa, jak i praktyki (pełną gamę skutków orzeczeń Trybunału strasburskiego podaje M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, 5. wydanie, Warszawa 2010, s. 157 i n.). Zgodnie z art. 46 państwo jest zobowiązane do wykonania orzeczenia Trybunału. Wynika z tego obowiązek dokonania *restitutio ad integrum* i wypłaty odszkodowania lub zadośćuczynienia. Dotyczy to ofiary naruszenia praw, czyli wygrywającego sprawę przed Trybunałem. Niezależnie od tego mogą to być obowiązki o charakterze ogólnym, niezwiązane z osobą skarżącego (ofiara naruszenia), polegające na zmianach ustawodawczych czy praktyce funkcjonowania zwłaszcza sądów. Zalecenia w tej mierze formułuje Trybunał w szczególności w tzw. wyrokach pilotażowych, wydawanych w sprawach, w których stwierdza dysfunkcjonalność rozwiązań prawnych lub praktyk, skutkujących naruszeniem Konwencji. Często państwo nawet bez owych zaleceń dokonuje zmian ustawodawstwa po stwierdzeniu przez Trybunał naruszenia Konwencji. I tak w sprawach rodzinnych było w kwestii dyskryminacji nieślubnych dzieci przy dziedziczeniu. Po wyroku Trybunału w sprawie *Mazurek* z lutego 2000 r. ustawą z 3 grudnia 2001 r. zostało w tej mierze zmienione prawo francuskie (podaję za F. Sudre, *Droit europeen*, s. 582).

**Konkluzje.** Ochrona rodziny i prawa do zawarcia małżeństwa zajmuje poczesne miejsce w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, poświęcającej im stosunkowo wiele miejsca, tak jeśli idzie o liczbę artykułów Konwencji i protokołów dodatkowych, jak i obfite orzecznictwo Trybunału. Orzecznictwo Trybunału (a wcześniej także Komisji Praw Człowieka) przyczyniło się do zmiany ustawodawstwa i praktyki w wielu państwach w takich kwestiach, jak dziedziczenie przez dzieci nieślubne, zmiana aktu stanu cywilnego osób transseksualnych, prawo żądania przez ojca naturalnego ustalenia jego ojcostwa, prawo do wysłuchania dzieci posiadających dostateczne rozeznanie w kwestii, któremu z rodziców powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej nad nimi, i w wielu innych sprawach.

Trybunał czyni z Konwencji liczącej już ponad 60 lat żywy instrument ochrony tych praw, dbając, by nie miały one charakteru iluzorycznego, lecz realny, uwzględniając ewolucje poglądów i ocen we współczesnych społeczeństwach w takich kwestiach, jak traktowanie nieślubnych dzieci, zmiana płci czy stosunek do mniejszości.

Prawa wymienione w Konwencji stanowią minimalny standard, który musi być zachowany przez państwa strony EKPC. Nie oznacza to, że państwa nie powinny tworzyć wyższych standardów. Na ogół tam, gdzie one występują, nie ma zjawisk naruszania Konwencji. Zarazem Konwencja, sformułowana bardzo lapidarnie, pozwala Trybunałowi czynić z niej żywy instrument obrony praw człowieka, nadając im sens dostosowany do zmieniających się warunków życia i poglądów, w których godność człowieka inspirowane do dawania mu coraz lepszej ochrony. Dawanie człowiekowi sprawiedliwości jako osobie jest też formą realizacji miłości, co jest głównym przesłaniem encykliki *Deus Caritas est*.



# Z wokandy Luksemburga

Tomasz Tadeusz Koncewicz

## VAN GEND EN LOOS I 50 LAT INTEGRACJI PRZEZ PRAWO (cz. 2)<sup>1</sup>

### WYROK VAN GEND EN LOOS I IDEA EUROPY

Choć samo upodmiotowienie jednostki w prawie międzynarodowym nie jest koncepcją nową<sup>2</sup>, to jednak dopiero w prawie unijnym jednostka rzeczywiście wychodzi z cienia władzy i staje się dla niej partnerem<sup>3</sup>. Teza o „życiu w epoce praw podmiotowych”<sup>4</sup> doskonale ujmuje najważniejszy element prawa unijnego: upoważniony, przezorny i czujny podmiot, który chce walczyć o swój status. Znaczenie „filozofii *Van Gend en Loos*” polega na tym, że bezpośredni skutek Traktatu jako „karty konstytucyjnej” zawierającej prawa podmiotowe z połączonym postulatem ich następczego egzekwowania stawia jednostkę w centrum systemu jako jego główny punkt odniesienia<sup>5</sup>. Wyeksponowanie jednostki stanowi cechę wyróżniającą prawo unijne na długo przed formalnym wprowadzeniem instytucji obywatelstwa, skoro orzecznictwo konsekwentnie podkreślało, że jednostka, która egzekwuje swoje prawa podmiotowe, jest uczestnikiem nowego porządku prawnego<sup>6</sup>. Jednostka-uczestnik co do zasady występuje wobec państwa jako

<sup>1</sup> Część 1 tekstu została opublikowana w „Palestrze” 2013, nr 5–6.

<sup>2</sup> W. P. Gormley, *The Procedural Status of The Individual Before International and Supranational Tribunals*, The Hague 1966. W literaturze polskiej B. Mielnik, *Kształtowanie się pozapaństwowej podmiotowości w prawie międzynarodowym*, Wrocław 2008, s. 13 i n.

<sup>3</sup> Termin „jednostka” jest rozumiany w sposób szczególny. Nie oznacza, jak mogłaby sugerować literalna interpretacja, tylko osoby fizycznej. Podstawowym kryterium wyróżnienia jednostki w prawie unijnym jest zdolność do korzystania z praw podmiotowych i środków ochrony prawnej, niezależnie od kwestii, czy w danym konkretnym przypadku chodzi o osobę fizyczną, czy prawną. Kwestia klasyfikacji ma przynajmniej w tym przypadku znaczenie drugorzędne. Zob. A. G. Toth, *Legal Protection of Individuals in the European Communities. Vol. I. The Individual and Community Law*, Amsterdam–New York–Oxford 1978, s. 99.

<sup>4</sup> L. Henkin, *The Age of Rights*, New York 1990 i N. Bobbio, *The Age of Rights*, London 1996.

<sup>5</sup> Zob. A. G. Toth, *Legal Protection*, s. 98–114 oraz C. Harlow, *Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union*, (w:) S. Alston (red.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, s. 191.

<sup>6</sup> *Report of the Court of Justice on Certain Aspects of the Application of the Treaty on European Union*, Luxembourg 1995, s. 4.

podmiot uprawniony. Polega na swojej własnej aktywności i zdolności oceny, a nie jest już uzależniona od dobrej woli podmiotów trzecich, które mogą, ale wcale nie muszą działać w jej imieniu. Takie ujęcie zmusza do zasadniczego przewartościowania tradycyjnego sposobu, w jaki moglibyśmy analizować prawo unijne według prawnomiędzynarodowego paradygmatu<sup>7</sup>. Jednostka przestaje być obserwatorem i przechodzi w kierunku jednostki-uczestnika. Jednostka staje się beneficjentem refleksyjnego działania prawa unijnego. *Van Gend* bazuje na autonomii jednostki. Autonomia oznacza prawa podmiotowe, których ograniczenie może nastąpić tylko w imię dobra wspólnego i tylko gdy istnieją racjonalne powody dla takiego ograniczenia, a których kontrola należy do sądu. To proceduralne oddziaływanie *Van Gend* jest nie mniej istotne niż samo upodmiotowienie.

### „CZUJNA” JEDNOSTKA

Uznanie statusu jednostki i konsekwentna interpretacja Traktatu jako źródła praw podmiotowych nie rozstrzygają jeszcze, na podstawie jakiego mechanizmu ten status i prawa mają być egzekwowane. Dlatego drugim istotnym elementem „filozofii *Van Gend en Loos*” jest zrelacjonowanie statusu jednostki jako podmiotu uprawnionego do systemu prawa. Trybunał nie tylko bowiem daje podmiotom prywatnym narzędzie w postaci bezpośredniego skutku, ale dodatkowo uzupełnia system ochrony prawnej przewidziany w Traktacie. Łacińska maksyma *iura vigilantibus scripta sunt* doskonale oddaje sens prawa unijnego: jest ono stosowane i interpretowane przez sądy krajowe, ale na wniosek jednostek uprawnionych mocą prawa unijnego<sup>8</sup>. Odwołanie się do „czujnych jednostek”, których aktywność uzupełnia nadzorcze kompetencje Komisji<sup>9</sup>, spowodowało wciągnięcie jednostek do procesu integracyjnego nie tylko jako uczestnika, ale także jako podmiot współkształtujący nowy wymiar prawa ponadnarodowego. To ich aktywność stanowi nowy i dodatkowy element w systemie ochrony przestrzegania prawa unijnego. Uzupełnia kompetencje powierzone w tym zakresie Komisji i państwom członkowskim odpowiednio na podstawie art. 258 (Komisja *v.* państwo) i 259 Traktatu (państwo *v.* państwo). Artykuły 258–259 i art. 267 Traktatu (procedura prejudycjalna) ustanawiają dwie wzajemnie się uzupełniające procedury, które łączą cel zapewnienia rzeczywistej kontroli przestrzegania bezpośrednio skutecznych praw podmiotowych. Orzeczenie prejudycjalne Trybunału i orzeczenie merytoryczne sądu krajowego spajają system ochrony prawnej, przewidując różne funkcje dla Trybunału

<sup>7</sup> Zob. znamienne zatytułowany tekst byłego Prezesa Trybunału Sprawiedliwości R. Lecourta, *Quel eut été les droits des Communautés Sans les arrêts de 1963 et 1964?*, (w:) *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris 1991, s. 349 i n. Z kolei J. H. H. Weiler argumentuje, że rozstrzygnięcie sprawy *Van Gend* byłoby identyczne, gdyby Trybunał korzystał z klasycznych argumentów i dyrektyw interpretacyjnych dostępnych w prawie międzynarodowym. Tak w: *Rewriting Van Gend & Loos: Towards a Normative Theory of ECJ Hermeneutics*, (w:) O. Wiklund (red.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Stockholm 2003, s. 150 i n.

<sup>8</sup> Należy podkreślić, że rola jednostek w prawie unijnym wykracza daleko poza samą perspektywę egzekwowania praw za pośrednictwem sądów krajowych. Jednostki poprzez swoich przedstawicieli uczestniczą także w Parlamencie Europejskim w procesie decyzyjnym na poziomie unijnym, co było (warto o tym pamiętać!) jednym z argumentów w *Van Gend en Loos* przemawiających w opinii Trybunału za bezpośrednim skutkiem prawa europejskiego.

<sup>9</sup> Sprawa 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR I.

i dla sądu krajowego. Włączenie sądów krajowych w proces stosowania i interpretacji Traktatu doprowadziło do powstania zdecentralizowanego systemu ochrony prawnej na poziomie krajowym, który jest spięty szczególnym dialogiem między uprawnioną jednostką i sądem krajowym<sup>10</sup>. Jednostka staje się nowym, potężnym audytorium, do którego przemawia sąd i na którego świadomość prawną liczy. Adresat wyroku zainteresowany jego oddziaływaniem zrobi bowiem wszystko we własnym subiektywnym interesie, aby wyrokowi zapewnić faktyczne egzekwowanie<sup>11</sup>. W konsekwencji jednostka znajduje się w nowej dla siebie sytuacji, ponieważ nie tylko jest na równym poziomie z państwem, ale ma także szansę na zwycięstwo.

### VAN GEND EN LOOS JAKO UPRAWOMOCNIENIE SĄDU KRAJOWEGO

Dzięki *Van Gend* europejski system kontroli prawnej, na szczycie którego stoi Trybunał Sprawiedliwości, ma charakter dualistyczny. Z jednej strony charakter „publiczny” (rola instytucji i państw), a z drugiej „prywatny” (aktywna rola podmiotów prywatnych) o charakterze komplementarnym<sup>12</sup>. Bez elementu „prywatnego” uznanie Traktatu za źródło praw podmiotowych pozostałoby jedynie deklaracją. Za prawami muszą bowiem iść procedury dla zapewnienia ich skuteczności<sup>13</sup> i przekonanie, że „ja jako podmiot uprawniony” jestem uzależniony także na etapie egzekucji wyłącznie od swoich aktów staranności. W tym celu „filozofia *Van Gend en Loos*” oznacza włączenie sądów krajowych w proces stosowania, interpretacji i (re)konstrukcji „nowego porządku prawnego”. Tak rozumiana „filozofia *Van Gend en Loos*” ma znaczenie fundamentalne i definiujące dla aksjologii prawa europejskiego, ponieważ łączy jednostkę z prawem i sądem, podkreślając, że tylko od zaradności jednostki zależy wykorzystanie potencjału ukrytego w bazowym założeniu o jednostce uczestniczącej. W konsekwencji partycypacja nie tylko sprzyja ekspansji sfery indywidualnej, ale także promuje wymiar systemowy prawa unijnego, ponieważ w jednostce widzi rzeczywistego strażnika integralności i przestrzegania prawa unijnego. Poprzestanie na uznaniu, że przepisy prawa unijnego są zaadresowane jedynie do państw, zawęziłoby znacznie pole manewru podmiotów funkcjonujących na rynku, ponieważ byłyby one zmuszone składać skargę do Komisji, a następnie być zdane na dobrą wolę Komisji i wynik jej postępowania administracyjnego. Nawet jednak w przypadku przekazania sprawy Trybunałowi jego wyrok skazujący wywierałby jedynie skutek deklaratoryjny. W ten sposób potencjalna energia zawarta w „filozofii *Van Gend*” nie zostałaby nigdy uwolniona, skoro „aspekt uprawnienia” pozostałby je-

<sup>10</sup> Na ten aspekt systemowego wkładu *Van Gend en Loos* zwracał uwagę sędzia Trybunału Profesor K. Lenaerts w swojej interwencji w trakcie rocznicowej konferencji zorganizowanej przez Trybunał Sprawiedliwości 13 maja 2013 r. z okazji 50-lecia wydania wyroku *Van Gend*.

<sup>11</sup> J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, (1991) 100 „Yale Law Journal” 2403, s. 2420–2421.

<sup>12</sup> P. Craig dokonał rozróżnienia na „public and private enforcement of norms which comprise the system”, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, (1992) 12 „Oxford Journal of Legal Studies” 453.

<sup>13</sup> Zob. R. Lecourt, *Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, (w:) *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris 1991.

dynie w sferze hasła. Po raz kolejny górę brałby paradygmat „jednostki w cieniu administracji”. W tym właśnie momencie mamy do czynienia z jakościową zmianą, która redefiniuje klasyczne kanony myślenia o relacji pomiędzy sferą publiczno- a prywatnoprawną. W postępowaniu przed niezależnym i bezstronnym sądem strony korzystają z równości proceduralnej: państwo (wspólnota) musi przed sądem uargumentować zasadność ingerencji w sferę indywidualną. Przed sądem podmioty słabe politycznie są wysłuchane, a potężne państwo musi wytłumaczyć się ze swojego postępowania<sup>14</sup>. Partycypacja i autonomia wzmacniają element demokratyczny Unii, ponieważ prawo unijne zostaje wyjęte z rąk polityków i biurokratów i w to miejsce powierzone obywatelom. Sąd krajowy natomiast zostaje w sposób bezpośredni zaangażowany w służbę prawu unijnemu i czujnej, kontestującej rzeczywistość prawną jednostce.

### „JEDNOSTKA – SĄD – PROCEDURA” I LEGITYMIZACJA PRAWA EUROPEJSKIEGO

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, można postawić tezę, że *Van Gend en Loos* i bezpośredni skutek to coś znacznie więcej niż jedynie techniczna właściwość normy prawa<sup>15</sup>. To wybór o fundamentalnym znaczeniu, który przesądza o aksjologii i legitymizacji systemu prawa. System promuje sferę praw podmiotowych jednostki będących emanacją jej godności i sferę proceduralną w postaci dostępu do sądu i procedury, które ten godnościowy status jednostki mają chronić. W konsekwencji uzyskujemy rządy prawa jako ideał porządku prawnego, którego komponentami z perspektywy formalnej są tradycyjna praworządność (wyrażona od początku przez zasadę kompetencji powierzonych i *checks and balances*), oraz stronę materialną wyznaczoną sferą autonomii jednostki w postaci praw podmiotowych i gwarancji ich przestrzegania<sup>16</sup>. Sfera materialna rządów prawa zawiera olbrzymi potencjał argumentacyjny, ponieważ podlega rekonstrukcji przez orzecznictwo jako kontrakcja wobec zarzutów o „deficyt sądowy”, sędziowski deficyt i arbitralną transformację systemu. Z czasem ochrona godnościowego statusu jednostki staje się potężną racją legitymizującą działalność instytucji. Odejście od klasycznej dominacji państwa w kierunku nowatorskiej emancypacji jednostki przesądza o charakterze systemu prawa. „Filozofia *Van Gend*” dokonała połączenia elementów porozrzucanych w pierwotnym traktacie rzymskim w jedną całość, następnie próbnie zaproponowała ich orzecznicze odczytanie audytorium, oczekując na odpowiedź, i dopiero po okresie hibernacji oraz oczekiwania odkryła swój prawdziwy zasięg reformującego oddziaływania.

Dobrze rozumiana „filozofia *Van Gend en Loos*” stawia nie tylko pytanie, co prawo unijne może zrobić dla jednostki, ale także co jednostka może zrobić dla prawa euro-

<sup>14</sup> A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, ze wstępem J. Baszkiewicza, Warszawa 1976.

<sup>15</sup> Zob. też analizę J. R. Bengoetxea, *Is Direct Effect a General Principle of European Law?*, (w:) U. Bernitz, J. Nergelius, C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a process of development*, The Hague 2008, s. 6 i n.

<sup>16</sup> P. Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, (1983) 8 „European Law Review” 155, s. 158, który podkreśla, że dostęp jednostki do sądu w celu ochrony praw podmiotowych jest warunkiem uznania społeczeństwa za demokratyczne.

pejskiego<sup>17</sup>. Jednostka wraz ze swoimi prawami występuje wobec prawa europejskiego jako szczególna siła legitymizująca to prawo, skoro nie chodzi tylko o rządy państw członkowskich, ale także o narody (fr. *peuples*), a działania instytucji Unii dotyczą zarówno państw członkowskich, jak i ich obywateli (*leurs citoyens*). To Unia występuje wobec jednostki jako źródło praw, tym samym uzyskując uzasadnione oczekiwanie, że jednostki, dzięki niej uprawnione, będą wykazywać lojalność wobec nowego, konkurencyjnego wobec państw źródła praw podmiotowych<sup>18</sup>. Lojalność wobec Unii jest konsekwencją przyjęcia, że Unia jest źródłem praw podmiotowych i wiąże obywateli Unii poczuciem wspólności swojego statusu prawnego<sup>19</sup>. W ten sposób uzyskujemy punkt odniesienia, który przypomina o konieczności porządkowania wydarzeń jednostkowych w kontekście większego schematu. „Filozofia *Van Gend en Loos*” rekonstruuje Traktat jako szczególnego rodzaju pakt zawarty pomiędzy narodami Europy, który wiąże rządy, a nie jedynie jako umowę międzynarodową pomiędzy rządami, która nakłada obowiązki na obywateli<sup>20</sup>.

Odwołanie się do praw podmiotowych, które stanowią element dziedzictwa prawnego jednostek, podkreśla, że państwa nie są w stanie w pełni kontrolować rzeczywistego kształtu stosunku prawnego związanego pomiędzy jednostką a Unią. Państwa występują w roli decydentów na początku procesu (decydują o zawartości Traktatu), ale na dalszym etapie kluczowe znaczenie odgrywa autonomiczna interpretacja tej pierwotnej zawartości przez Trybunał<sup>21</sup>. W konsekwencji wyeksponowanie jednostki pociągnęło za sobą zjawisko przypominające *piercing the veil* w kontekście państw chroniących dotąd pilnie swojej sfery wpływów<sup>22</sup>. *Van Gend* jest kamieniem milowym dla bezpośredniej penetracji prawa krajowego przez prawo unijne za pośrednictwem procedury prejudycjalnej i jednostki wyzwolonej spod ograniczeń prawa krajowego, która zwraca się wprost do sądów krajowych *qua* unijnych o udzielenie ochrony prawnej. Z jednej strony sąd krajowy winien jest nadal posłuszeństwo „swojemu” prawu, ale z drugiej „filozofia *Van Gend*” zawiera konkurencyjny punkt odniesienia i lojalności. Opiera się ona bowiem na założeniu, że nakaz posłuszeństwa dotyczy także prawa unijnego, bez konieczno-

<sup>17</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge 2006, s. 49.

<sup>18</sup> A. Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Baden-Baden 1991, s. 15.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 14–15.

<sup>20</sup> O wadze aspektu „zobowiązania” dla prawidłowej rekonstrukcji znaczenia i zasięgu bezpośredniego skutku zob. tekst D. Edwardsa, *Direct Effect – Myth, Mess or Mystery?*, „Il Diritto dell’Unione Europea” 2002, nr 2, s. 215 i n.

<sup>21</sup> D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union Law*, s. 50. Na skutek wyroku w sprawie *Van Gend* prawo podmiotowe dla jednostki może być konsekwencją nie tylko przepisu nadającego takie prawo w sposób wyraźny, ale także *implicite*. Zob. Ch. Hilson, *What’s in a Right? The Relationship Between Community, Fundamental and Citizenship Rights in EU Law*, (2004) 29 „European Law Review” 636, s. 637.

<sup>22</sup> Termin za A. M. Slaughter, L. R. Helfer, *Toward a Theory of effective supranational adjudication*, (1997) 107 „Yale Law Journal”, s. 288. W konsekwencji supranacjonalizacji europejskiego wymiaru sprawiedliwości dochodzi do przeciwstawienia państwa aktorom niepaństwowym i uznania podmiotowości tych ostatnich w postępowaniu przed sądem. Roszczenia przeciwko państwu rozstrzygane przez sąd ponadnarodowy, a następnie egzekwowane na poziomie krajowym, prowadzą do erozji państwa jako podmiotu unitarnego. O tym procesie zob. też świetną analizę W. Sadurskiego, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, (2009) 9 „Human Rights Law Review” 397.

ści dalszego pośrednictwa pozostałych instytucji i prawa krajowego<sup>23</sup>. To w tym sensie odesłanie do jednostki w *Van Gend en Loos* stało się z upływem czasu nie tylko potężną racją legitymizującą Trybunał oraz rezerwatem pamięci instytucjonalnej i tożsamości sądu<sup>24</sup>, ale szerzej – roszczeniem prawa europejskiego do wkraczania w coraz to nowe sfery życia, dając jednostce konkretną twarz obywatela. Ten ostatni nie pojawiłby się w Traktacie o Unii Europejskiej w 1992 r., gdyby nie poprzedzające 30 lat jurysprudencji budującej na fundamencie *Van Gend en Loos*. Na tym też polega konstytucyjne wizjonerstwo tego wyroku.

---

<sup>23</sup> D. Halberstam, *Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend*, University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series Nr 104/2008, s. 5.

<sup>24</sup> O tym pisałem w *Sądowy „Pakt dla Europy”*, „Rzeczpospolita” z 30 kwietnia–1 maja 2013 r., s. C8.



# Pytania i odpowiedzi prawne

*Ewa Stawicka*

## **CZY PRZEDMIOT MAJĄTKOWY NALEŻĄCY W CHWILI TESTOWANIA DO MAJĄTKU WSPÓLNEGO MAŁŻONKÓW POZOSTAJĄCYCH W USTROJU WSPÓLNOŚCI USTAWOWEJ MOŻE ZOSTAĆ OBJĘTY ZAPISEM WINDYKACYJNYM?**

Od momentu wejścia w życie ustawy z dnia 18 marca 2011 r. (Dz.U. nr 85, poz. 458), która z datą 23 października 2011 r. wprowadziła do Kodeksu cywilnego zmianę polegającą na dodaniu instytucji zapisu windykacyjnego, toczyły się wśród praktyków prawa spory o to, czy konstrukcja ta będzie realnie dostępna dla testatorów pozostających w ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej. Notariusze w większości prezentowali stanowisko, że czynienie rozrządzeń *mortis causa* w postaci zapisów windykacyjnych jest niedopuszczalne, jeżeli taki zapis miałby dotyczyć udziału w przedmiocie majątkowym należącym do małżeńskiej masy majątkowej.

Niedawno wydanym orzeczeniem Sąd Najwyższy rozstrzygnął natomiast problem pokrewny. W podjętej w trzyosobowym składzie uchwale z 18 lipca 2012 r., noszącej sygnaturę III CZP 46/12, znalazła się teza następująca: „**Zapisek windykacyjnym mogą być objęte przedmioty majątkowe wymienione w art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c. należące do majątku wspólnego małżonków pozostających w ustroju wspólności ustawowej**”.

Uchwała ta zapadła w wyniku rozpoznania zagadnienia prawnego przedstawionego przez sąd rozstrzygający w sprawie wszczętej ze skargi niedosłego testatora na odmowę dokonania czynności notarialnej. Główna myśl, na której opiera się jej uzasadnienie, jest bardzo prosta: oto testator może w każdym wypadku objąć swoją ostatnią wolą rzecz albo prawo, które w chwili testowania nie należą do jego majątku – i zasada ta oczywiście stosuje się również do zapisów windykacyjnych. Artykuł 35 k.r.o. tyczy się wyłącznie czynności prawnych *inter vivos*, zatem nie może być przeszkodą w sporządzaniu aktów notarialnych obejmujących rozrządzenie na wypadek śmierci w postaci zapisu windykacyjnego. Taka czynność prawna będzie ważna w momencie jej dokonywania, a tylko jej skuteczność w momencie śmierci testatora stanie się kwestią odrębną. Nie jest – zdaniem składu orzekającego – dopuszczalne stwarzanie bariery do sporządzenia żądanego aktu notarialnego, skoro cecha zbywal-

ności przedmiotu zapisu, o której mowa w art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c., niewątpliwie ma miejsce (w kasusie, na tle którego zapadło omawiane orzeczenie, przedmiotem zapisu miało się stać spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu). Sąd Najwyższy użył również argumentu, że ponieważ przeważająca większość par małżeńskich w Polsce pozostaje w ustroju wspólności ustawowej, ograniczanie dysponowania składnikami takiej wspólności na wypadek śmierci mogłoby być postrzegane jako dyskryminacja osób pozostających w związku małżeńskim.

Jeżeli omawiane tutaj rozstrzygnięcie zapoczątkuje spójną linię orzecniczą, notariusze zapewne bez wyraźnych oporów będą sporządzali akty zawierające zapis windykacyjny obejmujący przedmiot majątkowy należący wspólnie do testatora i jego współmałżonka. Trzeba jednakże zauważyć, że rozpowszechnienie się takiej praktyki oznaczać mogłoby w dalszej bądź nieodległej nawet przyszłości liczne sytuacje, w których po śmierci testatora zapis okazywałby się bezskuteczny. Dotyczyłoby to wielu spośród tych wypadków, w których współmałżonek testatora przeżyje go – bo gdyby on sam miał być beneficjentem zapisu windykacyjnego i uzyskać po śmierci żony czy męża pełnię uprawnień do mieszkania, to spotka go zawód. Tym samym skutek prawa dyskryminujący – w społecznym odbiorze – pary żyjące w małżeństwach z typowym ustrojem majątkowym byłby jedynie odłożony w czasie.

Być może praktyczna wskazówka do sposobu czynienia zapisów windykacyjnych w warunkach pozostawania testatora we wspólności małżeńskiej majątkowej powinna być taka, aby w treści rozrządzenia przewidywać jednocześnie, jaki ma być jego skutek, jeżeli w momencie otwarcia spadku okazałoby się, że przedmiot zapisu windykacyjnego nie wchodzi w skład masy spadkowej. Taka wskazówka będzie miała jednakże wartość tylko wtedy, jeżeli powszechnie zaakceptowane zostanie twierdzenie, że norma zapisana w zdaniu pierwszym art. 981<sup>2</sup> k.c. ma charakter dyspozytywny (stanowisko takie prezentuje K. Osajda w elektronicznym komentarzu do Kodeksu cywilnego dostępnym w programie LEGALIS, a także P. Księżak we wskazanej w tymże komentarzu publikacji).

Przede wszystkim jednak, choć uchwała Sądu Najwyższego, o której mowa, odpowiada wprost na wątpliwość wyrażoną w zagadnieniu prawnym i nie sposób odmówić słuszności jej głównej tezie, to jednak zasadniczy problem wydaje się wprost wciąż nie do końca rozwiązany. Problemem tym jest dopuszczalność konstruowania zapisu windykacyjnego przyszłej ułamkowej części przedmiotu objętego wspólnością małżeńską. W dyskusjach toczonych wkrótce po uchwaleniu odnośnej zmiany do Kodeksu cywilnego podnoszono między innymi, jako argument na „nie”, że udziały w majątku wspólnym małżonków po ustaniu wspólności nie zawsze okażą się równe.

Trzeba zauważyć, że po części źródło obecnych kłopotów z interpretacją przepisu zdania pierwszego art. 981<sup>2</sup> k.c. tkwi w nie najszcześniejszym jego sformułowaniu. Nieprecyzyjnie bowiem nakreślił ustawodawca sytuację, która miałaby polegać na tym, że „w chwili otwarcia spadku przedmiot zapisu nie należy do spadkodawcy”. Siłą rzeczy bowiem do zmarłego nie należy już żadna masa majątkowa ani element takowej. Natomiast z chwilą otwarcia spadku ustaje wspólność majątkowa małżeńska i otwiera się możliwość określenia ułamkowych części w poszczególnych jej składnikach.

Najbliższa przyszłość orzecznicza zapewne pokaże, czy istniejące obecnie wątpliwości uda się rozwiązać drogą interpretacji przepisu. Wydaje się, że możliwe jest rozwinięcie podstawowej myśli zawartej w motywach omówionej wyżej uchwały Sądu Najwyższego – w ten sposób, iż poprzez celowościową wykładnię normy zdania pierwszego art. 981<sup>2</sup> k.c. za dopuszczalne uznać należałoby również rozrządzenie określonym ułamkowym udziałem w przedmiocie zapisu windykacyjnego. Taka dyspozycja spadkodawcy pozostałaby obciążona już tylko nieczęstym ryzykiem polegającym na tym, że udział w majątku dorobkowym okazałby się inny aniżeli ułamek wskazany dla przedmiotu zapisu windykacyjnego.

# Pytanie o obronę (14)

*Antoni Bojańczyk*

## CZY OBROŃCA Z URZĘDU MOŻE ODMÓWIĆ OSKARŻONEMU SPORZĄDZENIA I WNIESIENIA APELACJI, UZASADNIAJĄC TO BRAKIEM PODSTAW DO SPORZĄDZENIA ŚRODKA ODWOŁAWCZEGO?

1. Na wstępie trzeba wyjaśnić powody, które zmuszają do zawężenia tytułowego zagadnienia wyłącznie do tych konfiguracji procesowych, w których oskarżonego i obrońcę łączy stosunek obrończy z urzędu, natomiast poza zakresem rozważań niniejszego tekstu każą pozostawić te układy, w których dochodzi do nawiązania stosunku obrończego z wyboru. Otóż istotne problemy procesowe związane z odmową sporządzenia apelacji przez obrońcę nie mogą – co do zasady – zaktualizować się w konfiguracji obrony z wyboru. Ponieważ stosunek obrończy zostaje tutaj nawiązany na zasadzie pełnej dobrowolności i porozumienia pomiędzy mandantem a obrońcą, to również potencjalny brak zgody pomiędzy nimi co do potrzeby ewentualnego zaskarżenia rozstrzygnięcia pierwszej instancji nie może, naturalnie, prowadzić do impasu procesowego i paraliżu dalszej akcji obrończej. W razie powstania rozbieżności zapatrywań co do dalszej linii obrony dojdzie więc albo do przewyższenia różnicy zdań pomiędzy obrońcą i mandantem (i zgody co do konieczności wniesienia środka odwoławczego oraz jego kształtu albo do odstąpienia od jego wniesienia), albo – w razie istnienia nieprzewyżczalnych różnic zdań odnośnie do sensu inicjowania postępowania odwoławczego i kontroli odwoławczej – do rozwiązania stosunku obrończego z wyboru. Krótko mówiąc, napięcia na linii mandant-obrońca z wyboru na międzyinstancyjnym etapie postępowania sądowego, gdy strona stoi przed dylematem związanym z podjęciem decyzji co do nadawania dalszego, „odwoławczego” biegu sprawie i ewentualnego zaskarżenia orzeczenia, nie mogą w efekcie doprowadzić do sytuacji o charakterze patowym. Jest to związane w sposób immanentny ze swoistym charakterem stosunku obrończego z wyboru, który w przypadku nieprzewyżczalnych rozbieżności co do kierunku i sposobu wykonywania obrony może być zawsze rozwiązany przez jego strony. Zgola odmiennie wydaje się przedstawiać natomiast – w analogicznym układzie procesowym

– stanowisko procesowe obrońcy z urzędu. Jak wiadomo, ten stosunek obrończy nie jest już (w odróżnieniu od stosunku obrończego nawiązywanego na skutek swobodnego wyboru dokonywanego przez mandanta) ukształtowany w aż tak elastyczny sposób przez ustawodawcę. Przeciwnie: Kodeks postępowania karnego wprowadza w tym zakresie dość daleko idące obostrzenia. W sposób zasadniczy rzutują one na swobodę obrońcy w określaniu właściwej strategii prowadzenia obrony. Kluczowe znaczenie ma tutaj zwłaszcza ten przepis (art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k.), który nakłada na obrońcę z urzędu obowiązek podejmowania czynności procesowych do prawomocnego zakończenia postępowania. Na tle tego bardzo ogólnie ujętego przepisu wyłania się szereg istotnych wątpliwości co do marginesu swobody, którym dysponuje obrońca działający w procesie z urzędu odnośnie do decyzji o wniesieniu (bądź zaniechaniu wniesienia) apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji.

2. *Prima vista* mogłoby się wydawać, że sprawę definitywnie przecina wynik wykładni literalnej art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k., który powinien – zgodnie z utrwalonymi i niespornymi regułami egzegezy tekstu prawnego w naszym kręgu cywilizacyjnym – zostać uznany za rozstrzygający. Skoro bowiem ustawa w sposób jednoznaczny nakazuje obrońcy podejmować czynności procesowe aż do prawomocnego zakończenia postępowania, to należy w związku z tym dojść do wniosku, że obrońca z urzędu jest obowiązany sporządzić i wnieść apelację w każdym przypadku. Takie ujęcie sprawy prowadzi jednak do nadmiernego uproszczenia całego zagadnienia. Dokonanie prawidłowej wykładni przepisu art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k. i konsekwencji prawnych zakodowanej w nim normy dla istoty i zakresu obowiązków procesowych obrońcy z urzędu w postępowaniu apelacyjnym wymaga zaprezentowania nieco bardziej pogłębionych wywodów.

3. Po pierwsze chodzi o pytanie, czy wolno na równi traktować wszelkie czynności procesowe, do których podejmowania zobowiązany jest obrońca z urzędu aż do „prawomocnego zakończenia postępowania”. Zdawałoby się, że na tak postawione pytanie należałoby odpowiedzieć bezwzględnie pozytywnie. Skoro bowiem sam przepis tych czynności procesowych nie różnicuje i nie ma żadnego normatywnego zaczepienia dla tego typu dyferencjacji, to oznacza to, że nie można jej wprowadzać na drodze zabiegów niemających zakotwiczenia w tekście ustawy. Przy bliższej analizie takie stanowisko okazuje się jednak nie do końca trafne. Rzecz bowiem w tym, że czynności, które obrońca z urzędu ma obowiązek podejmować aż do prawomocnego zakończenia postępowania, nie mają wcale jednorodnego charakteru. Nie da się postawić pomiędzy nimi znaku równości. Inny charakter prawny ma przecież zespół „częstkowych”, pojedynczych czynności procesowych składających się w całości na strategię obrony w postępowaniu jurysdykcyjnym (wniosków dowodowych, pytań zadawanych świadkom czy biegłym), a inny skarga etapowa, jaką jest apelacja. Różnica polega tu między innymi na tym, że o ile w przypadku „częstkowych” czynności składających się na strategię prowadzenia obrony w postępowaniu jurysdykcyjnym obrońca z urzędu ma w ramach obowiązku wyznaczonego przez przepis art. 84 § 3 k.p.k. pewną swobodę (to w końcu on, jako podmiot profesjonalny, ma ocenić, jakiego typu działania procesowe w danym postępowaniu i na tle danego układu faktycznego stwarzają największe prawdopodobieństwo osiągnięcia optymalnego wyniku procesowego dla oskarżonego)

i jego stanowisko w tym zakresie jest w zasadzie w pełni samodzielne, o tyle zagadnienie nie przedstawia się wcale tak jasno w przypadku czynności procesowej o takim ciężarze gatunkowym, jaką jest apelacja. Nasuwa się więc pytanie: czy w przypadku apelacji obrońca z urzędu powinien liczyć się w jakimkolwiek stopniu ze stanowiskiem (pozytywnym bądź negatywnym) oskarżonego w tym względzie? Od razu jednak trzeba powiedzieć, że niezależnie od tego, jak wypadnie odpowiedź na to pytanie, to nie ulega wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k. nie zwalania obrońcy wyznaczonego z urzędu z obowiązku złożenia wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku: zaniechanie złożenia tego wniosku mogłoby bowiem doprowadzić do nieodwracalnego zaprzepaszczenia możliwości wniesienia środka odwoławczego w danej sprawie. Wracając jednak do pytania. Otóż nie ma żadnych dobrych racji, które przemawiałyby za tym, że w układzie procesowym, w którym rozważana jest kwestia wnoszenia apelacji, obrońca z urzędu był związany w jakimkolwiek kierunku stanowiskiem oskarżonego i był zwolniony z „obowiązku podejmowania czynności procesowych”, rozumianego jako obowiązek wniesienia apelacji. Przeciwnie, *ratio legis* przepisu art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k. należy upatrywać raczej w intencji ustawodawcy zmierzającej do wyeliminowania pokusy instrumentalnego traktowania przez niektórych obrońców z urzędu „woli” oskarżonych jako dogodnego uzasadnienia dla własnej pasywności procesowej. Dlatego też należy uznać, że z art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k. wynika obowiązek wniesienia przez obrońcę działającego z urzędu apelacji w każdym postępowaniu, w którym przychodzi mu działać. Jest zatem jasne, że Kodeks postępowania karnego w tym zakresie znacząco ogranicza i krępuje swobodę działania obrońcy z urzędu.

4. W związku z powyżej sformułowaną konkluzją co do wyników wykładni przepisu art. 84 § 3 zd. 1 k.p.k. mogłoby się wydawać, że w efekcie dochodzi do całkowitej dezaktualizacji pytania postawionego na wstępie niniejszego odcinka cyklu „Pytania o obronę”. Skoro bowiem obrońca z urzędu jest zobligowany do wniesienia apelacji, to stanowisko oskarżonego zmierzające do „przymuszenia” obrońcy do wniesienia apelacji jest w sposób wręcz oczywisty pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Nie można przecież „dodatkowo” zobligować kogoś do czegoś, do czego podmiot ten (obrońca z urzędu) jest i tak przez ustawę zobowiązany (sporządzenie i wniesienie apelacji). O ile z tego względu musimy zatem ostatecznie przyjąć, że żądanie oskarżonego, by obrońca sporządził i wniósł środek odwoławczy od wyroku sądu pierwszej instancji, jest pozbawione jakiegokolwiek znaczenia procesowego, o tyle zasadnicze wątpliwości co do autonomii stanowiska procesowego obrońcy na tym etapie postępowania są w pełni aktualne, a tytułowe pytanie – po drobnej tylko korekcie polegającej na usunięciu z jego treści elementu związanego z „odmówieniem oskarżonemu sporządzenia i wniesienia apelacji” – nadal wymaga odpowiedzi.

5. Czy zatem obrońca z urzędu, nie dopatrując się podstaw do sporządzenia i wniesienia apelacji, może na tej właśnie podstawie zrezygnować z przedsięwzięcia tej czynności procesowej? Nie. Za takim poglądem przemawia nie tylko to, że obowiązek sporządzenia i wniesienia apelacji wynika wprost z przepisu art. 84 § 2 zd. 1 k.p.k., lecz przede wszystkim argument *a contrario*. Skoro w przypadku nadzwyczajnych środków zaskar-



zenia (kasacji, wznowienia postępowania karnego) jest obrońca z urzędu uprawniony do odstąpienia od konieczności wnoszenia środka zaskarżenia, jeżeli nie stwierdza podstaw do wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania (art. 84 § 3 k.p.k.), to oznacza to, że w przypadku apelacji nie dysponuje on tego typu swobodą decyzyjną w zakresie kształtowania strategii obrony i możliwością odstąpienia od wniesienia środka odwoławczego.

W tym miejscu ujawnia się zatem kolejne istotne pytanie: dlaczego w przypadku nadzwyczajnych środków zaskarżenia pozwala ustawodawca obrońcy z urzędu na „więcej” i pozostawia mu znaczną samodzielność, żywiąc zaufanie co do jego stanowiska o braku istnienia podstaw do formułowania nadzwyczajnego środka zaskarżenia, natomiast odmawia mu podobnego kredytu zaufania w przypadku obrony z urzędu na etapie postępowania apelacyjnego czy przedapelacyjnego? Wy tłumaczenia takiego zróżnicowania obowiązków obrońcy z urzędu względem poszczególnych środków zaskarżenia (zwykłych i nadzwyczajnych) można, jak się zdaje, upatrywać w tym, że ustawodawca jest chyba znacznie bardziej skory do zaakceptowania sytuacji, w której o uruchomieniu dalszej ścieżki prawnej umożliwiającej kwestionowanie zapadłego orzeczenia decyduje obrońca wówczas, gdy chodzi o nadzwyczajny środek zaskarżenia. W takim bowiem układzie kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego została (z reguły) poddana dwukrotnej weryfikacji sądowej, znacznie mniejsze są zatem opory związane z powierzeniem oceny o istnieniu podstaw do wniesienia środka zaskarżenia samodzielnej ocenie obrońcy z urzędu. Trzeba oczywiście lojalnie przyznać, że argument ten ma znacznie słabszy wydźwięk w przypadku składania wniosku o wznowienie postępowania, którego złożenie nie jest przecież determinowane uprzednim wyczerpaniem zwykłego toku instancyjnego przez stronę.

6. Nawet jeśli jednak w ten właśnie sposób próbować tłumaczyć zróżnicowanie obowiązków procesowych obrońcy z urzędu w postępowaniu okołokasacyjnym i okołowznawieniowym i obrońcy z urzędu w „zwykłym” postępowaniu apelacyjnym, to nadal nierozwiązane pozostaje fundamentalne pytanie o sens przymuszania obrońcy z urzędu do formułowania apelacji w sytuacji, gdy nie stwierdza on jakichkolwiek podstaw uzasadniających jej sporządzenie. Otóż takie rozwiązanie można tłumaczyć trzema powodami.

Po pierwsze, tzw. względne podstawy odwoławcze zostały ujęte przez ustawodawcę tak elastycznie (zwłaszcza podstawa związana z błędem w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia, art. 438 pkt 3 k.p.k.), że – nawet uwzględnivszy wymóg wskazania przez obrońcę zarzutu(-ów) stawianego(-ych) rozstrzygnięciu – sporządzenie w sprawie karnej apelacji czyniącej zadość wymogom kodeksowym nie powinno nastęrczać obrońcy z urzędu większych kłopotów.

Po drugie, ustawodawca nie chciał powierzać rozstrzygnięcia o uruchomieniu kontroli apelacyjnej wyłącznej ocenie obrońcy z urzędu, mając być może świadomość tego, że błędna i niepodlegająca kontroli sądowej decyzja obrońcy o zaniechaniu wniesienia apelacji miałaby dalekosiężne skutki, pozbawiałaby bowiem w efekcie oskarżonego, będącego w pewnym sensie w przymusowej sytuacji (nieposiadającego żadnych narzędzi umożliwiających mu zmuszenie obrońcy do wniesienia środka odwoławczego)

i korzystającego z pomocy obrońcy z urzędu, prawa do poddania wyroku pierwszoinstancyjnego wszechstronnej kontroli apelacyjnej.

Wreszcie nie można zignorować i tego, że kontrola odwoławcza uruchamiana w wyniku sporządzenia i wniesienia apelacji osnutej wokół zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych (a więc w istocie apelacji co do winy) ma – jak przyjmuje się w orzecznictwie najwyższej instancji sądowej – najszerzy, „totalny” charakter i obejmuje całość wyroku, i to zarówno w zakresie istnienia tzw. bezwzględnych przyczyn odwoławczych (art. 439 § 1 k.p.k.), jak i w zakresie tzw. rażącej niesprawiedliwości utrzymania orzeczenia w mocy (art. 440 k.p.k.) oraz wszystkich względnych podstaw odwoławczych wskazanych w przepisie art. 438 k.p.k.

Zatem przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie – mimo że znacznie ogranicza samodzielność obrońcy z urzędu w zakresie prowadzenia obrony i kształtowania linii obrony – ma charakter silnie stymulujący kontrolę odwoławczą w sytuacji, w której w procesie działa obrońca z urzędu i – jednocześnie – oddziałuje wybitnie gwarancyjnie względem interesów procesowych oskarżonego korzystającego z pomocy obrońcy z urzędu.

*W następnym odcinku – czy obywatelowi polskiemu oskarżonemu w obcym postępowaniu karnym przysługuje pomoc państwa polskiego odnośnie do korzystania z pomocy miejscowego obrońcy w zagranicznym postępowaniu karnym?*

# Problematyka wypadków drogowych

*Wojciech Kotowski*

## WROTKARZ – PIESZY W RUCHU DROGOWYM

Nie trzeba nikogo specjalnie przekonywać, że osoby poruszające się przy użyciu urządzeń typu wrotki, rolki, tyżworolki, deskorolki po drodze publicznej, a więc w warunkach ogólnodostępnego ruchu wszelkiego rodzaju pojazdów i pieszych, stanowią potencjalne zagrożenie bezpieczeństwa w tym ruchu. Z punktu widzenia zasad ruchu drogowego osoby takie mają status pieszego. Różni ich od pieszego przede wszystkim prędkość poruszania się, znacznie przewyższająca nie tylko prędkość idącego, ale nawet biegnącego pieszego. Taki pieszy nie może korzystać z przywileju bezwzględnego pierwszeństwa przed pojazdem nawet wówczas, jeżeli porusza się wzdłuż oznakowanego przejścia dla pieszych. Kierujący nie ma obowiązku przewidywania, że nagle na przejście wjedzie osoba np. na rolnkach. Jest oczywiste, że w przypadku możliwości dostrzeżenia pieszego zbliżającego ze znaczną prędkością do przejścia na jednym z wymienionych urządzeń kierujący ma obowiązek zatrzymania pojazdu przed przejściem na zasadzie ograniczonego zaufania (art. 4 p.r.d.).

Kolizja określonych uczestników ruchu zawsze powoduje co najmniej uszczerbek na zdrowiu nierozsądnego pieszego. Tego rodzaju sytuacja nie przekłada się na odpowiedzialność, która zależy wyłącznie od trafności rozstrzygnięcia. Bywa bowiem tak, że w wyniku błędnych ustaleń sprawca (pieszy-wrotkarz) występuje w roli pokrzywdzonego, a faktyczny pokrzywdzony (kierowca) w roli sprawcy i słyszy zarzut spowodowania wypadku, wypełniającego znamiona przestępstwa z art. 177 k.k. Taka relacja wystąpiła w prezentowanej sprawie.

Kierujący oplem astrą dojechał do przejścia dla pieszych, na którym ruch był kierowany za pomocą sygnalizacji świetlnej (S-2). W związku z emisją sygnału czerwonego zatrzymał pojazd przed przejściem, a następnie – stwierdziwszy po włączeniu sygnału w kształcie zielonej strzałki w prawo, że zarówno na przejściu, jak i w jego pobliżu nie ma pieszych – ruszył. W momencie kiedy jego pojazd wjeżdżał na przejście, nagle od prawej strony wjechał na nie pieszy na wrotkach. Kierujący jechał bardzo wolno, a zatem bez trudu zatrzymał pojazd niemal w miejscu. Pieszy natomiast przed maską samochodu upadł na jezdnię, a wyglądało to tak, jakby się przestraszył jadące-

go w bezpośredniej bliskości pojazdu. W istocie do kontaktu między samochodem a pieszym nie doszło.

Analiza dowodów ujawnionych i zgromadzonych w aktach nie dawała podstaw do oskarżenia kierującego samochodem osobowym o czyn z art. 177 § 1 k.k. Zatem wniesienie aktu oskarżenia do Sądu Rejonowego w M. oznaczało, że prokurator kierował się nie swobodną, lecz dowolną oceną dowodów, błędnie wywodząc, iż wymieniony jest sprawcą wypadku drogowego, natomiast Sąd z tą błędną oceną bezkrytycznie się zgodził. Stan taki upoważnia do twierdzenia, że rzeczowość wywodów podejrzanego zawartych we wnioskach dowodowych formułowanych w toku postępowania przygotowawczego, które kwestionując merytoryczną zasadność ocen prokuratorskich, wskazywały równocześnie na błędy tego postępowania w zakresie interpretacji przepisów obowiązującego prawa o ruchu drogowym, została w fazie rozstrzygnięć całkowicie pominięta. W konsekwencji Sąd, uznając winę za udowodnioną, zalegalizował niejako błąd w rozumowaniu oskarżyciela publicznego wnoszącego i popierającego akt oskarżenia, co – zgodnie z kształtem naszej procedury karnej – stanowi moim zdaniem rażące naruszenie prawa. Był nim zarzut naruszenia zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego wynikających z dyspozycji art. 5 p.r.d. oraz § 95 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (Dz.U. nr 170, poz. 1393 ze zm.). Dlaczego ten zarzut był błędny, wyjaśniam w dalszej części opracowania.

Nie może rodzić wątpliwości, że szczególnie rażącym zaniedbaniem prowadzącego postępowanie było postawienie biegłemu medykowi pozbawionego sensu pytania: „Czy obrażenia ciała, jakich doznał pieszy, wyczerpują dyspozycję art. 157 § 1 k.k., czy art. 157 § 2 k.k.?”. Zrodzona na podstawie tego pytania opinia sądowno-lekarska z natury rzeczy nie przedstawiała oczekiwanej wartości dowodowej, o występkę z art. 177 § 1 k.k. decydują bowiem nie same obrażenia, lecz związek przyczynowy zachodzący między naruszeniem przez kierującego zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym a powstaniem obrażeń ciała pieszego w postaci naruszenia czynności jego narządów na czas powyżej 7 dni. Taki dowód miał wszakże posłużyć jako argument do zakończenia postępowania. Zatem niewątpliwie jednym z dowodów konsekwentnego działania podejrzanego było skorzystanie z uprawnień wynikających z treści art. 321 § 5 k.p.k. przez sformułowanie wniosku o powołanie biegłego z zakresu kryminalistycznej rekonstrukcji wypadków drogowych w celu ustalenia:

- 1) z jaką prędkością samochód wjechał na przejście dla pieszych?
- 2) czy doszło do uderzenia pieszego przez samochód, a jeżeli, to w jaką część ciała?
- 3) jaka była droga hamowania samochodu?
- 4) czy opisany przez pieszego sposób przemieszczenia ciała pieszego był możliwy?
- 5) w jakiej odległości od przejścia mógł być pieszy, w chwili kiedy ruszający po zatrzymaniu pojazd przekroczył linię warunkowego zatrzymania?
- 6) czy pieszy ten mógł być przez kierującego zauważony przed wjazdem na przejście?
- 7) jakich obrażeń ciała mógł doznać pieszy w wyniku samego upadku na jezdnię?

Prokurator jednakże sformułował zadania dla biegłego po swoimemu, a mianowicie zobowiązał go do stwierdzenia *okoliczności i przebiegu przedmiotowego wypadku* oraz dokonania *oceny prawidłowości zachowań kierującego i jadącego na wrotkach*, godząc się równocześnie, aby powołany biegły wykorzystał zagadnienia szczegółowe wskazane przez podejrzanego. Właściwie trudno się dziwić, że organ procesowy chciał mieć wszystko,

to znaczy ocenę prawną, do której sam jest powołany, oraz rekonstrukcyjną. Mimo niewątpliwych starań biegli nie wywiązali się z nałożonych zadań. Z opinii wynika bowiem, że „(...) upadając na tępe, twarde podłoże jezdni doszło u pieszego do złamania prawego talerza kości biodrowej w okolicy górnego bieguna prawego stawu krzyżowo-biodrowego”. Jest to jedyny wywód oparty na doświadczeniach medycznych. Natomiast stwierdzenie, że „(...) złamanie lewej kości kulszowej nastąpiło w wyniku bezpośredniego kontaktu z pojazdem, który znajdował się w ruchu, a ponieważ (...) policja nie ujawniła śladów i uszkodzeń związanych z wypadkiem, to z tego punktu widzenia prędkość samochodu w chwili zderzenia należy określić jako niewielką (...)”, nie zostało oparte na faktach, lecz osobistym rozumowaniu biegłych, polegającym na wywiedzeniu, iż skoro pieszy miał złamaną kość kulszową, to znaczy musiał być uderzony przez pojazd. Jest to rozumowanie z samej istoty błędne! Dyplomowany lekarz powinien wiedzieć, że złamanie kości kulszowej może nastąpić w wyniku samego upadku na twardą powierzchnię, niekoniecznie spowodowanego uderzeniem. Rodzaj urazu jest bowiem uzależniony od tego, jak człowiek upadnie. Biegli nie wzięli pod uwagę, że uderzenie jadącego na wrotkach spowodowałoby przede wszystkim uraz nóg na wysokości między łydką a kolanem. Błędna jest również konkluzja biegłych: „Zachowanie się kierującego samochodem (...) było nieprawidłowe, ponieważ nie zatrzymał odpowiednio wcześniej samochodu w sytuacji świecenia się czerwonego światła sygnalizacji ulicznej i w sytuacji gdy miał możliwość wczesnego dostrzeżenia pieszego”. Pomijając wejście biegłych w kompetencje organu procesowego, nie mieli oni najmniejszych podstaw do wypowiedzania się w kwestii zachowania kierującego przed przejściem dla pieszych. Nie mogli bowiem wiedzieć, czy kierujący tym pojazdem zatrzymał się przed przejściem, czy też nie. Kolejnym nieporozumieniem, jakie wkrađło się do opinii, jest sprowadzenie prędkości jazdy na wrotkach do prędkości pieszego. Omówione zastrzeżenia w ogóle nie zostały wzięte pod uwagę przez organ procesowy, który to organ nie przejął się również faktem, że powoływana w toku postępowania kwalifikacja prawna jest błędna, do przedmiotowego zdarzenia nie ma bowiem zastosowania cyt. § 95 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie znaków i sygnałów drogowych. Ma natomiast zastosowanie § 96 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia. Chodzi wszakże o to, że sygnał czerwony z umieszczoną pod sygnalizatorem zieloną strzałką (S-2) – w przeciwieństwie do sygnalizatora emitującego czerwony sygnał bez zielonej strzałki (S-1) – warunkowo zezwala na wjazd za sygnalizator, po uprzednim zatrzymaniu się i upewnieniu, że na przejściu lub w jego pobliżu nie znajdują się piesi. Wymogi zarówno formalne, jak i bezpieczeństwa zostały spełnione, kierujący zatrzymał bowiem pojazd przed linią warunkowego zatrzymania, znajdującą się przed sygnalizatorem, i ruszył po ustaleniu braku przeszkód do kontynuowania jazdy. Kiedy znajdował się w połowie przejścia dla pieszych długości 6 metrów, nagle na jezdnię wjechał pieszy poruszający się na wrotkach, zeskakując – jak sam to potwierdził – z krawężnika. Kierujący zatrzymał pojazd tuż przed pieszym, on zaś stracił równowagę, oparł się ręką o maskę samochodu i upadł. Potwierdzeniem tej wersji są oględziny miejsca zdarzenia i pojazdu, dokonane przez policjanta, z których wynika, że pojazd „(...) nie posiada uszkodzeń mających związek z wypadkiem (...)”. Nadto przód pojazdu po zatrzymaniu znajdował się w odległości około 0,5 metra od prawej krawędzi „zebry”, patrząc z kierunku ruchu pieszego, i nie był przemieszczany w czasie od zatrzymania przed

pieszym do przyjazdu policji. Oględziny miejsca zdarzenia potwierdziły więc brak jakichkolwiek śladów świadczących o potrąceniu pieszego przez pojazd.

W toku postępowania nie zbadano zachowania pieszego – mimo wyraźnego wskazywania takiej potrzeby – i nie dokonano analizy stopnia prawidłowości tego zachowania. Można odnieść wrażenie, że zdaniem organu procesowego pieszy nie ma żadnych obowiązków. A przecież podczas przekraczania jezdni – i to niezależnie od rodzaju sygnału drogowego – ma obowiązek zachowania szczególnej ostrożności (art. 13 p.r.d.), nie może wchodzić na przejście bezpośrednio przed nadjeżdżającym pojazdem (art. 14 pkt 1 lit. a p.r.d.), a także przebiegać przez jezdnię (art. 14 pkt 4 p.r.d.). Ostatnia dyrektywa całkowicie wyklucza możliwość wjeżdżania na przejście dla pieszych na wrotkach, szybkość poruszania się pieszego w takiej sytuacji jest bowiem zbliżona do jego biegu. Nie wiadomo, z jakiego względu prokuratora nie zainteresował fakt, że pieszy niewątpliwie naruszył podstawową zasadę bezpieczeństwa w ruchu drogowym wynikającą z dyspozycji art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 pkt 4 p.r.d. W przypadku posiadania pierwszeństwa pieszy ma obowiązek zrezygnowania z tego przywileju na zasadzie „ograniczonego zaufania” (art. 4 p.r.d.). Zasada ta ponad wszelką wątpliwość dotyczyła pieszego, który – jak twierdził – widział pojazd z odległości 30 metrów. W tym stanie rzeczy pozostawała do wyjaśnienia kwestia, w jakiej odległości od krawędzi jezdni znajdował się pieszy w chwili przekroczenia przez kierującego linii warunkowego zatrzymania (P-14). Nie można jednak usprawiedliwić organu procesowego stwierdzeniem, że nie doprowadził do wyjaśnienia istotnego problemu z powodu jego niedostrzeżenia, podejrzany bowiem w toku postępowania okoliczność tę konsekwentnie wskazywał. Prokurator nie zwrócił uwagi na ryzykowną z punktu widzenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym decyzję pieszego poruszania się ruchliwymi odcinkami drogi na wrotkach. Tym samym pieszy udowodnił lekceważący stosunek do podstawowych zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, w szczególności art. 3 p.r.d., który spotkał się z aprobatą prokuratora i sądu rejonowego.

Wyrażam zdecydowany pogląd, że w omówionej sprawie, zarówno podczas postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, całkowicie pominięto dwie kwestie, a mianowicie to, że kierujący w określonych warunkach drogowych mógł wjechać za sygnalizator emitujący sygnał czerwony wraz z zieloną strzałką umożliwiającą warunkowe skręcenie w prawo, w przeciwieństwie do osoby poruszającej się na wrotkach, która będąc pieszym, nie mogła w określony sposób wjechać na przejście mimo emisji zielonego sygnału dla pieszych. W związku z powyższym organy procesowe popełniły błąd w sferze podmiotowej, powierzając rolę pokrzywdzonego pieszemu, faktycznemu sprawcy spowodowania bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym i uznając za winnego kierującego, którego zachowanie nie wypełniło znamion jakiegokolwiek naruszenia prawa drogowego.

Myszę, że materiał ten z powodzeniem może być wykorzystany w dążeniu do podnoszenia poziomu postępowania w sprawach o wypadki drogowe. Na podstawie przebiegu postępowania i rozmowania organów badających zdarzenie buduję pogląd, że ani prowadzący dochodzenie policjant, ani prokurator je nadzorujący, ani biegli, ani organ orzekający nie wiedzieli, z jakim w istocie rodzajem sygnalizacji świetlnej spotkali się uczestnicy zdarzenia drogowego. Gdyby wymienione podmioty to wiedziały, wtedy znając przepisy ruchu drogowego i właściwie je interpretując, mogły bez trudu odkryć błędy dochodzenia albo po prostu do nich nie dopuścić.



# Co piszczy w prawie

*Marian Filar*

## DUCHEM GO CZY LITERĄ?

Podczas gdy rzesze studentów prawa na polskich uniwersytetach wylewają poty na egzaminacyjnej sesji i w czasie pisania prac magisterskich, ich starsi koledzy po fachu brylują w mediach. Niedawny Minister Sprawiedliwości – Pan dr Jarosław Gowin oświadczył, że w swej ministerialnej działalności w nosie miał literę prawa, gdyż kierował się w niej jego duchem. Jak na Ministra Sprawiedliwości to odważne i niekonwencjonalne oświadczenie. Niekonwencjonalność i światłość tego spojrzenia Pana Ministra szybko jednak docenił Pan Premier, zwalniając Go z jego ciężkich obowiązków, oszczędzając Mu przez to mąk wynikających z konieczności nieustannego wyboru między duchem a literą prawa.

Eksministra Gowina szybko przebił jednak w odwadze i oryginalności prawnik i polityk – Jan Rokita, który ostatnimi czasy nieco odszedł w cień. *Come back* miał jednak wspaniały – nagle ukazał się w polskiej telewizji z Małżonką pod rękę, w białym, urlopowym garniturze i fikuśnej białej czapeczce na głowie, jakby żywcem wyjęty z nowel Czechowa o letnikach z czarnomorskich kurortów. Dał tym do zrozumienia telewidzom, że za granicami Polski szuka właśnie schronienia przed okrutnym polskim wymiarem sprawiedliwości, który chce go zrujnować, zdzierając z niego skórę w trybie egzekucji komorniczej 350 tysięcy złotych dla wykonania wyroku sądowego o politycznym podtekście!

Może i niektórzy byli nieco zdziwieni faktem, że owa zagranica to nie żadne „dzikie stępy Zabajkału, gdzie złota szukają wśród gór” – jak to było w znanej niegdyś piosence o uciekinierze z carskiej tiumry, tylko zalana słońcem Perugia, która nie za bardzo nadaje się na miejsce wygnania prześladowanego uciekiniera z Polski.

Dziwi nieco, że wygnaniec z tego właśnie miejsca zasugerował rodakom, by ci zrzucili się na pokrycie rujnującego zobowiązania komorniczego i – jak donoszą media – znalazł już pierwszych gotowych do takiego wsparcia, i to jakich! Na tle tego pięknego gestu giną medialne oświadczenia pazernej władzy RP, że nasz perugiański letnik przesadził nieco ze swoimi długami, gdyż chodzi tu o znacznie niższą kwotę niż wspomniane 350 tysięcy złotych.

Ale felieton to nie miejsce na pogłębione rozważania o relacjach między tzw. literą prawa a jego duchem w procesie jego wykładni. Warto tu jednak przypomnieć, że różnej maści duchy prawa mocno załazy nam w nie tak dalekiej przeszłości sadła za skórę. No bo pamiętamy „zdrowego ducha narodowo-socjalistycznego” w kolorze brązowym i jego czerwonego koleśka spod sztandaru „dyktatury klasy panującej miast i wsi”.

Czas więc, by zostawiając macherki z duchami prawa różnym prawniczym spirytyzmem, powrócić znów do przestrzegania jego litery – ta druga może mniej efektowna, ale za to bezpieczniejsza. A poza tym, gdybyśmy dali się unieść różnej maści duchom, co pomyśleliby o nas studenci prawa, którzy dziś wylewają siódme poty nad magisterskimi pracami oraz sesyjnymi egzaminami? I co odpowiedzielibyśmy im, gdyby spytali – „to po co, do cholery, przez pięć lat wpychaliście nam do głów literę prawa, skoro prawnikowi wystarczy pięciominutowy kontakt z jego duchem?”.

# Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

## POŻYTKI Z NUDNEJ PODRÓŻY

Kiedy dość niespodziewanie okazało się, że czeka mnie długa podróż i perspektywa spędzenia kilku nudnych dni w odległym mieście, musiałem dokonać szybkiego wyboru zabijających czas lektur. Najpierw zapakowałem trzy kiedyś przeczytane powieści, które kojarzyły mi się z młodością i pozostawiły wspomnienie intelektualnej przygody: *Paragraf 22* Josepha Hellera, *Rzeźnię nr 5* Kurta Vonneguta i *Wielkiego Gatsby'ego* F. Scotta Fitzgeralda. Muszę przyznać, że ostatni utwór przypomniła mi akurat reklama jego najnowszej adaptacji filmowej, która skłoniła mnie do poszukiwań płyty z nagraniem poprzedniej wersji z lat 70. z Miał Farrow i Robertem Redfordem.

Czytany po latach Heller nie rozczarował ani trochę. Vonnegut wydał mi się teraz jeszcze bardziej gorzki i mniej błyskotliwy niż kiedyś. Polskie przekłady obu utworów pióra Lecha Jęczymyka nadal zachowują świeżość, co przypomniało mi, że warto sięgnąć też po nowe wydanie jęczymykowskich felietonów (*Nowe Średniowiecze*, Zysk i S-ka 2013).

Bardziej niż przypuszczałem poruszył mnie utwór Fitzgeralda. Choć wedle niektórych to tylko romansidło retro, jakich wiele, w żadnym razie książka dla chłopców, dla mnie *Wielki Gatsby* pozostaje mądrą refleksją nad ludzkimi uczuciami i inspiruje do przemyśleń. Lubię postać narratora i sposób narracji zakładający inteligencję czytelnika. Lubię, kiedy na początku wspomina radę ojca („Ile razy masz ochotę kogoś krytykować, przypomnij sobie, że nie wszyscy ludzie na tym świecie mieli takie możliwości, jak ty”), której rezultatem było unikanie pochopnych sądów, co uczyniło go, jak pisał, „powiernikiem wielu interesujących ludzi, a także ofiarą niejednego nudziarza”. Rozumiem Daisy, kiedy jakże niepoprawnie wedle dzisiejszych standardów mówi o swojej nowo narodzonej córce: „cieszę się, że to dziewczynka i mam nadzieję, że będzie głupia – to najlepsza rzecz dla kobiety na tym świecie być pięknym głuptaskiem”. Rozumiem komentarz narratora do jego trzydziestych urodzin: „Skończona trzydziestka – zapowiedź samotnego dziesięciolecia, coraz krótszej listy nieżonatych przyjaciół, coraz mniejszego zapasu entuzjazmu, coraz rzadszych włosów”. Wreszcie – podziwiam smak jego końcowej refleksji, zauważonej nawet przez recenzentów nowej filmowej adaptacji: „Tak oto dążymy naprzód, kierując łodzie pod prąd, który nieustannie znosi nas w przeszłość”.

Warto odnotować, że mistrzostwo autora dostrzegamy dzięki mistrzostwu tłumacza, zmarłej w 2000 roku Ariadny Demkowskiej-Bohdziewicz.

Rozważałem zabranie dwóch pouczających prac przyrodnika Richarda Conniffa – *Historii naturalnej bogaczy* (wyd. polskie CiS W.A.B. 2003; pisałem o niej niegdyś w „Palestrze”) i *Korporacyjnego zwierzęcia* (wyd. polskie CiS 2006), ale ostatecznie w mojej torbie podróźnej znalazły się, pomimo dość irytujących tytułów, prace znanego szkockiego historyka, profesora uniwersytetów Harvarda, Oxfordu i Stantforda – Nialla Fergusona: *Imperium. Jak Wielka Brytania zbudowała nowoczesny świat* z 2003 r. (polskie wydanie Sprawy Polityczne 2007) i *Cywilizacja. Zachód i reszta świata* z 2011 r. (polskie wydanie Wydawnictwo Literackie 2013).

W *Imperium*, które kiedyś tylko przejrzałem, odkładając lekturę na spokojniejszy czas, szukałem odpowiedzi na pytanie, dlaczego Brytania utraciła swoją mocarstwowość i czy płyną z tego faktu jakieś nauki przydatne także i nad Wisłą. Autor przekonywająco uzasadnia, że oferta brytyjska była po prostu atrakcyjna i łatwa do adaptacji na nowych terytoriach. Pakiet, na który składały się w szczególności: język angielski, angielskie formy własności ziemi, angielska i szkocka bankowość, system prawny, protestantyzm, sporty drużynowe, państwo ograniczone do roli nocnego stróża, zgromadzenia przedstawicielskie i co najważniejsze, idea wolności – zyskiwał akceptację i zapewniał sprawność działania systemu państwowego.

Na tym tle interesująca jest brytyjska interpretacja „bostońskiego picia herbaty” z 1773 roku i amerykańskiej rewolucji. Ferguson twierdzi, że dostarczona herbata była na skutek udzielonego rabatu wyjątkowo tania i wyrzucenie jej ze statku zorganizowali nie zirytowani konsumenci, ale zamożni bostońscy przemysłowcy, którzy mogli ponieść straty. Ot, takie odbieżenie historii... Z kolei amerykańska wojna o niepodległość to nie „prostolinijna walka pomiędzy heroicznymi patriotami i niegodziwymi, wyglądającymi jak naziści czerwonymi kurtkami”, jak chce tego Hollywood, ale druga brytyjska lub pierwsza amerykańska „prawdziwa wojna domowa, która podzieliła klasy społeczne, a nawet rodziny” (s. 99 i 100). Zdaniem Fergusona skutek tej wojny w Kanadzie wzmocnił się element brytyjski i pozostała ona wierna Koronie.

Autor analizuje zmieniającą się sytuację w Indiach, Afryce i na Dalekim Wschodzie, wskazuje wady i zalety kolonializmu, ze swadą kreśli sylwetki ludzi, którzy wpłynęli na dzieje tak *Imperium*, jak i poszczególnych podległych mu terytoriów zamorskich. Czuć tu nutę nostalgii, ale postawione oceny wydają się obiektywne. Wskazuje na *hubris* – arogancję władzy, błędy i zaniechania, nie ukrywa słabości decydentów. Jednocześnie twierdzi, że imperializm niemiecki, włoski czy japoński, a potem rosyjski i chiński, był dużo gorszy, a bez swojego imperium Wielka Brytania nie miałaby szans w walce z nimi. *Imperium Brytyjskie*, pomimo swych wad, było pionierem wolnego handlu, wolnego przepływu kapitałów i wolnej pracy po zniesieniu niewolnictwa, inwestowało w nowoczesną komunikację i oświatę, egzekwowało rządy prawa i podtrzymywało światowy pokój (s. 328). Dyskusja o wadach i zaletach imperializmu długo jeszcze nie ustanie, a głosu Fergusona, choć może nas nawet irytować, warto posłuchać.

Z uwagi na moją harcerską przeszłość nie mogę pominąć lapidarnej oceny ruchu skautowego gen. Baden-Powella. Według Fergusona była to „najbardziej udana ze wszystkich okresów próba zmobilizowania młodzieży po stronie *Imperium*. Ze swoją dziwną mieszanką kolonialnego ryzsztunku i kiplingowskiego żargonu, skauting

oferował przedestylowaną i sterylną wersję frontowego życia dla pokoleń znudzonych mieszkańców miast” (s. 267–268).

Imperium brytyjskie upadło, bo nie uniosło samodzielnie ciężaru wojen światowych i nie podolało wyzwaniom na zamorskich terytoriach. Rolę światowego imperium przejęły Stany Zjednoczone, które zdaniem Brytyjczyków nie mogą uchylać się od globalnej odpowiedzialności. Fergusson wyjaśnia odmienność amerykańskiego podejścia do tej roli:

„Dla Amerykanów, wychowanych w micie ich własnej walki o wolność od brytyjskiej opresji, formalna władza nad poddanymi ludźmi była nie do przyjęcia. Dotyczyło to także zagranicznego zaangażowania, przed którym ostrzegali Ojcowie Założyciele. Wcześniej czy później wszyscy muszą nauczyć się, tak jak Amerykanie, rządzić samodzielnie i demokratycznie – a jeśli to konieczne, to pod lufami karabinów” (s. 316).

Znakomitą ilustracją tego nastawienia, jakże czytelnego dzisiaj po irackich i afgańskich doświadczeniach, jest cytowana przez Fergusona rozmowa brytyjskiego ministra spraw zagranicznych z reprezentantem Waszyngtonu. Przeprowadzona w 1913 roku, dotyczy ówczesnej interwencji w USA w Meksyku, ale równie dobrze mogłaby dotyczyć wszystkich współczesnych interwencji amerykańskich:

„Jak sądzę, będziecie interweniować, i co wtedy?

– Pozwolimy im głosować i żyć według ich decyzji.

– A jeśli oni nie będą tak żyć?

– Wtedy ponownie wejdziemy i pozwolimy im głosować.

– I robić tak przez 200 lat?

– Tak. Stany Zjednoczone będą tam 200 lat i będą strzelać do ludzi w tym miejscu, aż nauczymy ich głosować i samodzielnie rządzić” (s. 316).

W najnowszej pracy (*Cywilizacja. Zachód i reszta świata*) Ferguson poszukuje odpowiedzi na pytanie, dlaczego Europa stała się światowym liderem oraz czy i dlaczego tym liderem dłużej nie będzie. Autor wymienia sześć następujących „zabójczych aplikacji”, które pozwoliły mniejszości wywodzącej się z zachodnich obrzeży Eurazji zdominować świat na prawie 500 lat: rywalizacja, nauka, prawo własności, medycyna, społeczeństwo konsumpcyjne, etyka pracy. W kolejnych rozdziałach poświęconych tym „aplikacjom” wywodzi, jakie skutki miało ich zastosowanie. I tak np. rywalizacja rozumiana jako decentralizacja życia politycznego i gospodarczego stworzyła warunki do powstania zarówno państw narodowych, jak i kapitalizmu, nauka zapewniła przewagę militarną, a prawo własności stworzyło podstawę najbardziej stabilnej formy rządów przedstawicielskich (s. 38–39).

Nie sposób bez uszczerbku dla dzieła streścić wywody autora. Dość powiedzieć, że praca Fergusona powinna być lekturą obowiązkową każdego prawnika-intelektualisty. Dla dodatkowej zachęty warto wskazać na fascynację autora Fryderykiem Wielkim jako sprawcą pruskiego oświecenia, komentarz do dokonanych przez Alexisa de Tocqueville’a porównań demokracji amerykańskiej i francuskiej, wreszcie na błyskotliwą krytykę marksizmu i jego twórców. Z uwagi na odradzającą się w Polsce lewicową nostalgię warto zatrzymać się przy tej ostatniej kwestii i parokrotnie zacytować Fergusona.

„Marksizm był mieszanką filozofii Hegla, która przedstawiała historię jako proces dialektyczny i ekonomii politycznej Ricardo, która postulowała malejące przychody z kapitału i żelazne prawo niskiej płacy. Ponadto przyjął odrazę Carlyle’a do gospodarki prze-

mysłowej i nostalgię zastąpił utopią” – pisze Ferguson (s. 257). Rewolucja przemysłowa spotęgowała nierówności, ale poprawa wydajności produkcji rolnej w Europie, wzrost zatrudnienia w przemyśle i zmniejszenie wahań cyklu koniunkturalnego spowodowały, że proletariatus – wbrew oczekiwaniom marksistów – nie stał się zubożałą masą, ale podzielił na tych, którzy mieli określone umiejętności (a zatem i pracę) i lumpenproletariat skłonny do awantur. Autor stawia sprawę jasno: „Pierwsza grupa przedkładała strajki i zbiorowe pertraktacje nad rewolucję i w ten sposób zapewniała sobie wyższe płace realne. Druga preferowała dżin. Przyzwoita klasa robotnicza miała związki zawodowe i kluby robotnicze. Chuligani mieli music hall i bójki uliczne” (s. 260).

Skoro płace robotników rosły, a najbardziej uprzemysłowione kraje zaczęły wprowadzać systemy emerytalne, marksizm wzywający do zniesienia własności prywatnej okazał się zbyt radykalny. Ponadto marksizm nie docenił zalet nowego modelu państwa – państwa narodowego, powstałego – jak w przypadku Niemiec i Włoch – ze scalenia wielu małych krajów, które „przyniosło wszystkim obywatelom [...] szereg dobrodziejstw, płynących z umasowienia produkcji, zmniejszenia kosztów transakcji i sprawniejszego udostępnienia podstawowych dóbr publicznych, takich jak prawo i porządek, infrastruktura i opieka zdrowotna” (s. 26). Nawiązując do Marksa, Ferguson lapidarnie stwierdza: „Jeśli religia była opium dla mas, to ruch narodowy był kokainą dla klas średnich” (s. 263).

Błędem marksizmu było też przekonanie, że kapitaliści nie są skłonni podwyższać płac robotnikom, chociaż ci rozumieli, że sprowadzanie zarobków do poziomu minimum socjalnego nie ma sensu, gdyż aby towar sprzedać, trzeba mieć gotowych go kupić konsumentów, a najlepsi konsumenci to właśnie robotnicy (s. 262). „Pogodzenie masowej konsumpcji (przy standaryzacji, jaką za sobą pociągała) z rozbuchanym indywidualizmem należy do największych osiągnięć cywilizacji zachodniej” – podsumowuje profesor (s. 295) i z zadowoleniem podaje, jakie spustoszenia w tzw. systemie socjalistycznym wywołała ekspansja odzieży dżinsowej.

Uznając autorytet autora, ze szczególnym zapalem poszukiwałem u Fergussona wskazówek na przyszłość. Znalazłem niepokojące stwierdzenia, że dzisiejsi Europejczycy to próżniacy pracujący mniej niż Amerykanie i Azjaci (s. 324), praktycznie poganie (s. 325), którzy z wygody odwrócili się od wiary, że podobnie jak w przypadku starożytnego Rzymu, koniec tej cywilizacji może nastąpić w ciągu życia jednego pokolenia (s. 355), że może nas czekać katastrofalna zmiana klimatu, ale autor w zasadzie uchyla się od przepowiedni. Odsyła do badaczy, którzy zgodnie wskazywali, że historia posiada rytm i przedstawiali podobne cykliczne modele dziejów cywilizacji od powstania do upadku (s. 358–363). Jego podsumowanie odczytywać można na wiele sposobów. Są podstawy sądzić, że tak Europa, jak i USA gwałtownie upadną, a rolę hegemonu przejmą Chiny. „Punkt ciężkości świata” przesunie się na wschód, co może oznaczać wojnę. Ale czynników zmian jest tak wiele, że możliwe są i inne scenariusze...

„Jeżeli odchodzące mocarstwo stawia w trudnym położeniu nadchodzące, to zawsze jest to bolesne. Koszt przeciwstawiania się wzrostowi Niemiec, jaki poniosła Wielka Brytania, był istotnie duży. Znacznie łatwiejszym dla niej wyjściem okazało się przyjęcie roli młodszego współnika Stanów Zjednoczonych. Czy Ameryka powinna dążyć do opanowania Chin? Czy może powinna ugłaskać Chiny? [...] Żyjemy w czasach końca pięćsetletniego okresu panowania Zachodu. Tym razem Wschód naprawdę rzuca wy-



zwanie – z ekonomicznego i geopolitycznego punktu widzenia. Jest jeszcze za wcześnie na oświadczenie Chińczyków: Jesteśmy teraz panami. Ale trzeba też przyznać, że na pewno nie są już tylko uczniami. Niemniej jednak starcie cywilizacji w rozumieniu Huntingtona nadal wydaje się odległe. Bardziej prawdopodobne, że zobaczymy rodzaj przesunięcia, jaki w pięćsetletnich dziejach niemal zawsze dawał korzyść Zachodowi. Jedna cywilizacja słabnie, druga wzrasta w siłę. Zasadniczą kwestią jest nie to, czy one się zderzą, ale czy osłabienie tej słabszej doprowadzi do jej upadku” – konkluduje profesor (s. 390–391).

Cóż, dla mnie korzyści z nudnej podróży okazały się całkiem spore. W każdym razie po lekturze Fergussona staram się inaczej patrzeć na problemy światowej i polskiej polityki.



# Les maximes anciennes sont l'esprit des siècles...

*Witold Wołodkiewicz*

## *VANAE VOCES POPULI NON SUNT AUDIENDAE*

Środki masowego przekazu i różne kręgi wyrażające opinię publiczną często podważają wiarygodność wyroków sądowych, niekiedy nawet tych, które przeszły przez wszystkie instancje sądowe. Żądanie wysokich kar lub uniewinnienia oraz podważanie wiarygodności sędziów to typowe zachowania opinii publicznej, niezadowolonej z wyroków wydanych przez sądy. Próby wpływania na wymiar sprawiedliwości są podejmowane nie tylko samodzielnie przez niezależną opinię publiczną, lecz często bywają inspirowane przez grupy polityczne lub media, nie zawsze świadome skutków proponowanych żądań i ich zgodności z obowiązującym prawem. Częstym motywem takich działań jest oczekiwanie korzyści politycznych. Poddawanie się przez sędziów tego rodzaju żądaniom jest niebezpieczne dla właściwego funkcjonowania państwa.

Można podać wiele przykładów zachowań, które mogą oddziaływać na wymiar sprawiedliwości. W okresie socjalizmu realnego prowadzono często procesy w zakładach pracy. W założeniu miało to wywołać skutek wychowawczy poprzez oddziaływanie na publiczność, przysługującą się procesowi. W praktyce jednak sterowana opinia publiczna wywierała nacisk na orzeczenie sędziego (dodajmy, że sędziowie w tego rodzaju procesach byli dobierani wedle szczególnego, politycznego klucza). W niezmiernie ciekawej książce Macieja Dubois<sup>1</sup> autor opisuje jedną ze swych pierwszych spraw po zdaniu egzaminu adwokackiego: był to odprysk serii tzw. „afer mięsnych”, w której bronił kierowniczkę sklepu mięsnego oskarżonej o gotowanie zup dla personelu sklepu na kościach i skrawkach mięsa. Obowiązywały wtedy wytyczne Sądu Najwyższego karaniami „twardą ręką”. Również opinia społeczna, wymęczona brakiem mięsa w sklepach, żądała surowych kar. Sędzia wydający wyrok w tej sprawie poddał się dyspozycjom płynącym z góry i wydał w trybie doraźnym wyrok 8 lat więzienia.

<sup>1</sup> Por M. Dubois, M Komar, *Adwokat. Rozmowa o życiu w ciekawych czasach*, PWN, Warszawa 2013, s. 142 i n. Por. recenzję W. Wołodkiewicza, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 253–258.

Próby wywierania nacisku na niezawisłe sądy przez opinię publiczną i czynniki polityczne można zaobserwować również w demokratycznym państwie prawa.

Spośród licznych przykładów tego rodzaju prób wpływania na wymiar sprawiedliwości można wymienić żądanie dyscyplinarnego usunięcia sędziego, który wydał wyrok niepodobający się części opinii publicznej. Do krytyki sędziego dodawano jeszcze zarzuty wobec jego rodziców. Inny przykład to żądanie uchyleńcia – wynikającego z wyroku – obowiązku zamieszczenia sprostowania przez popularnego niegdyś polityka, wysuwane przez różne grupy społeczne. W tej sprawie ogłoszono również publiczną zbiórkę pieniędzy na zapłacenie kary.

Zjawisko wywierania nacisków na wymiar sprawiedliwości przez opinię społeczną, często sterowaną, jest tak dawne jak dzieje prawa. Często przybierało formę szantażowania sędziego, zmuszając go do wydania lub wykonania wyroku, który podobałby się politykom i publiczności, żądnym krwi i widowiska. Przykładem może tu być proces Jezusa, gdy tłum, z poduszczenia najwyższych kapłanów, żądał ukrzyżowania Jezusa. Piłat, nie znajdując winy oskarżonego, chciał go wypuścić (opisują to zgodnie wszystkie cztery ewangelie)<sup>2</sup>. Ewangelia św. Jana opisuje również rodzaj szantażu, gdy tłum – z poduszczenia najwyższych kapłanów – niedwuznacznie grozi Piłatowi, że jeżeli wypuści Jezusa, może być poczytany za wroga cesarza<sup>3</sup>.

Ciekawy przykład wywieranych przez opinię publiczną nacisków na sędziego, aby zarządził wykonanie kary śmierci w szczególnie hańbiący dla skazanego sposób, a tym samym zapewnił ciekawe widowisko dla tłumu, zawiera fragment konstytucji cesarza Dioklecjana i Maksymiana, przekazany w Kodeksie justyniańskim C.9.47.12. Na posiedzeniu rady cesarskiej (*consistorium*) było rozpatrywane pytanie nieznanego urzędnika prowincjonalnego, skierowane do cesarzy w celu wyjaśnienia następującego zdarzenia: Syn dekuriona (członka rady miejskiej, której członkowie – i ich rodziny – należeli do wyższej warstwy społecznej, tzw. *honestiores*) popełnił, nieznanego nam, bardzo poważne przestępstwo, za które został skazany na karę śmierci. Z uwagi na wagę przestępstwa mieszkańcy miasta zaczęli domagać się wykonania wyroku przez oddanie skazanego na pożarcie dzikim zwierzętom. Zapewne odgrywały tu również rolę względy związane z widowiskowością tego rodzaju egzekucji, które odbywały się na arenie cyrkowej i stanowiły ciekawe wydarzenie dla miejskiej gawiedzi. Oddanie skazanego na pożarcie dzikim zwierzętom stanowiło hańbiący sposób wykonania kary śmierci, który nie mógł być stosowany wobec osób stanu wyższego (*honestiores*), lecz jedynie w stosunku do osób stanu niższego (*humiliores*) oraz niewolników i wyzwolenców<sup>4</sup>. Przywilej niewykonywania kary w hańbiący sposób posiadali członkowie rad miejskich (*decuriones*) i ich

<sup>2</sup> W literaturze polskiej zob.: P. Świącicka, *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawnohistoryczne*, wyd. 2, Warszawa 2012.

<sup>3</sup> Ewangelia św. Jana (tłum. J. Wujka) 19, 12–16: „I odtąd starał się [Piłat] go wypuścić. Lecz żydzi wołali mówiąc: Jeśli tego wypuścisz, nie jesteś przyjacielem cesarskim; każdy bowiem, co się czyni królem, sprzeciwia się cesarzowi. Piłat więc usłyszawszy te słowa, wyprowadził Jezusa przed ratusz i usiadł na stolicy sądowej, na miejscu, które zowią Litostratos, a po żydowsku Gabbata. A był to dzień przygotowania Paschy, godzina prawie szósta. I mówi żydom: Oto król wasz. A oni zawołali: Strać, strać, ukrzyżuj go! Rzecz im Piłat: Króla waszego mam ukrzyżować? Odpowiedzieli najwyżsi kapłani: Nie mamy króla jeno cesarza. Wtedy więc wydał go im, aby był ukrzyżowany. (...)”.

<sup>4</sup> Por. np.: konstytucję Konstantyna C.9.20.16.1: *Si quis tamen eius modi reus fuerit oblatu, poste aquam super crimine patuerit, servus quidem vel libertate donatus bestiis obiciatur, ingenuus autem gladio consumatur.*

synowie, jako należący do warstwy *honestiores*. Urzędnik prowincjonalny, zdezorionowany jak ma postąpić, zwrócił się do konsystorza cesarskiego z prośbą o rozstrzygnięcie jego wątpliwości: Czy ma zastosować się do żądań opinii publicznej miasta i oddać skazanego na pożarcie dzikim bestiom (*bestiis subici*), czy też, zgodnie z obowiązującym prawem, wykonać wyrok przez ścięcie skazanego lub jego deportację na bezludną wyspę? Zgodna z prawem decyzja wywołałaby poważne niezadowolenie opinii publicznej, a w konsekwencji mogła nawet doprowadzić do rozruchów w mieście.

Odpowiedź cesarza była jednoznaczna. Po przypomnieniu przywileju dla dekurionów i ich rodzin Konsystorz cesarski, w imieniu cesarza, polecił urzędnikowi prowincjonalnemu wykonanie wyroku zgodnie z obowiązującym prawem, przypominając, że: „Synowie dekurionów nie powinni być oddawani na pożarcie dzikim bestiom. A gdy lud domaga się tego [cesarze] odpowiadają: **Nie należy dawać posłuchu czczym głosom tłumu. Nie należy bowiem zawierzać tym głosom, które żądają uwolnienia z karygodnej zbrodni albo domagają się skazania**”.

C.9.47.12: (Imp. Diocletianus et Maximianus): *Decurionum filii non debent bestiis subici. Cumque a populo exclamatum est, iterum [imperatores] dixerunt: Vanae voces populi non sunt audiendae: nec enim vocibus eorum credi oportet, quando ab obnoxium crimine absolvi aut innocentem condemnari desidera verint [sine anno].*

Ciekawe są interpretacje tego tekstu dokonywane przez średniowiecznych glosatorów prawa rzymskiego i kanonicznego<sup>5</sup>. Komentarz do glosy Akursjusza zawiera nawiązanie do Piłata, który „źle uczynił skazując Chrystusa na żądanie ludu”<sup>6</sup>.

Autorzy inskrypcji łacińskich na kolumnach gmachu Sądu Najwyższego w Warszawie zacytowali łacińską paremię *VANAE VOCES POPULI NON SUNT AUDIENDAE* i umieścili ją na czołowym miejscu gmachu, na rogu placu Krasińskich i ulicy Długiej. Traktowali ją jako wskazówkę dla sędziów, żeby przy orzekaniu nie poddawali się wpływowi opinii publicznej, lecz orzekali, stosując obowiązujące prawo<sup>7</sup>.

D.47.9.12.1, Ulpianus libro octavo de officio proconsulis: *Qui data opera in civitate incendium fecerint, si humiliore loco sint, bestiis obici solent: si in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur aut certe in insulam deportantur.*

D.48.8.3.5, Marcianus libro 14 institutionum: *Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio. Sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliiores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam.*

<sup>5</sup> *Codicis Justiniani ... repetitae praelectionis libri XII, Accursii commentariis, & multorum veterum ac recentiorum Jurisprudentum...*, Antonio Contio auctore, 1569 (ad C.9.47,12).

<sup>6</sup> *Pilatus male fecit, qui ad populi clamorem Christum condemnavit.*

<sup>7</sup> Zob. *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, pod redakcją Witolda Wołodkiewicza, opracowali A. Kacprzak, J. Krzynówek, W. Wołodkiewicz, wyd. 3, Warszawa 2011, s. 94 in.

# Wołyń 1943

Władysław Lutwak

## WOŁYŃ 1943 – W 70. ROCZNICĘ

„Wołyń” kojarzy się w Polsce chyba wyłącznie z rzeziami dokonanymi przez ukraińskich nacjonalistów, których apogeum miało miejsce 11 lipca 1943 r. Zanika pamięć, że przez stulecia Wołyń był przykładem zgodnego współżycia różnych kultur, nacji i konfesji. Znaczący dzieje tej krainy do dziś zastanawiają się, jak było możliwe to, co się wydarzyło przed 70 laty. Przypominają nierozważne zachowania polskiej administracji w II RP, ale także działalność proukraińską wojewody Henryka Józewskiego w latach 1930–1938, który realizował program utworzenia na Wołyniu ukraińskiego Piemontu. Ekstremistyczny nacjonalizm ukraiński nie godził się na wszelkie inicjatywy kulturotwórcze dla Ukraińców, które inicjował lub wspierał rząd polski. Józewski co prawda uniknął śmierci, ale wielu działaczy kultury i polityki, zarówno Polaków jak i Ukraińców, zamordowano tylko dlatego, że dążyli do zgodnego twórczego współistnienia. Tak zginął w 1931 r. działacz państwowy Tadeusz Hołówko, a w 1934 r. zwolennik współpracy z umiarkowanymi ukraińskimi siłami politycznymi minister Bronisław Pieracki. Ukraińscy nacjonałści w 1922 r. zamordowali zasłużonego działacza społecznego i poetę Sydira Twardohliba (1886–1922), dlatego że wziął udział w wyborach do polskiego parlamentu, a tym samym uznał polską władzę<sup>1</sup>. Podobnych mordów, zastraszeń, pobic rodaków było bardzo wiele. Gdy chłop ukraiński wysłał syna na studia do polskiego uniwersytetu, to zastraszano go lub palono mu zagrodę. Głośnym echem wśród samych Ukraińców odbiło się zamordowanie we Lwowie w 1934 r. zasłużonego pedagoga ukraińskiego (dyrektora prestiżowego ukraińskiego Gimnazjum Akademickiego) i działacza Ukraińskiej Akcji Katolickiej Iwana Babija (1893–1934), dlatego że krytykował nacjonalizm ukraiński i pracował w państwie polskim. Zamach na swojego przyjaciela potępił wówczas wybitnie zasłużony dla kościoła, narodu i państwa ukraińskiego metropolita grekokatolicki Lwowa Andrzej Szeptycki (brat polskiego generała Stanisława i wnuk pisarza Aleksandra Fredry). Napisał on m.in.: „Od kilku lat mnożą

<sup>1</sup> L. Kulińska, *Działalność terrorystyczna i sabotażowa nacjonalistycznych organizacji ukraińskich w Polsce w latach 1922–1939*, Kraków 2009, s. 181.

się zwyczaję, zgodnie z którymi ludzie uciekający przed osobistą niewygodą, starają się zawładnąć umysłami naszej młodzieży, nie po to by ją wychować na dobrych obywateli, ale po to by używać ją jako ślepego narzędzia obłądnego terroru, który doprowadzi nasz naród do zgubnej zupełnej ruiny. Samozwańcy przywódcy odciągają nawet młodzież szkolną od nauki i pod pozorem, czy pretekstem poświęcenia dla narodu i ojczyzny pchają młodych ludzi prosto w szaleństwo grzechu, oczywiście (...) siebie przy tym uważają za bohaterów”<sup>2</sup>.

Słowa te warto przypomnieć tym wszystkim, którzy zbrodniarzy ustanawiają „bohaterami Ukrainy”. Stepan Bandera, Roman Szuchewycz stają się dla młodych Ukraińców „wzorcami”, bo – jak się im tłumaczy – „walczyli o wolną, wielką Ukrainę”. Tworzy się dla nich muzea, mauzolea, wznosi pomniki (niemal w każdej większej miejscowości Zachodniej Ukrainy). I nikt się nie zastanowi, że są oni winni hektolitrami przelanej krwi ludzi, którzy inaczej myśleli, lub których nienawidzili z powodu tego, że byli innej nacji. Oni i im podobni to – nawiązując do Szeptyckiego – „obłądni antybohaterowie”, mimo iż w hagiograficznych biografiach nic o tym nie można przeczytać. Celem ich była wprawdzie „wielka Ukraina”, ale zasadne staje się pytanie, jaka miała być owa Ukraina? Czy tylko dla „naszych” Ukraińców, bez Żydów, Polaków, Rosjan, a nawet bez Ukraińców, którzy wyznają inne wartości? Adolf Hitler również chciał wielkich Niemiec. Jakich? – wiemy. Dzięki Bogu dziś nikt odpowiedzialny w Niemczech nie chce mu stawiać pomników i nazywać go „bohaterem Niemiec”.

W dziejach Narodu Ukraińskiego było wiele wybitnych postaci, które w ogromnym stopniu przyczyniły się do rozwoju ukraińskiej kultury, tworzyły ukraiński nowożytny język literacki, budowały ukraiński ruch naukowy, szkolny, gospodarczy; rozwijały ukraińską świadomość narodową, a przy tym nie nawoływały do eksterminacji i nie realizowały jej poprzez akty terroru i współpracę z innymi zbrodniarzami. Dziwnym zrządzeniem losu wiele z nich nie doczekało się patronatu ulicy, nie mówiąc o pomnikach.

W 2003 r. w związku z uroczystościami 60-lecia rzezi wołyńskiej ukraińscy i polscy politycy wykonali kilka gestów, a historycy, obradujący na licznych wówczas konferencjach, zapewniali o wspólnych badaniach. Część polskich historyków postanowiła dokładnie zbadać przyczyny owej rzezi oraz jej konsekwencje. Grzegorz Motyka zgłębił i opisał, przeciwstawianą przez długi czas wydarzeniom wołyńskim, akcję „Wisła”. Pokazał zło dokonane przez władze Polski Ludowej i oddziały Ludowego Wojska Polskiego polegające na masowych przesiedleniach, a tym samym zniszczeniu kultury ruskich górali – Bojków i Łemków, którzy padli ofiarą walki z Ukraińską Powstańczą Armią (UPA), choć w większości uważali się za odrębne od ukraińskiej grupy etnicznej. W tym czasie na Ukrainie nastąpił „wysyp” książek na temat „Wołynia”. Niemal wszystkie one realizowały scenariusz pomniejszania udziału UPA w zbrodniach, kwestionowania liczby polskich ofiar cywilnych oraz zwielokrotniania liczby ofiar po stronie ukraińskiej. Dochodziło do „twórczej” interpretacji części istniejących źródeł lub też swoistego „two-

<sup>2</sup> Odezwę opublikowano m.in. w: „Sprawy Narodowościowe” 1934, nr 4, jako przedruk z dziennika „Діло” z 5 sierpnia 1934 r., nr 205. Zob. też: S. Stępień, *Stanowisko metropolity Szeptyckiego wobec zjawiska terroru politycznego*, (w:) *Metropolita Andrzej Szeptycki. Studia i materiały*, pod red. A. A. Zięby, Kraków 1994, s. 116.



rzeźnia” nowych. Próbowano – wbrew faktom – dowodzić, że to Polacy zaczęli rzeźnię wcześniej (na Chełmszczyźnie). Nie było dialogu naukowego.

Środowisko historyków polskich zajmujących się od lat badaniami ukraińskiej historii z niepokojem obserwuje kolejne próby zdjęcia odpowiedzialności z UPA, które w ostatnich latach poszły w zadziwiający kierunek. Przykładowo, niekryjący fascynacji UPA młody ukraiński historyk pochodzący ze Lwowa Wołodimir Wiatrowicz opublikował w 2011 r. książkę pt. *Друга польсько-українська війна 1942–1947 (Druga polsko-ukraińska wojna 1942–1947)*<sup>3</sup>. Główne przesłania książki: konflikt rozpoczęli w 1942 r. Polacy; nie można mówić o rzezi czy ludobójstwie, bo była to rzeczywista wojna polsko-ukraińska. Książka spotkała się, z jednej strony, z zachwytem znacznej części historyków ukraińskich, z drugiej zaś z krytyką wszystkich polskich historyków. Prof. Grzegorz Motyka uznał ją za niepotrzebną i złą<sup>4</sup>. Wykazał, że Wiatrowicz świadomie manipuluje faktami i za wszelką cenę próbuje zdjąć odpowiedzialność z banderowców, stosując przy tym karkołomne konstrukcje intelektualne<sup>5</sup>.

Ukraiński historyk i analityk dr Roman Kabaczij na łamach „Nowej Europy Wschodniej” stwierdził w ostatnich miesiącach, że aby zmierzyć się z „Wołyniem”, ukraińscy historycy potrzebują czasu; że powoli dorastają do merytorycznej dyskusji z polskimi historykami<sup>6</sup>. Jeżeli tak jest, to książka Wiatrowicza nie jest krokiem we właściwym kierunku.

W ciągu ostatnich kilkunastu lat ukazało się w Polsce wiele publikacji naukowych opartych na solidnych podstawach, poprzedzonych krytyczną analizą źródeł<sup>7</sup>. Opublikowano też książkę znanego ukraińskiego historyka Ihora Iljuszyna pt. *UPA i AK. Konflikt w Zachodniej Ukrainie (1939–1945)*<sup>8</sup>. W 2013 r. IPN wydał książkę Romualda Niedzielko pt. *Kresowa księga sprawiedliwych – 1939–1945*<sup>9</sup>, w której przedstawiono relacje na temat pomocy doznawanej przez Polaków ze strony Ukraińców, którzy tym samym narażali siebie na śmierć ze strony UPA.

<sup>3</sup> B. В'ятрович, *Друга польсько-українська війна 1942–1947*, Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія» 2011. Drugie poprawione wydanie ukazało się w roku 2012.

<sup>4</sup> G. Motyka, *Nieudana książka*, „Nowa Europa Wschodnia” 2012, nr 2.

<sup>5</sup> *Ibidem*; zob. też: recenzję Grzegorza Hryciuka [„Pamięć i Sprawiedliwość” 2013, nr 1 (21), s. 460–471], oraz Andrzeja Leona Sowy [„Pamięć i Sprawiedliwość” 2013, nr 1 (21), s. 450–460]; G. Motyka, *W krainie uproszczeń*, „Nowa Europa Wschodnia” 2013, nr 1, s. 97–101.

<sup>6</sup> R. Kabaczij, *Nie bojąc się Wołynia*, „Nowa Europa Wschodnia” 2013, nr 1, s. 81–86.

<sup>7</sup> M.in.: E. Siemaszko, W. Siemaszko, *Ludobójstwo dokonane przez nacjonalistów ukraińskich na ludności polskiej Wołynia 1939–1945*, t. 1–2, Warszawa 2000; W. Filar, *Wołyń 1939–1944. Eksterminacja czy walki polsko-ukraińskie*, Toruń: Adam Marszałek 2003; tenże, *Przebraże – bastion polskiej samoobrony na Wołyniu. Bitwy i akcje*, Warszawa 2007; tenże, *Wydarzenia wołyńskie 1939–1944*, Toruń 2008; G. Hryciuk, *Przemiany narodowościowe i ludnościowe w Galicji Wschodniej i na Wołyniu w latach 1931–1948*, Toruń 2005; *Działalność nacjonalistów ukraińskich na Kresach Wschodnich II Rzeczypospolitej*, red. O. Grott, Warszawa 2010; L. Kulińska, A. Roliński, *Antypolska akcja nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce Wschodniej i na Wołyniu w świetle dokumentów Rady Głównej Opiekuńczej 1943–1944. Zestawienie ofiar*, Kraków 2012; G. Motyka, *Od rzezi wołyńskiej do Akcji „Wisła”. Konflikt polsko-ukraiński 1943–1947*, Kraków: Wydawnictwo Literackie 2011; E. Komoński, *W obronie przed Ukraińcami. Działania Polaków na Wołyniu i w Galicji Wschodniej w latach 1943–1944 wobec polityki eksterminacyjnej nacjonalistów ukraińskich*, Toruń: Adam Marszałek 2013. Zob. też: liczne publikacje w dziennikach, tygodnikach opinii i miesięcznikach historycznych.

<sup>8</sup> I. Iljuszyn, *UPA i AK. Konflikt w Zachodniej Ukrainie (1939–1945)*, Warszawa 2009.

<sup>9</sup> R. Niedzielko (oprac.), *Kresowa księga sprawiedliwych 1939–1945. O Ukraińcach ratujących Polaków poddanych eksterminacji przez OUN i UPA*, Warszawa: IPN 2013.

W przedmowie do pomnikowego (choć krytykowanego) dzieła Ewy i Władysława Siemaszków z 2000 r. (*Ludobójstwo dokonane przez nacjonalistów ukraińskich...*) prof. Ryszard Szawłowski określił zbrodnie popełnione w 1943 r. przez ukraińskich nacjonalistów jako ludobójstwo, a po latach, w innych publikacjach, dodał, że – z uwagi na okrucieństwo – było to *genocidum atrox* – czyli ludobójstwo okrutne. Nie wydaje się celowe wprowadzanie kwantyfikatorów ludobójstwa, ale warte zastanowienia się jest, czy aktualny stan wiedzy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że czystki etniczne dokonane na Polakach na Wołyniu w 1943 r. miały charakter ludobójstwa, zgodnie z legalną definicją tego pojęcia. Refleksja nad tym jest o tyle istotna, że wśród polityków ukraińskich, a ostatnio także niektórych polityków i dziennikarzy polskich, szerzy się opinia, iż o ludobójstwie nie powinno się mówić, bo nie było państwa ukraińskiego, które mogłoby za nie odpowiadać. Zadziwia ogólna niewiedza na temat ludobójstwa jako zbrodni. Można odnieść wrażenie, że politycy, politolodzy i dziennikarze utworzyli własną definicję ludobójstwa<sup>10</sup>... nieprzystającą do tej z Konwencji ONZ. Czym jest więc „ludobójstwo”? By właściwie odpowiedzieć, należy przywrócić się aktowi normatywnemu, który jako pierwszy zawierał definicję legalną ludobójstwa, czyli *Konwencji ONZ w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa* z 9 grudnia 1948 r., którą ratyfikowały Polska (1950) i Ukraina (1954).

Wypada przypomnieć, że głównym autorem projektu konwencji i autorem samego pojęcia „ludobójstwo” był polski adwokat Rafał Lemkin (1900–1959). W 1944 r. w USA napisał on fundamentalną rozprawę pt. *Axis Rule in Occupied Europe*, w której sformułował pojęcie „*genocide*” – „ludobójstwo”. Droga do owego pojęcia i do konwencji ONZ zaczęła się jednak wcześniej. Sam Lemkin wspominał, że pierwsze ludobójstwo, o którym słyszał już w dzieciństwie, to ludobójstwo chrześcijan dokonane przez Nerona (czytał o nim w *Quo vadis* Henryka Sienkiewicza). Naukowo zainteresował się zagadnieniem na seminarium z prawa karnego prof. Juliusza Makarewicza we Lwowie, gdzie zgłębiał zagadnienie czystki etnicznej (dziś mówimy – ludobójstwa) Ormian przez Turków i zastanawiał się nad tym, dlaczego społeczność międzynarodowa nie reaguje i nie ukarze winnych<sup>11</sup>. W 1933 r. zaproponował na forum międzynarodowym regulację zbrodni barbarzyństwa i zbrodni wandalizmu. Oto treść proponowanych artykułów:

Art. 1. Kto z nienawiści do zbiorowości rasowej, wyznaniowej lub społecznej, albo też w celu wyniszczenia (eksterminacji) tejsze przedsięwzięcie czyn karalny przeciwko życiu, nietykalności cielesnej, wolności, godności lub podstawom bytu gospodarczego człowieka, należącemu do takiej zbiorowości, za to przestępstwo barbarzyństwa ulegnie karze (...), o ile czyn jego nie jest zagrożony surowszą karą w odnośnej ustawie karnej. Sprawca podlega tej samej karze, jeśli jego czyn skierowany został przeciwko osobie, która oświadczyła swoją solidarność lub ujęła się za jedną z wyżej wymienionych zbiorowości.

<sup>10</sup> Alain Besançon, stwierdził: „ludobójstwo w sensie właściwym, w odróżnieniu od zwykłej rzezi, żąda następującego kryterium: jest to rzeź zamierzona w ramach ideologii, stawiającej sobie za cel unicestwienie części ludzkości dla wprowadzenia własnej koncepcji dobra. Plan zniszczenia ma obejmować całość określonej grupy, nawet jeśli nie zostaje doprowadzony do końca w rezultacie niemożliwości materialnej czy zwrotu politycznego”. A. Besançon, *Przekleństwo wieku. O komunizmie, narodowym socjalizmie i jedyności Zagłady*, Warszawa 2000, s. 83.

<sup>11</sup> Szerzej zob. m.in.: R. Szawłowski, *Rafał Lemkin (1900–1959). Polski prawnik twórcą pojęcia „ludobójstwo”*, „Sprawy Międzynarodowe” 2005, nr 2, s. 103–138.

Art. 2. Kto z nienawiści do zbiorowości rasowej, wyznaniowej lub społecznej, albo też w celu wyniszczenia (eksterminacji) niszczy dzieła kultury lub sztuki, będące wytworem jej ducha, za to przestępstwo wandalizmu ulegnie karze (...), o ile czyn ten nie jest zagrożony surowszą karą w odnośnej ustawie karnej<sup>12</sup>.

Treść regulacji wprowadzonej konwencją ONZ z 1948 r. odbiega od propozycji Lemkina z 1933 r. Konwencja posługuje się jednym terminem – „ludobójstwo”, które zakresem jest węższe od proponowanego wcześniej terminu „barbarzyństwo”.

Artykuł I Konwencji stanowi, że „ludobójstwo, popełnione zarówno w czasie pokoju jak podczas wojny, stanowi zbrodnię w obliczu prawa międzynarodowego”, a umawiające się strony zobowiązują się zapobiegać tej zbrodni i karać ją. W artykule II zawarto legalną definicję ludobójstwa: „W rozumieniu Konwencji niniejszej ludobójstwem jest którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich [podkr.: W. L.]: a) zabójstwo członków grupy, b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy, e) przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy”. W przepisie zawarto katalog zamknięty czynów, które są na gruncie Konwencji ludobójstwem. W pierwotnej wersji projektu Konwencji z 1946 r. definicja ta obejmowała również zbrodnie popełnione z przyczyn „społecznych”, lecz fragment ten został usunięty pod naciskiem przedstawicieli Związku Sowieckiego. W art. III Konwencji wymieniono, że karane będzie a) ludobójstwo, b) zмова w celu popełnienia ludobójstwa, c) bezpośrednie i publiczne podżeganie do popełnienia ludobójstwa, d) usiłowanie popełnienia ludobójstwa, e) współudział w ludobójstwie. W art. IV wskazano zaś wyraźnie, że „winni ludobójstwa lub któregośkolwiek z czynów, wymienionych w artykule III, będą karani bez względu na to, czy są konstytucyjnie odpowiedzialnymi członkami rządu, funkcjonariuszami publicznymi czy też osobami prywatnymi [podkr.: W. L.]”.

W Polsce ludobójstwo jest zbrodnią ściganą na podstawie art. 118 Kodeksu karnego z 1997 r. (odpowiednika tego przepisu nie ma w ukraińskim kodeksie karnym z 5 kwietnia 2001 r.). Pojęciem „ludobójstwo” posługuje się także Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie 17 lipca 1998 r., który w art. 6 powtarza treść art. II Konwencji ONZ z 1948 r.

W świetle przywołanych przepisów zbrodnię ludobójstwa może popełnić każdy człowiek działający w zamiarze zniszczenia w całości lub części określonych grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, a na gruncie prawa polskiego także politycznych lub grup o określonym światopoglądzie.

Wiedza na temat motywacji sprawców czystki etnicznej na Wołyniu nie pozostawia wątpliwości, że sprawcy działali w zamiarze zniszczenia całej polskiej populacji na Wołyniu, czyli części polskiej grupy narodowej. Historycy ustalili, że Centralny Prowid OUN jesienią 1942 r. podjął decyzję o wypędzeniu wszystkich Polaków „z ukraińskich

<sup>12</sup> R. Lemkin, *Przestępstwa polegające na wywołaniu niebezpieczeństwa międzynarodowego jako delicta sui generis* (Wnioski na V Konferencję Międzynarodowego Biura do spraw Unifikacji Prawa Karnego w Madrycie), „Głos Prawa” 1933, nr 10.

ziem” pod groźbą śmierci. Jak wykazano, przywódcy OUN-UPA co najmniej zdawali sobie sprawę z konsekwencji tej decyzji<sup>13</sup>. Nie ulega wątpliwości, że sprawcy, wydając rozkazy i koordynując całą akcję wymierzoną w ludność cywilną, działali w zamiarze bezpośrednim zniszczenia części polskiej grupy narodowej (populacji polskiej na tzw. „ziemiach ukraińskich”, a szczególnie na Wołyniu). W świetle danych wynikających m.in. z publikacji Władysława Filara, Władysława i Ewy Siemaszków, Grzegorza Motyki i Lucyny Kulińskiej sprawstwo nacjonalistów ukraińskich z UPA (frakcji banderowskiej) winno być uznane za bezsporne.

Przygotowana i przeprowadzona latem 1943 r. na Wołyniu przez nacjonalistów ukraińskich pod szyldem UPA zbrodnia na Polakach była ludobójstwem. Nie powinno to budzić żadnych wątpliwości w Polsce i na Ukrainie. Ludobójstwem natomiast nie były akcje odwetowe polskiej samoobrony i AK, gdyż nie były prowadzone w zamiarze zniszczenia całości lub części narodu ukraińskiego. Można tu mówić o odwecie, ale nie zaplanowanej wcześniej i zorganizowanej akcji. Ludobójstwem nie była też akcja „Wisła”. Była bez wątpienia zbrodnią przeciwko ludności, która treścią przypomina sformułowane przez Lemkina w 1933 r. pojęcie „zbrodnia wandalizmu”, gdyż doszło do zniszczenia dzieł kultury i sztuki, będących wytworem grup etnicznych Ukraińców, Bojków i Łemków.

Bez względu na to, jak kwalifikować będziemy wydarzenia sprzed 70 lat, zawsze będą one złem. Zło popełnili nacjonaści ukraińscy, złem odpowiedzieli Polacy. Owo zło jest przeszłością, która jednak boli. Nielezione rany krwawią, dlatego trzeba po obu stronach odwagi, wyrozumiałości i cierpliwości, a nade wszystko szacunku, aby podobne zło nie zatriumfowało w przyszłości.

Nie można oskarżać o ludobójstwo dokonane przed 70 laty dzisiejszego Państwa Ukraińskiego, ani tym bardziej współczesnego ukraińskiego narodu. Winni tej zbrodni byli konkretni ludzie, kierownictwo OUN-UPA, które uległo nienawiści wynikającej z ideologii nacjonalistycznej, oraz bezpośredni sprawcy. Można natomiast i należy stanąć w prawdzie. Nie tworzyć bohaterów z ludzi, którzy nimi nie byli. Nie szukać wszędzie okazji do „drażnienia” bratniego narodu<sup>14</sup>, a przede wszystkim znacznej części własnego, ukraińskiego narodu, który zamiast się cementować, coraz głębiej dzieli się na „wschód” i „zachód”. Pomniki stawiajmy tym, którzy winni być wzorcem człowieka dla naszych dzieci. Nie wydaje się, aby dobrymi wzorcami byli Stepan Bandera i Roman Szuchewycz. Nawiązując do zacytowanej wypowiedzi metropolity Szeptyckiego, wypada przypomnieć, że to oni z egoistycznych pobudek, „pod pretekstem poświęcenia dla narodu i ojczyzny pchali ludzi prosto w szaleństwo grzechu (...), a siebie przy tym uważali za bohaterów”.

<sup>13</sup> Zob. G. Motyka, *W krainie uproszczeń*.

<sup>14</sup> Każdy, kto choć trochę zna historię Lwowa, musi zdziwić się, że niegdysiejsza ulica Leona Sapiehy dziś jest ulicą Stepana Bandery, przy której stoi – niejako mauzoleum – pomnik Bandery, szpecący to urokliwe miejsce miasta. Przy tejże ulicy znajduje się prestiżowa szkoła polska nr 10 oraz kościół św. Marii Magdaleny. Nie przypadkiem w murach szkoły wmurowano popiersie Romana Szuchewycza. To Polaków musi boleć.

## PRZEMILCZANE LUDOBÓJSTWO

*Zbrodniarzom sprzyja wszystko. Brak dokumentów (niszczyli je sami), śmierć świadków (wielu zabili sami), upływ czasu zabierający ludziom pamięć, strachy czające się w ludzkich głowach na każde wspomnienie, wreszcie – koszmary dręczące tych, co wiedzą.*

Zbigniew Bartuś

Masową eksterminację ludności polskiej, zrealizowaną przez nacjonalistów ukraińskich z Organizacji Ukraińskich Nacjonalistów, Ukraińską Powstańczą Armię, kolaboracyjne policje ukraińskie i część miejscowej ludności ukraińskiej w czasie II wojny światowej na terenie 6 województw przedwojennej Polski określić należy jako ludobójstwo<sup>1</sup>. Pierwszym badaczem, który zwrócił uwagę na to, że jedynie ten termin odpowiada rozmiarowi popełnionych zbrodni, był prof. Ryszard Szawłowski. Wykładnię i uzasadnienie zamieścił w *Przedmowie* do książki *Ludobójstwo dokonane przez nacjonalistów ukraińskich na ludności polskiej Wołynia 1939–1945*<sup>2</sup>, rozwijając ją w następnych pracach i wykazując, że zbrodnia wołyńsko-małopolska była trzecim ludobójstwem na narodzie polskim (po niemieckim i sowieckim) popełnionym w czasie ostatniej wojny. Taką samą kwalifikację zbrodni OUN-UPA przyjęli prokuratorzy z Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu Instytutu Pamięci Narodowej prowadzący śledztwa w tej sprawie. W ocenie karnoprawnej odnośnych zbrodni IPN posłużył się Konwencją o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa oraz artykułem 118 § 1 polskiego Kodeksu karnego z 1997 r.<sup>3</sup> Zdaniem prokuratorów z katowickiego IPN „przyjęcie

<sup>1</sup> Problem ten posiada szeroką bibliografię. Zob. przegląd źródeł dotyczących tego tematu: *Wołyni – Galicja Wschodnia 1943–1944. Przewodnik po polskich i ukraińskich źródłach archiwalnych*, pod. red. D. Nałęcz i H. Boriaka, t. 1, Warszawa–Kijów 2003; L. Kulińska, *Materiały do bibliografii dotyczącej ludobójstwa ludności polskiej dokonane przez nacjonalistów ukraińskich na Kresach Wschodnich II RP w latach 1939–1947*, (w:) *Działalność nacjonalistów ukraińskich na Kresach Wschodnich II Rzeczypospolitej*, pod red. O. Grotta, Warszawa 2010, s. 341–409.

<sup>2</sup> E. Siemaszko, *Ludobójstwo dokonane przez nacjonalistów ukraińskich na ludności polskiej Wołynia 1939–1945*, t. 1–2, Warszawa 2000.

<sup>3</sup> P. Zając, *Prześladowania ludności narodowości polskiej na terenie Wołynia w latach 1939–1945 – ocena karnoprawna zdarzeń w oparciu o ustalenia śledztwa OKŚZpNP w Lublinie*, (w:) *Zbrodnie przeszłości. Opracowania i materiały proku-*



takiej kwalifikacji prawnej wydaje się nie tylko możliwe, ale także prawidłowe z punktu widzenia formalnoprawnego<sup>4</sup>.

Ryszard Szawłowski zauważył, że okrucieństwo i bezwzględność, z jakimi traktowano napadniętych, pastwienie się nad ofiarami i stosowanie wobec nich wyrafinowanych tortur zasługują na szczególnie potępienie. Dlatego ludobójstwo to określić należy mianem *genocidium atrox* – czyli ludobójstwa okrutnego (straszego)<sup>5</sup>.

Trzeba przypomnieć, że ludobójstwa i zbrodni na Polakach dopuścili się ukraińscy obywatele II Rzeczypospolitej. Poza niewielkimi wyjątkami Ukraińcy ze wschodniej Ukrainy nie mieli z tymi mordami nic wspólnego. Co więcej – ofiary, które zdecydowały się uciec za Zbrucz, spotykały się tam z pomocą i współczuciem ze strony miejscowych Ukraińców.

Winą za dokonaną na Polakach zbrodnię w pierwszej kolejności należy obciążyć dowódców i członków OUN, UPA i ukraińskie formacje kolaboracyjne.

---

ratorów IPN, t. 2, *Ludobójstwo*, red. R. Ignatiew, A. Kura, Warszawa 2008, s. 34–49, *Materiały Pomocnicze IPN*, t. 10; P. Miszko, K. Matkowski, *Zbrodnie ludobójstwa popełnione przez nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce Wschodniej w latach 1939–1945 na osobach narodowości polskiej – w świetle śledztwa OKŚpNP we Wrocławiu*, (w:) *Zbrodnie przeszłości*, s. 34–52; *Ludobójstwo i zbrodnia przeciw ludzkości jako kwalifikacje prawne działań ukraińskich nacjonalistów z OUN-UPA i SS-Galizien na terenie kresów Południowo-Wschodnich II RP*, (w:) *Prawda historyczna a prawda polityczna w badaniach naukowych. Ludobójstwo na Kresach południowo-wschodniej Polski w latach 1939–1946*, red. B. Paż, Wrocław 2011, s. 99–125.

<sup>4</sup> W dniu 26 czerwca 2013 r. podczas sesji historycznej poświęconej 70. rocznicy Ludobójstwa Polaków na Kresach II RP, która odbyła się w Zabrzu, dr Andrzej Drogoń i Marek Suchan z IPN Oddział w Katowicach wygłosił referat pt. „Rzeź wołyńska jako element polityki ludobójstwa dokonanego na ludności polskiej w województwach wschodnich II RP”, w którym wskazali m.in.: „Rzeź wołyńska od początku nosiła wszelkie znamiona ludobójstwa w sposób sukcesywny przeprowadzanego na ludności polskiej. Rozkazy dowódców UPA w sposób jednoznaczny zdradzają zamiar planowanego zniszczenia części narodu polskiego zamieszkującego tereny wschodnich województw Rzeczypospolitej jako zagrażających przyszłości niepodległej Ukrainy. (...) Nadto warto dodać, że skala zbrodni, ich precyzja oraz przygotowanie sprzyjają przyjęciu też, że były one przeprowadzane nie w sposób chaotyczny, ale szczegółowo zorganizowany i kontrolowany. Twierdzenie przy tym, że miało ono wyłącznie na celu zmuszenie Polaków do opuszczenia terenów Galicji i Wołynia jest nie do przyjęcia. Nawet jeżeli głównym celem było faktyczne zmuszenie Polaków do ucieczki, to plan ten zakładał również zniszczenie części grupy narodowej. Dla przyjęcia popełnienia zbrodni ludobójstwa nie ma znaczenia, w jakim celu sprawca dokonuje zniszczenia grupy lub jej części. Najistotniejszy jest sam zamiar. Ludobójstwo na Wołyniu oraz ludobójstwa sowieckie i niemieckie są w warstwie prawnoformalnej bardzo do siebie podobne. Wszystkie one w sposób w zasadzie jednoznaczny «podpadają pod definicję». W warstwie faktycznej różnią się bardzo i warto przypomnieć o niewyobrażalnym bestialstwie i barbarzyństwie, jakie cechowało ludobójstwo na Wołyniu. Nie ma w obowiązujących przepisach paragrafu, który pozwoliłby na pełne opisanie okrucieństwa sprawców i cierpienia ofiar. Nie ma również w katalogu kar, kary, która mogłaby być uznana za sprawiedliwą dla sprawców. Nam, potomnym, pozostaje więc dopełnienie trudnego obowiązku, by nigdy o tej zbrodni nie zapomniano”.

<sup>5</sup> Pojęcie i termin *genocidium atrox* jako kategorię ludobójstwa kwalifikowanego przedstawił prof. Szawłowski po raz pierwszy w druku w haśle „Ludobójstwo” w *Encyklopedii Białych Plan*, t. XI, 2003. *Atroux* stanowi łacińskie określenie na: okrutny, okropny, dziki, straszny. *Genocidium atrox* różni się od „standardowych” ludobójstw (dokonywanych w szczególności przez rozstrzeliwanie czy gazowanie oraz zabijanie głodem, mrozem i pracą ponad siły) mordowaniem połączonym z zadawaniem ofiarom sadystycznych tortur. Tym właśnie wyróżniało się ludobójstwo ukraińskie na Polakach (np. przecinanie piłą, wyrwanie języków, wylupywanie oczu, łamanie kończyn, wrzucanie do studni etc.). Innym jeszcze potwornym wyróżnikiem ukraińskiego ludobójstwa było mordowanie małżeństw mieszanych polsko-ukraińskich, nieraz łącznie z dziećmi, a niekiedy nawet i ich krewnych. Szczytem było zmuszanie ukraińskiego męża do zabicia swojej polskiej żony. Pierwszą krótką komparatystykę ludobójstwa na Polakach w czasie II wojny światowej (niemieckiego, sowieckiego i ukraińskiego *genocidium atrox*) dał R. Szawłowski w haśle „Ludobójstwo” w *Encyklopedii Katolickiej*, tom XI, Lublin 2006, s. 125–127.



Nacjoniści ukraińscy kierowali się wyjątkowo silną i brutalną ideologią – ideologią etnicznej nienawiści i zaboru. Dowodzą tego jednoznacznie prace wszystkich tych politologów i historyków, którzy podjęli się analizy publikacji i wypowiedzi czołowych przedstawicieli skrajnego ukraińskiego nacjonalizmu<sup>6</sup>. Do mordów angażowali dobrowolnie lub pod przymusem młodych mężczyzn z okolicznych wsi. Zaraz za nimi szły bandy rabunkowe, których członkinie – ponieważ były to przede wszystkim młode, wiejskie kobiety – dokonywały rabunku mienia ofiar. W tym dziele pomagały im dzieci nawet 9–10-letnie. Po pierwszym napadzie i zbiorowym mordowaniu w Ukraińcach przełamywane były ostatnie moralne bariery przed zbrodnią. Starsi ludzie byli bardziej zdystansowani, obawiali się kary, czasem współczuli. W setkach relacji Polaków ocalonych z rzezi znajdziemy informację, że pomoc dla nich przychodziła przede wszystkim od ludzi starych, podczas kiedy ich dzieci i wnuki przyłączały się do band. Czasem ostrzegali Polaków przed napadem ukraińscy krewni, sąsiedzi, ale często ludzie, którzy byli w swoich środowiskach niemal wyrzutkami – ludzie kalecy, wiejscy biedacy. Wszyscy oni ryzykowali własnym życiem. W razie udowodnienia „winy” byli bowiem mordowani, i to w sposób okrutny.

Sprawcy mordów stosowali ścisłą segregację rasistowską i etniczną – zabijali swe ofiary dlatego, że byli Polakami. Zdecydowaną większość ofiar, których liczba ustalana

<sup>6</sup> Należy wymienić najważniejsze prace na temat genezy nacjonalizmu ukraińskiego: W. Poliszczuka, *Gorzka prawda. Zbrodniczość OUN-UPA (Spowiedź Ukraińca)*, Toronto 1994; *Ideologia nacjonalizmu ukraińskiego*, Toronto 1997; *Integralny nacjonalizm ukraiński jako odmiana faszyzmu*, Toronto 1998; *Dowody zbrodni OUN i UPA*, Toronto 2000; pięć tomów zawierających dokumenty pt. *Nacjonalizm ukraiński w dokumentach*, Toronto 2002–2004. Za bardzo wartościowe uznać należy artykuły K. Łady pt. *Pomiędzy wypędzeniem a eksterminacją. Nacjoniści ukraińscy wobec Polaków na Kresach i Musimy ich wyniszczyć, musimy oczyścić Ukrainę*, (w:) C. Partacz, K. Łada, *Polska wobec ukraińskich dążeń niepodległościowych w czasie II wojny światowej*, Centrum Edukacji Europejskiej, Toruń 2003, s. 69–95 i 278–304; *Teoria i ludobójcza praktyka ukraińskiego integralnego nacjonalizmu wobec Polaków, Żydów i Rosjan w pierwszej połowie XX wieku*, (w:) *Wołyń i Małopolska Wschodnia 1943–1944*, red. C. Partacz, B. Polak, W. Handke, Koszalin–Leszno 2004, s. 31–89; T. Piotrowski, *Poland's Holocaust. Ethnic Strife, Collaboration with Occupying Forces and Genocide in the Second Republic, 1918–1947*, Jefferson, NC: McFarland 1998. Wiele informacji na ten temat znaleźć można też w pracach W. Żeleńskiego: *Zabójstwo ministra Pierackiego*, Warszawa 1995; *Zabójstwo ministra Pierackiego*, „Zeszyty Historyczne” 1975, nr 25; *Jeszcze o zabójstwie Pierackiego i rozrachunkach polsko-ukraińskich*, „Zeszyty Historyczne” 1978, nr 46; *Akt oskarżenia przeciwko Stefanowi Banderze i towarzyszom*, 1936; L. Kulińska, *Dzieje Komitetu Ziemi Wschodnich na tle losów ludności polskich kresów 1943–1947*, t. 1–2, Kraków 2001–2003. Najbardziej znaczącą rolę w propagowaniu skrajnego ukraińskiego nacjonalizmu odegrał jego czołowy ideolog Dmytro Doncow (1883–1973). Z pochodzenia nadnieprzaniec, emigrant ukraiński, redaktor i wydawca naukowo-literackiego czasopisma wychodzącego we Lwowie pn. „Wistnyk”, autor wielu prac, a w szczególności: *Podstawy naszej polityki* (Wiedeń 1921); *Polityka pryncypialna i oportunistyczna* (Lwów 1928) i *Nacjonalizm* (Lwów 1926; polskie wydanie *Nacjonalizmu*, wstęp, tłum., komentarze i analiza W. Poliszczuk, Kraków 2008). Zamieszczał on swoje artykuły zarówno w pismach legalnych, jak i nielegalnych, pod własnym nazwiskiem lub pseudonimami. Dwa lata po zakończeniu II wojny światowej były nacjonalista Mychajło Demkowicz-Dobriański określił Doncowa jako „człowieka, który wyzwolił zwierzę w Ukraińcu” i „uświęcił amoralność w walce politycznej”. Ogłoszona w roku 1926 przez Doncowa w pracy *Nacjonalizm* doktryna nacjonalizmu ukraińskiego wywarła potężny wpływ na kształtowanie się postaw młodych Ukraińców zamieszkujących przed wojną w Polsce. Doncow był przez nich uznawany niemal za proroka. Jego stosunek do religii, do świata wartości absolutnych był wrogi. Jest faktem, że najbardziej bezwzględni przywódcy nacjonalizmu ukraińskiego S. Bandera i R. Szuchewycz wychowali się na pracach Doncowa, ba, traktowali je jak biblię. Główne znaczenie Doncowa polegało na tym, że jego tezy propagandowe pozwoliły wychować nowy typ bojownika, żądnego odwetu, nienawidzącego wszystkiego, co obce. Patrz: *Dmytro Doncow. Życie i działalność*, „Zeszyty Historyczne” (Paryż) 1981, nr 55, s. 145–160.

w kolejnych badaniach historyków zbliża się do 200 tysięcy, stanowili polscy chłopci, najczęściej wielodzietne rodziny. Nie oszczędzano kobiet (nawet brzemiennych), dzieci i starców. Dla morderców nie miało znaczenia, jaki był status społeczny czy majątkowy ofiar. Nieistotne było, jaki wykonywali zawód i jakiego byli wyznania. Zabijano zarówno Polaków wyznania rzymskokatolickiego, greckokatolickiego, jak i prawosławnego od pokoleń, na równi z tymi, którzy mieli nadzieję, że dzięki zmianie wiary i złożeniu deklaracji wierności państwu ukraińskiemu ocalaą życie. Mordowano także polsko-ukraińskie rodziny mieszane. Nacjonałiści ukraińscy uważali, bowiem, że przez tego typu związek małżeński krew została „skażona”.

Nie miało też znaczenia, czy Polacy wobec swoich ukraińskich sąsiadów byli dobrzy, czy źli. Co ciekawe, ale i zatrważające, największe szanse na ocalenie mieli ci Polacy, których stosunki z Ukraińcami były złe, bo opuszczali swe domy i uciekali do większych miast na pierwszy sygnał zagrożenia. Tymczasem zdecydowana większość nie spodziewała się ataku i nie czuła się zagrożona. Ludzie żyjący od lat wśród swych rusińskich sąsiadów, nierzadko powiązani z nimi przyjaźnią i więzami rodzinnymi, razem pracujący i świętujący, musieli w bardzo krótkim czasie przełamać w swojej świadomości stereotyp gotowego do współpracy kolegi czy powinowatego i ujrzeć w nim wroga niosącego nieuchronną zagładę. W bardzo wielu wypadkach, co potwierdzają setki wspomnień ocalałych, do takiej przemiany nie doszło. Ludzie oszukiwali się, że straszne wieści dochodzące z innych wiosek dotyczą tych, którzy coś przewinili ukraińskim sąsiadom. Często były też przypadki, kiedy nacjonałiści ukraińscy wykorzystywali naiwność Polaków, „gwarantując bezpieczeństwo” tylko po to, by nie dopuścić do opuszczenia przez nich wsi, gdy tymczasem „wyrok śmierci” był już wydany. To czynnik psychologiczny i bezwzględność sprawców były głównymi przyczynami wysokich strat i bezbronności ludności polskiej wobec tego masowego ludobójstwa.

Kresowi Polacy ginęli zdumieni i przerażeni tym, że męczeńska śmierć spotyka ich z ręki dobrego znajomego czy krewnego. Liczenie na powiązania rodzinne okazywało się zawodne, bo nacjonałiści mordowali nie tylko Polaków, ale i Ukraińców odmawiających zabicia swych polskich współmałżonków i dzieci. Eksterminowano też rodziny ukraińskie udzielające Polakom pomocy, a nawet Ukraińców, w tym duchownych, wyrażających się krytycznie o zbrodniach i ich wykonawcach<sup>7</sup>.

Akcja eksterminacyjna ludności polskiej rozpoczęła się już we wrześniu 1939 roku, ale dopiero w drugiej połowie roku 1942 liczba zabitych zaczęła lawinowo rosnąć – od Wołynia, Polesia aż do Małopolski Wschodniej. Wiosną 1943 roku wyniszczana ludność wiejska Wołynia zaczęła chronić się do pobliskich miasteczek i miast. Latem i jesienią terror osiągnął niesłychane wręcz rozmiary, płonęły liczne polskie wsie, a ludzi mor-

<sup>7</sup> L. Kulińska, *Dzieje Komitetu Ziemi Wschodnich na tle losów ludności polskich Kresów w latach 1943–1947*, t. 1 i 2, Kraków 2002, 2003. Wraz z Adamem Rolińskim autorka wydała 3 prace źródłowe oparte na dokumentach Rady Głównej Opiekuńczej i polskiego podziemia niepodległościowego: *Antypolska akcja nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce Wschodniej w świetle dokumentów Rady Głównej Opiekuńczej 1942–1944*, Kraków 2003, tom II, *Kwestia ukraińska i eksterminacja ludności polskiej w Małopolsce Wschodniej w świetle dokumentów Polskiego Państwa Podziemnego 1942–1944*, wstęp i oprac. L. Kulińska i A. Roliński, Biblioteka Centrum Dokumentacji Czynu Niepodległościowego, Kraków 2004, t. 24, *Antypolska akcja nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce Wschodniej i na Wołyniu 1943–1944. Zestawienie ofiar*, Kraków 2012. Ponadto w latach 2001–2013 autorka tekstu wydała 3 tomy (czwarty w druku) relacji dziecięcych świadków zbrodni pod wspólnym tytułem *Dzieci Kresów*.

dowano w bestialski sposób. Apogeum ludobójczej akcji na Wołyniu nastąpiło 11 lipca 1943 roku, w dniu ukraińskiego święta Piotra i Pawła.

Ukraińscy nacjonaliści i miejscowa ludność zaatakowali polskich mieszkańców równocześnie w prawie stu miejscowościach. Polacy nie mieli szans, bo stanowili na Wołyniu tylko kilkanaście procent mieszkańców. Część, szukając ratunku, skupiała się w wybranych wsiach, gdzie tworzyła samoobrony i odpierała ataki napastników. Nie wszystkie dały im jednak ocalenie. Większość samoobron pokonano, a ludność tam zgromadzona została zamordowana. Jednym z wyjątków było obrosłe legendą Przebraże. Choć to prawda niewygodna, gdyby nie nadejście frontu rosyjskiego, nie przetrwałaby żadna samoobrona, a los wołyńskich, a potem małopolskich Polaków byłby przesądzony.

Opisy typowego napadu na polskie wsie znajdziemy w licznych relacjach, sprawozdaniach organizacji podziemnych i raportach oddziałów działającej w Generalnym Gubernatorstwie Rady Głównej Opiekuńczej.

Oto grupy uzbrojone w broń maszynową i ręczną okrążały daną miejscowość i oświetlały ją rakietami, a okoliczna ludność ukraińska, uzbrojona w narzędzia gospodarcze, napadała na poszczególne domy i mordowała śpiących domowników. Po dokonaniu mordu podpalano zabudowania mieszkalne i gospodarcze. Napadom prawie zawsze towarzyszyła grabież mienia napadniętych. Zajmowały się tym głównie kobiety i młodzież<sup>8</sup>.

Krwawa akcja ukraińska była tak rozległa, że prawie żadna wołyńska rodzina nie pozostała w komplecie. Należy też podkreślić, że chłopcy polscy do ostatniej chwili trzymali się kurczowo swego dobytku i opuszczali go dopiero wtedy, gdy było już za późno na jakąkolwiek sensowną i zorganizowaną ewakuację. Przemysłana eksterminacja nie dawała ofiarom większych szans na przeżycie. Zbrodni dokonywano nocą i we wczesnych godzinach porannych, dlatego niektóre osoby, którym udało się uciec, były nawet bez odzieży i obuwia. Była to tzw. „ucieczka z duszą”<sup>9</sup>. Nawet wtedy, gdy ocaleli cokolwiek uratowali, musieli ostatki mienia porzucać, bo inaczej nie przeżyliby długiej drogi w terenie opanowanym przez zorganizowane grupy napastników, którzy osaczali i nękali przemieszczających się ludzi. Dlatego regułą było, że uchodźcy, przybywając do miast, byli kompletnymi nędzarami. W miastach panował głód i choroby, bo nacjonaliści z OUN-UPA mordowali każdego, kto chciał wrócić do swego gospodarstwa po żywność, a Ukraińcom zakazali pod karą śmierci sprzedawać jej Polakom.

Dlatego tysiące Polaków pieszo i furmankami posuwało się istnymi „marszami śmierci” w dwóch kierunkach: w kierunku zachodnim, na Chełm, Lublin i Warszawę, rozpraszając się w centralnej Polsce, i w kierunku południowym, na Lwów i Przemyśl, w kierunku Małopolski. Większość była w położeniu wręcz katastrofalnym. Zachowały się szokujące opisy stanu uciekinierów, wśród których pełno było rannych i chorych, półnagich i bosych, sierot i rodziców poszukujących swych zagubionych dzieci. Wielu umierało w drodze. Dopiero w dużych miastach Małopolski lub centralnej Polski mogli liczyć na pomoc ze strony mieszkańców, którzy wielu z nich przygarniali pod swój

<sup>8</sup> Opis można znaleźć w Archiwum Akt Nowych (dalej: AAN), sygn. 1049, Raport Polskiego Komitetu Opieki w Chełmie dotyczący uchodźców z Wołynia, 8 września 1943, s. 151–153.

<sup>9</sup> L. Popek, *Uchodźcy z Wołynia w latach 1943–1944 w świetle dokumentów przechowywanych w Archiwum Państwowym w Lublinie*, „Rocznik Historyczno-Archiwalny” (Przemyśl), t. 10, 1995, s. 175–185.

dach, ale w wojenny czas nie byli w stanie ich karmić, leczyć ani ubrać. Problemem były sieroty, które oddawano ludziom dobrej woli na wychowanie.

Od jesieni 1943 r. mordy ukraińskie przeniosły się na teren Generalnego Gubernatorstwa (województw Małopolski Wschodniej). Na pierwszy ogień poszły powiaty trembowelski i sokalski. W niektórych miejscowościach zabijano Polaków od razu, w innych ustnie lub za pomocą ulotek, grożono ludności polskiej śmiercią, jeżeli w ciągu doby nie opuści domów (np. w Sokalu). Terroryzowano i zastraszano nawet we Lwowie, gdzie nacjonałiści ukraińscy nocami oznaczali krzyżami mieszkania Polaków, których planowali zgładzić<sup>10</sup>.

Skutkiem mordów i ich wyjątkowego bestialstwa wśród ludności polskiej rósł strach. W takiej sytuacji wiele osób zdecydowało się uciekać, nawet wtedy, gdy wiązało się to z utratą całego dorobku i niepewną przyszłością. W opuszczonych domostwach natychmiast dochodziło do grabieży, a następnie ich spalania, by uniemożliwić powrót właścicieli<sup>11</sup>.

Z tragicznego położenia wołyńskich, a potem małopolskich Polaków konkretne korzyści czerpali nie tylko Ukraińcy, ale i Niemcy, a w przyszłości Rosjanie (Sowietci). Z jednej strony tereny wschodnie były „oczyszczane” z niechcianej przez nich ludności polskiej, a z drugiej, zdesperowanych, pozbawionych środków do życia Polaków łatwo było masowo wywozić na roboty do Niemiec. Podstawiali więc dla uciekinierów pociągi ewakuacyjne, wydając równocześnie oświadczenie, że nie odpowiadają za bezpieczeństwo osób, które nie zdecydują się wyjechać z zagrożonego terenu. Stacjami przeladunkowymi były Równe i Dębno. W Równem mieściła się też tzw. stacja zbiorcza (*Sammellager*). Z kolei we Lwowie i w Przemyślu zorganizowano dla nich obozy przejściowe, które bardziej przypominały obozy koncentracyjne niż ratunkowe. Jednym z punktów etapowych na drodze uchodźców wywożonych do Niemiec był wielki obóz przejściowy w Przemyślu-Bakońcycach<sup>12</sup>. Pozostawał on pod zarządem niemieckiego Urzędu Pracy. Od maja 1943 r. przez obóz ten przechodziły transporty polskiej ludności „dobrowolnie” zgłaszającej się na roboty do Rzeszy. Polskie organizacje pomocowe ustaliły, że tylko do końca lipca 1943 roku przeszło przez Bakońcycze ok. 25 transportów różnej wielkości. Liczbę przewiezioną w nich ludności szacowano na od 10 tys. do 13 tys. Od 1 sierpnia do 1 października 1943 r. przeszło przez Przemyśl kolejnych 21 transportów uchodźców, w tym 13 tys. dorosłych i 6308 dzieci<sup>13</sup>. W Przemyślu segregowano ich na zdolnych i niezdolnych do pracy. Odsetek uznanych za zdolnych sięgał 90%. Na roboty do Niemiec kierowano nawet dziecięciolatków<sup>14</sup>. Ci mieszkańcy Wołynia, którzy chcieli uniknąć przymusowego wywiezienia, przekraczali granicę GG nielegalnie, często

<sup>10</sup> Liczne informacje na ten temat zachowały się w dokumentach RGO i polskich organizacji podziemnych, m.in. AAN, sygn. 75, Sprawozdanie Delegata R.G.O. na Dystrykt Galicja za miesiąc luty i marzec 1944 z 19 marca 1944, s. 27–29.

<sup>11</sup> AAN, sygn. 75, Sprawozdanie Delegata R.G.O. na Dystrykt Galicja za miesiąc luty i marzec 1944 z 19 marca 1944, s. 27–29, czy Pismo Delegata RGO we Lwowie do RGO w Krakowie z 30 kwietnia 1944, B. Ossol. 16721/2, s. 201–204.

<sup>12</sup> AAN, sygn. 1049, Notatka o transportach Wołyniaków w obozie przejściowym w Przemyślu-Bakońcycach z 5 sierpnia 1943, s. 112.

<sup>13</sup> Były to przede wszystkim obciążone dziećmi rodziny, przy czym dzieci stanowiły około 30% ogółu.

<sup>14</sup> AAN, sygn. 1049, Notatka o transportach Wołyniaków w obozie przejściowym w Przemyślu-Bakońcycach z 5 sierpnia 1943, s. 112.

jednak byli zwracani przez ukraińską policję, a nawet ostrzeliwani przez opanowane przez Ukraińców posterunki graniczne.

Część osób z transportów wysłanych do Rzeszy zwracano jako niezdolnych do pracy. Ludzi tych Niemcy odsyłali z powrotem na Wołyń, gdzie byli oni mordowani przez nacjonalistów ukraińskich z OUN-UPA. Na swój los oczekiwali w obozie „Rückerlager” Przekopana. Warunki higieniczne i wyżywienie w tym miejscu były wręcz tragiczne. Panował tam brud, robactwo, a ludzie głodowali<sup>15</sup>. W transportach przeważała ludność wiejska. Jak określono w dokumentach RGO: „wartościowy, kulturalny element osadniczy”. W transporcie tym było 380 dzieci. Czworo z nich umarło po przewiezieniu do szpitala. Wielu dorosłych i dzieci przybyło poranionych, i to w sposób okrutny (jeden chłopiec – osiem zranień bagnetem w głowę)<sup>16</sup>.

Jedynie osobom posiadającym krewnych w Generalnym Gubernatorstwie pozwalano na osiedlanie się, ale tylko poza strefami zastrzeżonymi przez Ukraińców i Niemców dla siebie<sup>17</sup>. Na szczegółowe badania i ustalenia rozmiarów strat ludzkich wynikających z wypędzeń, spowodowanych tym ludobójstwem, musimy jednak poczekać, nikt z historyków szczegółowo nie podejmował tych zagadnień. Można domniemywać, że straty te były wysokie.

Od wiosny 1944 r., mimo trwania mordów we wschodnich powiatach Rzeczypospolitej, bandy złożone z członków OUN-UPA, policji ukraińskiej, dezertersów z SS Galizien i lokalnej ludności ukraińskiej rozpoczęły rajdy na lewym brzegu Bugu. Zaczęło się eksterminowanie ludności polskiej w południowo-wschodniej części Lubelszczyzny. Do najokrutniejszych zbrodni doszło w powiatach Chełm i Hrubieszów – które Ukraińcy ogłosili terytorium „Wielkiej Ukrainy”. Według danych Polskiego Komitetu Opiekuńczego z Hrubieszowa jedynie w marcu 1944 r. ok. 70% wsi w tym powiecie zostało spalonych, a ludność polska wymordowana lub rozproszona. Stopniowo wyludnieniu ulegały całe gminy. Reszta polskich mieszkańców uciekała z obawy przed okrucieństwem Ukraińców. Były to dziesiątki tysięcy ludzi. Według szacunków Janiny Kielboń

<sup>15</sup> Archiwum Państwowe w Krakowie (dalej: APKr.), DOKr 16, Sprawozdanie Juliana Konopki z podróży służbowej do Przemyśla w sprawie uchodźców z Wołynia, Kraków dnia 12 sierpnia 1943, s. 143–145. Oto fragment: „Stwierdzono, że większość przebywających tam, to Wołyniacy z okolic Równego i Krzemieńca. W odchodzącym transporcie uderzała znaczna ilość dzieci. Były w nim rodziny mające pięcioro dzieci. Kierowane były do gospodarstw rolnych na cały teren Rzeszy: Pomorza, Westfalii, Nadrenii, Bawarii i Austrii. Uchodźcy skarżyli się na brak słomy (leżeli na gołych pryzkach), na pluskwy, wszy i kiepski wikt dla dzieci, zwłaszcza młodszych. Była to głównie wołyńska inteligencja, narodowo uświadomiona. W Rückehrlager, obozie pod zarządem wojskowym, zastał 236 osób narodowości polskiej, w tym 56 dzieci w wieku poniżej 10 lat, które miały być z powrotem odesłane na Wołyń. Uzyskał obietnicę, że odjazd tej grupy zostanie powstrzymany do czasu rozpatrzenia interwencji RGO. W obozie tym uniemożliwiono mu kontakt z internowanymi”. Na zakończenie Konopka uzyskał dane statystyczne, z których wynikało, że „w przeciągu ostatnich 6–8 tygodni transporty uchodźców z Wołynia przechodzące przez Przemyśl objęły ok. 20 000 osób przeważnie z okolic Równego i początkowo (nielicznie) z Krzemieńca”.

<sup>16</sup> AAN, sygn. 1049, Notatka dotycząca transportów uchodźców z Wołynia z dn. 11 września 1943, Kraków, s. 27.

<sup>17</sup> Nacjoniści ukraińscy poprzez swój Ukraiński Komitet Pomocy uzyskali od Niemców zakaz osiedlenia się polskich uciekinierów na terenie Lubelszczyzny, Radomskiego i całego Podkarpacia z Nowym Sączem i Nowotarskim, gdyż planowali tam jedynie osadnictwo niemieckie i ukraińskie (terytorium tzw. Wielkiej Ukrainy).



liczba uciekinierów tylko z powiatów hrubieszowskiego i zamojskiego w tym okresie wyniosła ok. 82 700 osób<sup>18</sup>.

Kiedy terror ukraiński dotarł w okolice Rawy Ruskiej i Lubaczowa (Dystrykt Galicja), stacjonujące tam oddziały AK, mające w pamięci rzezie wołyńskie, przeprowadziły spektakularną, ratującą życie Polaków ewakuację z najbardziej zagrożonych miejsc, do powiatów Tomaszów i Krasnystaw. Trzeba stwierdzić, że dopiero na tych terenach upowcy napotkali opór ze strony polskiego podziemia zbrojnego<sup>19</sup>. Ich straty zaczęły rosnać, gdyż nie była to tylko „walka” z bezbronnymi, nocą, w ich własnych domostwach<sup>20</sup>.

W związku ze zbliżaniem się Rosjan niebezpieczeństwo ze strony ukraińskich nacjonalistów nie malało i we Lwowie: „W ciągu miesiąca lutego (...) strzelani są przeważnie ludzie młodzi, Polacy, przy czym spis taki również problematyczny osiąga mniej więcej liczby 50 osób. Osobom mordowanym zabiera się dowody osobiste”<sup>21</sup>. Sprawcy dokonywali kradzieży dokumentów nie bez powodu, bo z tymi dokumentami ukraińscy przestępcy uciekali dalej na zachód. „W samym mieście Lwowie Policja ukraińska strzela Polaków w wieczornych godzinach, wykorzystując zmrok tak dalece, że pojawianie się na ulicach w godzinach wieczornych zwłaszcza dla młodzieży jest połączone z dużym niebezpieczeństwem. Liczba zamordowanych waha się z pewnością między 7–9 tysiącami osób, trudno, bowiem o dokładne zestawienie zwłaszcza pojedynczych mordów, które panują wszędzie nagminnie (...)”<sup>22</sup>. Katedra we Lwowie oblepiona była klepsydrami: „zmarł po krótkich, a ciężkich cierpieniach”.

Interwencje Delegata RGO w *Gouvernement* u Starosty Grodzkiego, SD i apele do kleru greckokatolickiego nie odnosiły skutku<sup>23</sup>.

Wśród ofiar ludobójstwa szalejącego w kresowych województwach było wielu księży katolickich, których zabijano w szczególnie okrutny i wyrafinowany sposób<sup>24</sup>. Strona polska nie miała też nadziei na jakąkolwiek pomoc i zrozumienie ze strony arcybiskupa greckokatolickiego Andrieja Szeptyckiego: „Do arcybiskupa Szeptyckiego nie ma co pisać, bo stoi na stanowisku, że tego nie robią Ukraińcy, tylko bolszewickie bandy. Jest to oczywiście chowanie głowy w piasek, żeby nie widzieć prawdy”<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> J. Kielboń, *Napływ zza Buga do dystryktu lubelskiego w latach 1943–1944 (ustalenia liczbowe)*, „Zeszyty Majdanka” 1991, z. 13, s. 29–47; L. Popek, *Uchodźcy z Wołynia*, s. 175–185.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 36–37.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> B. Ossol., sygn. 16721/II, t. 2, Pismo Delegata RGO Dystryktu Galicja we Lwowie do RGO w Krakowie dotyczące mordów dokonywanych przez Ukraińców na ludności polskiej z 1 marca 1944, s. 185.

<sup>22</sup> AAN, sygn. 75, Sprawozdanie Delegata R.G.O. na Dystrykt Galicja za miesiąc luty i marzec 1944 z 19 marca 1944, s. 27–29.

<sup>23</sup> Pismo do Prezesa RGO w Krakowie, wysłane ze Lwowa, zawierające opisy mordów dokonywanych na ludności polskiej w Galicji z 2 marca 1944 r. (B. Ossol., sygn. 16721/2, s. 269–271), czy list Jana Szczerskiego do RGO w Krakowie z 21 marca 1944 r., zawierający apel o pośrednictwo do Komitetu Ukraińskiego i księży ukraińskich o powstrzymanie mordowania Polaków (*ibidem*, s. 123–124). Zob. też: A. Zięba, *Szeptycki w Europie Hitlera* (maszynopis w posiadaniu autorki).

<sup>24</sup> B. Ossol., sygn. 16721/II, t. 2, Odpisy listów do metropolity Adama Sapiehy zachowane w zbiorach RGO w Krakowie, dotyczące strat poniesionych w archidiecezji lwowskiej na skutek napadów Ukraińców na ludność polską obrządku rzymsko-katolickiego, s. 259–263; J. Wołczański, *Eksterminacja narodu polskiego i kościoła rzymskokatolickiego przez nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce Wschodniej w latach 1939–1945. Materiały źródłowe*, cz. 1–2, Kraków 2005–2006.

<sup>25</sup> *Ibidem* oraz szczególnie cenna korespondencja Szeptyckiego z Bolesławem Twardowskim, arcybiskupem



Dobrą ilustracją krwawych miesięcy w Małopolsce Wschodniej mogą być sprawozdania Leopolda Tesznara<sup>26</sup>. Można w nich przeczytać, że: „Mordy ukraińskie dokonywane na ludności polskiej przybrały w pewnych okolicach to samo nasilenie, jakie panowało w swoim czasie w Wołyniu (...)”<sup>27</sup> i że „(...) w kamioneckim, złoczowskim, lwowskim, brzeżańskim, czortkowskim, stanisławowskim zostały zmiecione z powierzchni ziemi całe wsie i osiedla polskie „(...) można już liczyć ofiary na tym terenie na kilka dziesiątków tysięcy”<sup>28</sup>.

Znaczący spadek liczby ofiar polskich z rąk OUN-UPA nastąpił w Małopolsce Wschodniej dopiero w roku 1945. Nie dotyczyło to jednak dwóch rejonów, w których liczba mordów w tym roku dramatycznie wzrosła. Były to wschodnie powiaty województwa tarnopolskiego oraz zachodnie powiaty województwa lwowskiego, to jest te, które od sierpnia 1945 roku znalazły się w ramach nowych granic Polski. Na południowych i wschodnich ziemiach obecnej Rzeczypospolitej napady na Polaków trwały do roku 1947, a ich przebieg był równie okrutny jak na Wołyniu i cel ten sam: wyniszczenie i wypędzenie mieszkających tam Polaków<sup>29</sup>.

Akcja ludobójcza dokonana przez nacjonalistycznie nastawionych Ukraińców, jako działanie polityczne, została zaplanowana i zrealizowana z żelazną konsekwencją. Chodziło o to, by w chwili zakończenia wojny Polaków na Kresach już nie było. Wtedy nie trzeba by było przeprowadzać plebiscytu, dzielenia ziemi, jak po I wojnie światowej. Wiktor Poliszczuk w swych licznych pracach podkreślał, że gdyby OUN Bandery i UPA chciały wykorzystać konflikt niemiecko-rosyjski do zbudowania państwa ukraińskiego, to w roku 1944, gdy przegrana Niemiec była już tylko kwestią czasu, a nadzieja na choćby namiastkę samodzielności państwowej upadła, masowe mordowanie ludności polskiej straciło już jakikolwiek sens polityczny. Nieprzerwanie tej operacji w przededniu wkroczenia Armii Czerwonej i kontynuowanie jej pod sowiecką okupacją ujawniło, że prawdziwym celem Ukraińców było fizyczne unicestwienie i pozbycie się Polaków z województw wschodnich.

Zrealizowanie operacji ludobójczej podjętej z najniższych pobudek pod przykrywką wzniosłych haseł narodowych wyczerpuje wszystkie znamiona zbrodni nieprzedawnialnej, zrealizowanej w oparciu o zbrodniczą ideologię ukraińskiego nacjonalizmu.

---

Lwowa obrządku łacińskiego, odnaleziona i wydana przez księdza Józefa Wołczańskiego. Jest odpowiednikiem listu Szeptyckiego do papieża w sprawie ludobójstwa Żydów. Pokazuje sposób myślenia Szeptyckiego o ludobójstwie Polaków. Dowodzi, że w odróżnieniu od pierwszego, to drugie ludobójstwo Szeptycki interpretował w kategoriach politycznych, a nie etycznych (J. Wołczański, *Korespondencja arcybiskupa Bolesława Twardowskiego z arcybiskupem Andrzejem Szeptyckim w latach 1943–1944*, „Przegląd Wschodni” 1992–1993, z. 2, s. 465–483); ks. A. Kubasik, *Andrzeja Szeptyckiego wizja ukraińskiego narodu, państwa i cerkwi*, Kraków–Lwów 1999; np. pismo do Prezesa RGO w Krakowie, wysłane ze Lwowa, zawierające opisy mordów dokonywanych na ludności polskiej w Galicji z 2 marca 1944 r. (B. Ossol., sygn. 16721/2, s. 269–271), czy list Jana Szczerskiego do RGO w Krakowie z 21 marca 1944 r., zawierający apel o pośrednictwo do Komitetu Ukraińskiego i księży ukraińskich o powstrzymanie mordowania Polaków (*ibidem*, s. 123–124).

<sup>26</sup> AAN, sygn. 75, Sprawozdanie Delegata R.G.O. na Dystrykt Galicja za miesiąc luty i marzec 1944 z 19 marca 1944, s. 27–29, czy pismo Delegata RGO we Lwowie do RGO w Krakowie z 30 kwietnia 1944, B. Ossol. 16721/2, s. 201–204.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Patrz: Z. Konieczny, *Stosunki polsko-ukraińskie na ziemiach obecnej Polski w latach 1918–1947*, Wrocław 2006.

Wiemy, że aktem ludobójstwa towarzyszyła niewyobrażalna grabież mienia prywatnego i równie ogromne straty w polskim mieniu narodowym. Zniszczono dobra kultury ogromnej wartości, obiekty sakralne i świeckie. Ludziom zrabowano urządzenia rolnicze, zwierzęta hodowlane, sprzęty i wyposażenie domostw, plony – tu też brak polskich badań i ekonomicznych oszacowań. Zachowały się jedynie zestawienia cząstkowe dotyczące poszczególnych powiatów<sup>30</sup>.

Historycy nie zauważyli też wpływu wypędzenia rzesz wiejskiej ludności Kresów (której dorobek życia, w tym gospodarstwa i inwentarz, został zniszczony, a rodziny zdziesiątkowane) na przebieg późniejszych negocjacji repatriacyjnych. Jak można mówić o „wolnym wyborze”, skoro już do połowy 1944 roku polska ludność była zmuszona opuścić wbrew swej woli, pod groźbą śmierci, ziemię ojczystą – a nawet gdyby mogła, nie miała – po zniszczeniu gospodarstw i zrabowaniu dobytku – do czego wracać. Dlatego większość polskich chłopów wyjeżdżała w nieznaną, nie ze swojej zagrody, ale ze stacji kolejowych, na których oczekiwali na swój los.

Jak wspominałam, pełna liczba ofiar ludobójstwa kresowego może sięgać nawet 200 tys. osób, gdyż w wypadku tego typu zbrodni masowej mamy do czynienia zarówno z zamordowanymi w czasie konkretnego napadu, jak i tzw. „późniejszymi ofiarami”, czyli osobami, które zmarły już jako uchodźcy, w wyniku odniesionych ran, chorób, w tym psychicznych, głodu i zimna doznanych w czasie tułaczki, sieroctwa, epidemii panujących w stworzonych dla uchodźców obozach przejściowych<sup>31</sup>. Ludzie, szczególnie starsi i dzieci, marli w czasie ukrywania się, transportu albo w miastach<sup>32</sup>. Nieznana jest liczba nienarodzonych dzieci, które ginęły w łonach matek, gdyż wiele kobiet mordowanych przez banderowców było brzemiennych, co uwidocznione jest na spisach ofiar<sup>33</sup>. Także wywiezieni przez Niemców na roboty kresowi uchodźcy byli poddawani eksterminacji i eksploatacji, głodowali i ginęli w fabrykach i miastach pod bombami alianckich nalotów. Informacje o tych faktach docierały z Niemiec do centrali RGO

<sup>30</sup> Np. straty w powiecie Kalusz, zob.: L. Kulińska, *Dzieje Komitetu Ziemi Wschodnich na tle losów ludności polskich Kresów w latach 1943–1947*, t. 1, Kraków 2002, s. 265–266.

<sup>31</sup> Dowodzą tego setki dokumentów RGO, meldunków polskiego podziemia i relacji świadków. Patrz m.in. L. Kulińska, *Dzieje Komitetu Ziemi Wschodnich na tle losów ludności polskich Kresów 1939–1947*, t. 1–2, Kraków 2001–2003; L. Kulińska L. (opr.), A. Roliński (opr.), *Antypolska akcja nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce Wschodniej w świetle dokumentów Rady Głównej Opiekuńczej 1943–1944*, Kraków 2003; *Kwestia ukraińska i eksterminacja ludności polskiej w Małopolsce Wschodniej w świetle dokumentów Polskiego Państwa Podziemnego*, Kraków 2004.

<sup>32</sup> Warto zwrócić uwagę, że sieroty z Wołynia i Małopolski Wschodniej, ofiary eksterminacji przekazane do sierocińców w Polsce centralnej, a także do prywatnych rodzin w Krakowie i innych miastach, marły jeszcze przez kilka lat później z powodu choroby sieroczej, gruźlicy i innych chorób, mimo starań nowych opiekunów (relacje od krakowskich rodzin, np. pani Krystyny Brzewskiej, w zbiorach autorki). Podobnie dokumenty na ten temat znajdują się w Archiwum Miasta Krakowa (np. na temat Domu Dziecka w Skale). Gdyby nie zbrodnia ludobójstwa, dzieci te mogłyby żyć, podobnie jak przymusowi uchodźcy, którzy przywiezieni niemieckimi transportami z Wołynia, a potem z Małopolski Wschodniej, do Krakowa i innych miast polskich, umierali w przeznaczonych im schroniskach i byli chowani na cmentarzach komunalnych. Wykazów tych ofiar dotychczas nikt nie próbuje kompletować. Jednym z odnalezionych przez autorkę jest wykaz znajdujący się w APKr. (zespół 553: PolKO Kr 98, s. 282–287), który zawiera kartoteki przesiedlonych i uciekinierów z miast kresowych, poszukiwania domów zastępczych dla sierot (PolKO Kr 97, 99, 102) oraz informacje o dzieciach przybyłych ze wschodu.

<sup>33</sup> *Antypolska akcja nacjonalistów ukraińskich w Małopolsce wschodniej i Wołyniu 1943–1944. Zestawienie ofiar*. Wybór i opracowanie L. Kulińska, A. Roliński, Kraków 2012.

w Krakowie<sup>34</sup>. Wiemy też, że część opisywanych transportów wysłano na Dolny Śląsk, gdzie uchodźców używano do budowy sieci podziemnych schronów dla hitlerowców w Książu i Górach Sowich<sup>35</sup>. Wiadomo, że niewielu z przebywających tam robotników przeżyło, gdyż po ukończeniu prac, ze względu na zachowanie ścisłej tajemnicy, pracujących niewolników zamordowano. Do tych cierpień i zgonów by nie doszło, gdyby nie ludobójcza akcja ukraińska.

---

<sup>34</sup> Por. szczególnie: *Inwentarz rękopisów Biblioteki Zakładu Narodowego im. Ossolińskich we Wrocławiu*, t. 13, *Rękopisy 16501–16800*, oprac. i przygot. Ł. Częścik [et al.], red. W. Sonnak, Wrocław 2000 (tom zawierający rękopisy i kolekcje osobiste dotyczące drugiej wojny światowej).

<sup>35</sup> Autorka widziała podczas pobytu w Walimiu i Książu wykazy transportów Polaków z Wołyń. Jest to sprawa zupełnie nieprzebadana.

# Po lekturze

*Andrzej Bąkowski*

## WOŁYŃ. EPOPEJA POLSKICH LOSÓW 1939–2013. AKT I i II

Ostatnio przeczytałem dwa tomy kilkusetstronicowych relacji osób ocalałych z szalejącej na Wołyniu (do 1939 r. – polskim województwie wołyńskim) eksterminacji etnicznej, a właściwie ludobójczej, dokonywanej 70 lat temu, w 1943 r., przez osławione mordami na Polakach oddziały OUN – UPA, którym towarzyszyły żądne mordy i łupów gromady chłopów ukraińskich. Obie te grupy zgodnie współdziałały w rzezi Polaków, stosując najbardziej wyrafinowane tortury i akty znęcania się nad ofiarami, dorosłymi i dziećmi; nad rodzinami polskimi, ale i tymi tworzonymi przez małżeństwa mieszane – polsko-ukraińskie.

W niniejszym tekście nie będę epatował czytelników grozą wiejącą z relacji ofiar, które uszły zagładzie. Pragnę jedynie przekazać w najwyższym skrócie prawdę historyczną, a właściwie jej fragmenty, które dopiero w niepodległej w pełni Polsce mogą być opowiadane bez krępującej cenzury.

Autor zebranych relacji to Marek Koprowski, utalentowany pisarz i dociekliwy reporter. Od dwudziestu lat specjalizuje się w problematyce losów Polaków na Wschodzie. Odbył sto kilkadziesiąt podróży od Brześcia po Kamczatkę i Sachalin. Napisał kilkanaście książek i, jak pisze wydawca – Oficyna Replika – tysiące artykułów. Laureat nagrody Fundacji im. Jerzego Bonieckiego za działalność na rzecz podtrzymywania wszelkich przejawów kultury polskiej na Wschodzie.

Przyjmuje się, że było około 60 tysięcy ofiar polskich tzw. rzezi wołyńskiej, nie licząc Galicji i innych ziem kresowych. Omawiane książki dowodzą, że nie wszystkich polskich mieszkańców Wołynia przestraszone stosowanymi wobec nich aktami niesłychanego okrucieństwa i zmuszono do ucieczki. Nieliczni zostali i przeżyli. Są nadal strażnikami dewastowanej celowo i systematycznie, ale przecież istniejącej jeszcze w ocalałych miastach i miasteczkach Wołynia polskiej obecności, istniejącej na tych ziemiach od paru

stuleci. I nikt tej prawdy historycznej, dopóki się na to nie zgodzimy przez bierność czy lenistwo, nie zdoła wymazać.

Opowiadania Marka Koprowskiego to w istocie uwiecznienie relacji świadków, niedoszłych ofiar tamtego okresu.

Mamy zachowany dla pamięci potomnych opis obrony wsi Przebraże, taktyki wobec ataków dobrze uzbrojonych oddziałów OUN-UPA. Najbardziej precyzyjną relację z tego wydarzenia złożył Adam Kownacki.

Obroną na ogół kierowali byli żołnierze polskiej armii z okresu II Rzeczypospolitej. Obrona Przebraża trwała wiele miesięcy. Ocalono w ten sposób wszystkich Polaków, którzy tam znaleźli schronienie. Dla oddania prawdy historycznej trzeba dodać, że ostatni szturm na tę wieś ze strony ukraińskich rezunów został w znacznej mierze udaremiony dzięki pomocy partyzantki sowieckiej. Sowietom, jak wiadomo, nie mogła się podobać aktywność Ukraińców, którzy dążyli m.in. na terenie Wołynia do stworzenia niepodległej Ukrainy. Takich jak w Przebrażu wiejskich samoobron było więcej, ale o nich niewiele wiemy. Obrońcy Przebraża po zakończeniu lokalnych działań zbrojnych weszli w skład słynnej 27. Wołyńskiej Dywizji Piechoty AK, która obrosła legendą bojąwą przedzierania się przez fronty niemieckie i sowieckie, tocząc walki przy forsowaniu Prypeci i Bugu.

Tom II omawianej lektury, nazwany przez Autora Aktem II „Epopei Polskich Losów”, jest nie mniej interesujący jak pierwszy. Autor snuje opowieści o dzielnych mieszkańcach Wołynia, żarliwych Polakach, którzy z najgroźniejszych wojennych przeżyć potrafili wyjść cało. Znaleźli się w Polsce, wprawdzie w kraju z dominacją sowiecką, ale inaczej wyglądającą niż na Wołyniu i w innych częściach dawnych Kresów Polskich.

Szczególnie ciekawy jest przekaz relacji Władysława Siemiaszki zatytułowany „Nie dać się Ukraińcom”. Relacja ta przedstawia powstawanie organizacji niepodległościowych dzięki znakomitym postawom niedawnych żołnierzy polskiego Września. Organizowali się w ten sposób koledzy z polskich szkół przedwojennych, przyjaciele i znajomi z różnych ośrodków miejskich i wiejskich Wołynia. Naokoło nich był wrogi żywioł ukraiński. Siemiaszko, jak wielu zresztą Polaków, uratował się przed zagładą z rąk ukraińskich dzięki wkroczeniu Niemców. Wcześniej aresztowany przez NKWD i uwięziony. Groziła mu niechybna śmierć z rąk enkawudystów, ale nie zdążyli go rozstrzelać.

W okresie okupacji niemieckiej hitlerowcy jednakże nie tylko tolerowali, ale także popierali ukraińskich nacjonalistów. Rzeź Wołynia rozpoczęła się na wiosnę 1943 r. Już wcześniej Władysław Siemiaszko z upoważnienia AK, której został żołnierzem, potem kurierem, krążył między Wołyniem i Lublinem. Był wywiadowcą w gruncie rzeczy przekazującym informacje ważne dla Armii Krajowej, wstąpił do słynnej dywizji wołyńskiej AK, która weszła w skład armii Berlinga. Później był ponownie aresztowany przez NKWD. Siedział najpierw na Zamku w Lublinie, potem został przekazany władzom polskim i odbywał karę więzienia we Wronkach, najcięższym zakładzie karnym w PRL. Na skutek amnestii wyszedł na wolność. Potem pracował w różnych instytucjach, ukończył Wydział Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Wykonywał zawód radcy prawnego. Z własnego wyboru dokumentował historię i losy Polaków na Wołyniu podczas II wojny światowej. Pomagała mu w tym aktywnie córka Ewa Siemiaszko, która zresztą przekazała jedną z relacji Autorowi omawianej książki. Razem opracowali bardzo ważną, dwutomową pracę zatytułowaną *Ludobójstwo dokonane przez nacjonalistów ukraińskich na ludności*

*polskiej Wołynia 1939–1945*. Informacji udzielali byli członkowie dywizji wołyńskiej AK i bardzo wielu innych uczestników i obserwatorów tamtych krwawych dla Polski lat. Siemiaszko jest bardzo krytyczny co do możliwości pojednania polsko-ukraińskiego, szczególnie że poczynawszy od prezydentury Juszczenki, na Ukrainie szerzy się kult nacjonalistów w rodzaju Bandery i Szuchowycza. Siemiaszko uważa, że strona polska oddala się od prawdziwego pojednania z Ukraińcami, nie żądając od nich prawdy o Wołyniu. W ten sposób szkodzi się Ukrainie.

Każda z relacji obfituje w niezwykle przygody, które finalnie pozwoliły przetrwać ich bohaterom traumę tamtych lat. Trzeba koniecznie dodać, że epopeja losów autorów relacji nie tylko na Wołyniu, ale i podczas wojny była trudna. Oni i w Polsce, przed odzyskaniem niepodległego bytu, zaznali wielu krzywd. W pierwszych latach tzw. Polski Ludowej, jak i później, byli ciągle poddawani inwigilacji UB. Mimo to dzielni Wołyniacy uczyli się, pracowali, dochodzili do różnych stanowisk w sferze gospodarczej, państwowej, kulturalnej i naukowej.

Pamiętam, że wiadomości dotyczące rzezi wołyńskiej, bardzo oszczędne w treści, czerpaliśmy podczas okupacji niemieckiej z gazetek podziemnych, ja – z nieocenionego „Biuletynu Informacyjnego” AK.

Myślę, że publikacja Marka Koprowskiego jest wyrazem hołdu dla Polaków – mieszkańców Wołynia, strażników pozostawionych tam resztek niezniszczonych jeszcze świadectw kultury polskiej.



# Procesy artystyczne

Marek Soltysik

## PROCES O BAGNO I O BAGNO (cz. 3)

### Siła złego na jednego idealistę

*Dr Chramiec mija się z prawdą, mówiąc, że dr Janiszewski ściągnął do Zakopanego suchotników, gdy uczynił to dawno przed nim profesor Chałubiński. Ja sam mieszkam tu stale od lat dwunastu i wyleczony [...] i bynajmniej nie byłem tu ściągnięty przez obecnego lekarza stacji klimatycznej. Lecz... gdyby nawet tak było, gdyby chwała i zasługa odkrycia takiego skarbu leczniczego i społecznego, jak Zakopane, należała do dr. Janiszewskiego, czy dr Chramiec nie widzi, że za to nie można dawać mu dymisji, za to należałoby go szanować, zwłaszcza że [dr Janiszewski] dąży stale i niezłomnie do zorganizowania, na podstawach naukowych, środków do walki z gruźlicą. Ale dr. Chramcowi potrzeba pozyskać [we własnej prywatnej walce] ludzi ciemnych, lecz mających prawo czynnego wyrażania opinii publicznej...*

Stanisław Witkiewicz, fragmenty z *Bagna*  
i z zeznań przed Sądem Karnym we Lwowie

W przededniu procesu, 18 czerwca 1903 roku, kiedy Stanisław Witkiewicz w hotelu we Lwowie kończył ostatnie przygotowania do roli oskarżonego w sprawie przed lwowskim Sądem Karnym, w stolicy Galicji, o kilka ulic dalej, trwał właśnie Wiec Ogólny-Akademicki Młodzieży Polskiej. Z czyjej konkretnie inicjatywy zredagowano „Hold młodzieży Polskiej” i biegano po mieście, zbierając pod nim podpisy, nie wiadomo. Wiadomo natomiast, że aby zostać tak wyróżnionym przez młodych, trzeba, po pierwsze, być porządnym człowiekiem, a po drugie, należy pielęgnować przyjaźnie.

Nazajutrz o ósmej rano przed gmachem sądu został wręczony oskarżonemu następujący adres:

„Zasłużonemu obywatelowi i wielkiemu artyście polskiemu Stanisławowi Witkiewiczowi zebrana na wiecu akademicka młodzież polska we Lwowie składa niniejszym

swój hołd za Jego obywatelską pracę, wytrwałą walkę, podejmowaną zawsze i wszędzie w imię postępu, prawdy i dobra publicznego, za to nieugięte strzeżenie czystości myśli, uczuć i narodowych haseł naszych, za to pięcie się coraz wyżej bez trwogi i kompromisu. Zechciej, Panie, przyjąć od nas te słowa i to, co przez nie wyrazić usiłujemy w dniu, kiedy kazano Ci stanąć przed sądem za to, że pracując na Podhalu w wielkim ukochaniu tego zakątka ziemi polskiej, umiałeś z podniesioną przyłbicą wystąpić do walki ze złem, które i tam w Zakopanem interes prywatny nad dobrem publicznym postawić usiłuje”.

Pod tekstem pół tysiąca podpisów młodych.

Adres, w którego kopie zaopatrzoneo wówczas dziennikarzy, przedostał się błyskawicznie do prasy lwowskiej, telefonicznie trafił do redakcji gazet w Krakowie i w Wiedniu. Tego ruchu się nie spodziewał obóz zacierzwionych oskarżycieli. W Zakopanem przywykli rządzić; zbyt szybko zapomnieli, że w ostatnich miesiącach ich wysiłki na rzecz wyrzucenia dr. Janiszewskiego były przez lwowskie Namiestnictwo traktowane jako maniackie wybryki.

Licznie zgromadzona przez sądem młodzież, która przyszła na proces, urządziła owację oskarżonemu i jego obrońcy, adwokatowi dr. Grekowi<sup>1</sup>. Witkiewicz przemówił do studentów krótko, serdecznie, ze śpiewnym akcentem i jasno: dziękuje za dowody sympatii i zaufania; on młodość ceni nade wszystko; zresztą sam czuje się młodszy dzięki szlachetnemu odruchowi współczujących młodych, który dla niego jest bodźcem, napawa otuchą i przydaje sił do dalszej pracy.

Owacje, owacje – ale już trzeba na salę.

Przed ławą przysięgłych rozpoczyna się rozprawa „z powodu prywatnej skargi, wniesionej przez dr. Gaika przeciw p. Stanisławowi Witkiewiczowi o «obrazę czci» i rozszerzenie «szkodliwych, a z prawdą niezgodnych wiadomości i insynuacji», umieszczonych na str. 37, 38 i 39 broszury *Bagno*”.

Sądowi przewodniczy prezydent Przyłuski<sup>2</sup>. Panowie radcy Kube i Nitarski zasiadają jako wotanci. Jeszcze rzut oka na malowniczy skład ławy przysięgłych – dwunastu sprawiedliwych<sup>3</sup>. Dr. Gaika zastępuje adwokat dr. Aszkenazy<sup>4</sup>; Witkiewicz bronią adwokaci dr. Grek i dr. Sołowij<sup>5</sup>.

W akcie oskarżenia położono nacisk na fakt, że w trzech wskazanych ustępach *Bagna* pomawia się dr. Gaika jako człowieka o złe cechy charakteru, a jako lekarza – o nieodpo-

<sup>1</sup> Michał Grek (1863–1929), polski adwokat, wieloletni prezydent Izby Adwokackiej we Lwowie, publicysta, działacz PSL, wywodził się ze sławnej lwowskiej rodziny inteligencji, z której wyszło wielu uczonych, prawników i lekarzy.

<sup>2</sup> Stanisław Ślepowron Przyłuski (1852–1927), polski prawnik, sędzia, wybitny autorytet, wiceprezes Sądu Apelacyjnego.

<sup>3</sup> Jest okazja poznać bliżej skład sędziów przysięgłych przy okazji ich prezentacji w reportażu sądowym [nr 26 (204) „Przeglądu Zakopiańskiego” z 27 czerwca 1903]: 1. Mieczysław Wysocki – właściciel dóbr; 2. Józef Palac – właściciel dóbr; 3. Jakub Fischlowitz – kupiec; 4. Izidor Karlsbad – urzędnik banku; 5. Szymon Hay – aptekarz; 6. Karol Albin Friedrich – urzędnik banku; 7. Adolf Lindenberger – właściciel agencji handlowej; 8. Wincenty Rajski – kupiec; 9. Henryk Treter – właściciel realności i fabryki czekolady; 10. Stanisław Oleksiński – urzędnik prywatny; 11. Józef Teliczek – właściciel realności; 12. Jan Grabowski – właściciel realności.

<sup>4</sup> Joachim Aszkenazy (w niektórych źródłach Aszkenazy), adwokat i filantrop; miał po I wojnie światowej kancelarię we Lwowie przy ul. Czarnieckiego 4.

<sup>5</sup> Tadeusz Sołowij (1857–1912), adwokat lwowski, wzięty cywilista.

wiedzialność, zarzucając mu ponadto świadomą złą wolę i w jej następstwie narażenie na szwank ludzkiego życia.

Po wysłuchaniu fragmentu *Bagna*<sup>6</sup> przewodniczący udzielił głosu oskarżonemu.

– Akt oskarżenia nazywa moje wystąpienie złośliwością szatańską – powiedział Witkiewicz i zaraz dodał: – Przypuszczalnie w czasie mej rozprawy satanizm ten zbieleje... Opowiada, jak to Andrzej Chramiec – „jednostka, która wyszła z ludu, walczy o zdobycie dobrobytu dla siebie, a jej wałem obrotowym jest pycha” – dla utrzymania stanowiska rozpoczął walkę z lekarzami stacji klimatycznej i przypomina, jak „wygryziony” został doktor Chwistek, doktor Kulczycki, wreszcie doktor Eljasz. Przedstawia dokładnie przebieg wypadku z Wawrytką, uzupełniając go nowymi szczegółami, Eljasz nazajutrz po opatrzeniu Wawrytki wyjechał do Nowego Targu – ale został wezwany przez starostwo, (o czym dr Chramiec, jako osoba urzędowa, wiedział, ale udawał, że nie wie). Pod nieobecność dr. Eljasza opatrzone chorego, choć p. Dembowska przyrzekła powóz do odwiezienia. Przemocą wpakowano go na zwykłą furę i jazda odbyła się nie drogą, lecz polami po wybojach. „Chory krzyczał wniebogłosem tak, że w Nowym Targu ludzie wypadali z chałup, aby zobaczyć, co się dzieje”.

Mówi oskarżony: – „Duszę Wawrytki wdeptano w bagno, w którym żyje klika”... Osaczony przez klikę Wawrytko złożył w gminie protokół z hołdem dziękczynnym dla dr. Gaika. Ton i treść protokołu obciążały pośrednio mówcę i dr. Eljasza-Radzikowskiego<sup>7</sup>. Witkiewicz przypomniał, że Wawrytko jednak ostatnio przyszedł do jego mieszkania z zapewnieniem, że przed sądem powie prawdę – czyli nic przeciw Witkiewiczowi nie zezna.

Z podstępnie wydobytych od Wawrytki fałszywych zeznań, kuglarsko oświetlonych w oprawnym w imitację krokodylej skóry kajejku, wydanym przez gminę pod zarządkiem Chramca, a skierowanym przeciw broszurze Witkiewicza *Bagno*, urosło przekonanie, że człowiekiem, który Wawrytce uratował życie, jest dr Gaik. Jeden wielki fałsz, żeby się pozbyć lekarza klimatycznego. Z dr. Eliaszem przed kilku laty poszło gładko. Co jest, że dr Janiszewski, tak niewygodny dla dr. Chramca, trzyma się swego stanowiska?

Witkiewicz dodaje, że dla zmotywowania górali do akcji przeciw lekarzowi klima-

<sup>6</sup> Oto odszukane fragmenty: „we wtorek dr Eljasz wyjechał na kilka godzin do Nowego Targu. Dr Chramiec (...) dowiedziawszy się o tym, wysłał natychmiast na Krzeptówkę swego asystenta dr. Gaika, który wbrew wszystkim zasadom przyjętego w chirurgii postępowania, pod nieobecność lekarza, który opatrunki założył, nie mając innej wody, prócz wody ze studzienki i z garnka, stojącego w brudnej izbie, zdarł opatrunki i założył nowe bez żadnej potrzeby, bez żadnej wskazówki o stanie chorego” (s. 37). „Trzeba koniecznie w to bagno wprowadzić czystą wodę, trzeba oczyścić atmosferę. Że przy tym pewnym jednostkom [czytaj: dr. Gaikowi?] stanie się przykreść, na to nie ma rady – jest to konsekwencja ich własnych czynów. Przekleństwo złego i błogosławieństwo dobrego czynu leży w tym, że skutki ich, jak każdej przyczyny, są wielorakie, że działają daleko poza czas i miejsce ich spełnienia i występują niespodzianie, by zatruć tryumf silnych, depczących prawa etyki społecznej, lub opromienić jasnością nędzę zwyciężonych. Partia rządząca w Zakopanem, w chwili swego tryumfu, spotyka się też ze skutkami całego szeregu swoich czynów, które potępia etyka” (s. 39). Cytaty te są jeszcze jednym przykładem opisywanej w *Bagnie* niekonsekwencji dr. Chramca. Wszak tyle razy został postawiony przez Witkiewicza w niekorzystnym świetle – jako kombinator nastawiony na łatwy zysk i człowiek, który z powodu ważnych przyczyn nie powinien uprawiać zawodu lekarza, że to on jako pierwszy powinien doprowadzić do oskarżenia o obrazę w druku (na co Witkiewicz liczył). Czyżby Chramiec był nie tyle niekonsekwentny, ile przewidujący? Występując tylko w charakterze świadka, liczył na osłabienie polemicznego impetu Witkiewicza.

<sup>7</sup> Zob. odc. 2 w poprzednim numerze „Palestry”.

tycznemu były przydatne pogłoski, iż „Janiszewski rozrzuca na kolejach<sup>8</sup> książeczki o tym, że *Zakopane ino dla suchotników*”. Chramiec, zdaniem Witkiewicza, nie powinien być lekarzem, ponieważ drwi sobie z zasad odkażania, nazywając „kadzeniem” staranną dezynfekcję przeprowadzaną przez dr. Janiszewskiego w pokojach zwalnianych przez pacjentów z gruźlicą. Wyszadzając „kadzenie”, dr Chramiec jednoczy się z „ciemnymi” i zdobywa ich głosy. „Trzeba dobrze zrozumieć lekarskie i społeczne znaczenie takiego postępowania. Albo się jest owczarzem, który sprzedaje towar rad lekarskich głupim, którzy go żądają i z których się potem szydzi – albo też lekarzem, dla którego, poza źródłem materialnego bogactwa, medycyna jest nauką, jest ideą... Dr Chramiec wyłamuje się z solidarnej walki z gruźlicą i przyczynia się do rozszerzania strasznej zarazy. Jeżeli jednak tylko dla zdyskredytowania lekarza stacji klimatycznej nazywa zasadniczy środek w walce z gruźlicą kadzeniem, to czyn jego jest antyspołeczny i w najwyższym stopniu nieetyczny”<sup>9</sup>.

W związku z kolejną próbą zdymisjonowania Janiszewskiego zakopiańscy lekarze, m.in. dr Hawranek, dr Piasecki, dr Chwistek, wnieśli protest do Rady Lekarskiej. Ta nie uwzględniła protestu. – Powoływanie się na jej orzeczenie przez obrońców dr. Chramca – mówi Witkiewicz – w tej sprawie nie zmienia stanu rzeczy. – I dodaje: – „Orzeczenie Rady Lekarskiej było wydane bez przeprowadzenia śledztwa, bez przesłuchania świadków. Na ślepo i w myśl tzw. «etyki lekarskiej», to jest w myśl zasady ocalenia bądź co bądź honoru korporacji i powstrzymania jej członków od wzajemnego krytykowania się na podstawie etyki ogólnoludzkiej, która nie zna etyki zróżniczkowanej na potrzeby pewnych «fachów»”.

Akt oskarżenia miał dowieść, że w *Bagnie* jest zawarte oszczerstwo; odwracając kota ogonem, mówi, że autor opisał kłopoty Janiszewskiego spowodowane wyczynami Chramca, ze świadomością, że pisząc, kłamie – no bo znał przecież orzeczenie Rady Honorowej krakowskiej Izby Lekarskiej... Tak, wyrok rady. Wydany w myśl tej fachowej „etyki lekarskiej”, której Witkiewicz – co powtórzył i podkreślił podwójnie – nie uznaje. A poza tym... „Gdyby się nie znało zasady, w imię której podobne orzeczenia bywają wydawane, można by przyjść do bardzo smutnych wniosków o stanie lekarskim”.

Mówi dalej, że przez lata całe trzymał się na uboczu od gry interesów zakopiańskich. „Tymczasem stosunki zakopiańskie są złe. Hrabia Andrzej Potocki<sup>10</sup> w mowie przy otwarciu sanatorium powiedział, zwracając się do przedstawicieli gminy: «Panowie powinniście dbać o to, aby nie tylko chorzy zdrowieli, ale aby nie chorowali wskutek warunków, jakie tu się stworzyły»”.

Nie ma granic cynizm właściciela największego w Zakopanem zakładu przyrodoleczniczego. W stu kilkudziesięciu pokojach, w których w jednym czasie może przebywać co najmniej dwieście osób, cichaczem są przez dr. Chramca przyjmowani pacjenci z gruźlicą. Udaje się jednak, że ich nie ma. Właściciel zaznacza w pięknie wydrukowa-

<sup>8</sup> A. Chramiec był jednym z udziałowców tej nowo powstałej prywatnej linii kolejowej Zakopane–Chabówka.

<sup>9</sup> Sprawozdania w pismach oraz *Bagno*.

<sup>10</sup> Andrzej hrabia Potocki (1861–1908, zastrzelony przez nacjonalistę ukraińskiego, studenta Mirosława Siczynskiego), polski polityk, kawaler orderu Złotego Runa. Właściciel ziemski i przemyslowiec. Studiował prawo na Uniwersytecie Jagiellońskim, tam w 1884 uzyskał doktorat. Od 1901 był marszałkiem Sejmu Krajowego Galicji, od 1903 do śmierci 12 kwietnia 1908 pełnił obowiązki namiestnika Galicji.

nych prospektach: „Chorych na gruźlicę nie przyjmuje się”. Skoro nie ma gruźlików, nie trzeba dezynfekować. I tak to po opuszczeniu apartamentu przez chorego prątkującego wprowadzają się na sezon matka z małym dzieckiem. Trzeba by mieć szczególną odporność, żeby się nie zarazić – zwłaszcza że w jadalniach chorzy jedzą z tych samych talerzy co zdrowi, posługują się tymi samymi sztućcami, tańczą podczas urządzanych przez Chramca w każdy czwartek wieczorków z udziałem świętych muzyków... Chramiec nie chce dla Zakopanego wodociągów i kanalizacji. On ma dla swojego sanatorium swoje! Nieważne, że jego „kanalizacja” zatrucha wody gruntowe; co to ma za znaczenie dla bogacza, którego zakład jest także wyposażony w oświetlenie elektryczne napędzane specjalną lokomobilą parową!? Wytknięto Chramcowi na łamach lokalnej prasy jego podwójną moralność. Co innego ogłasza, co innego robi. Chramiec, wychodząc z założenia, że papier wszystko przyjmie, za nic ma ogłoszenia, pod którymi się podpisuje – i w obliczu takiej bezczelności, takiego bezmiaru cynizmu, muszą puścić nerwy uczciwego człowieka, choćby był on wyjątkowo odporny. Budzą grozę tragiczne skutki takiego odrażającego procederu.

– „Sprawa już jest wygrana bez względu na wyrok, jaki zapadnie. Jeżeli oskarżony zostanie zasądzony, da to tylko jego przeciwnikom chwilowe oparcie, jeżeli uniewinni go, osłabi to przeciwników i zmusi ich może do opamiętania się; istota jednak sprawy, walka o dobro społeczne rozstrzygnie się w jakimś nieokreślonym czasie, który nadejść musi jako tryumf i zwycięstwo idei dobra”.

To był finał odpowiedzi Witkiewicza na akt oskarżenia. Oskarżony napił się wody i udzielił wyjaśnień na zapytania dr. Aszkenazego:

„1) że świadomej złej woli dr. Gaikowi nie zarzuca, gdyż dr. Gaik był tylko narzędziem w rękach dr. Chramca;

2) że słowa na str. 39: «zrozumiałem wtedy, o co tym panom chodziło» nie mają na względzie dr. Gaika, lecz dr. Chramca i rządzącą w Zakopanem klikę, w której wówczas zwłaszcza dr. Gaik jako młody, świeżo przybyły lekarz nie mógł mieć żadnego decydującego stanowiska”<sup>11</sup>.

Przesłuchano świadków. Po godz. 11 ogłoszono przerwę do godz. 16.30.

Po obiedzie, co rusz w sali sądowej przywoływany przez przewodniczącego do ograniczenia wyjaśnień do kwestii skargi dr. Gaika, oskarżony zdołał jednak powiedzieć: – „Niejednokrotnie interpelowano mnie, czemu ja – Witkiewicz, zajmuję się takimi małymi i brudnymi sprawami. Czuję się w obowiązku i w tym miejscu odpowiedzieć, że w życiu, a zwłaszcza w życiu publicznym, nie uznaję spraw «małych», bo małe na duże się składają i duże rodzą. Broszura *Bagno* jest wymierzona przeciw dr. Chramcowi i rządzącej w Zakopanem klice. Wszystko, co w *Bagnie* napisane, opiera się na urzędowych dokumentach i jedna tylko sprawa Wawrytki jest oparta na ustnych zeznaniach świadka... Publicysta – mówi dalej – jest publicznym oskarżycielem, który ma obowiązek pociągać do odpowiedzialności tych, którzy na szkodę publiczną działają”.

Jako oskarżony ani przez chwilę nic czuje, że się broni, w dalszym ciągu, spełniając swój obowiązek, prowadzi tę samą walkę, tym razem stojąc przed sędziami, na których bezstronność może liczyć.

<sup>11</sup> „Czas” nr 138, Kraków, sobota, 20 czerwca 1903 (wydanie wieczorne), s. 2, 3; „Przegląd Zakopiański”, Zakopane, nr 28, 11 lipca 1903.

– „Górale – mówi – pomimo swej inteligencji nie znają ostatnich wyników nauki higieny, nie rozumieją potrzeb i urządzeń łączących się ściśle z rozwojem takiej stacji klimatycznej, jak Zakopane, a przy swym wrodzonym konserwatyzmie występują wrogo wobec wszelkich innowacji, jakie wprowadzać pragnie lekarz stacji klimatycznej”. Obcy jest im np. termin: inwestycje. „Dr Chramiec ma tu wygodne pole do zwalczania niewygodnego lekarza. Trzyma się on zresztą zasady: jednego dnia przykładać, drugiego sprościć [sprostować], a i samemu jest się w porządku i lekarz wygryziony zostaje.

Zakopane w tych warunkach, jakie posiada, mogłoby stać się kryształem, związkiem nowego ustroju społecznego, opartego na braterstwie, sprawiedliwości i miłości bliźniego, mogłoby stać się w tym względzie wzorem i przykładem dla całej Polski, jej niejako stacją doświadczalną”.

Ale po co doktorowi Chramcowi wodociągi i kanalizacja w Zakopanem? On ma te wszystkie urządzenia u siebie! I dla swoich gości! Którzy płacą!

Im dalej mówi Witkiewicz, tym bardziej skupienie rośnie. I – odruchowo – oklaski. Niedopuszczalne; publiczność nie powinna okazywać uczuć. Przewodniczący musiał zagrozić, że opróżni salę; ponieważ owacje rozległy się znowu. Mówca zakończył po dwu i pół godzinach, puentując wystąpienie efektywnym akcentem. Wspomniał, jak to jego znajomy przeznaczył 40 000 franków na założenie spokojnego schroniska dla artystów i literatów potrzebujących odpoczynku, zacerpnięcia sił do dalszej pracy i zwrócił się do niego o radę, czy Zakopane byłoby odpowiednim miejscem. – Nie mogłem tego doradzić znajomemu. Dlaczego? Ponieważ w Zakopanem człowiek zmęczony nie znajduje ani spokoju, ani zdrowej atmosfery duchowej.

O pół do dwunastej w nocy, po skończonej rozprawie, został ogłoszony wyrok przysięgłych, jednogłośnie uwalniający Stanisława Witkiewicza od wniesionego przeciw niemu oskarżenia. Od winy i od kary.

Burza oklasków! Wspaniale – lecz nie do końca.

Bo niby trudno przewidzieć, co się zdarzy po stu latach. Szczegół, może niekoniecznie istotny, trochę odwrócił bieg rzeczy.

Drobiazg się rozrósł w sprzyjających okolicznościach.

Oto wychodząc z założenia, że Stanisław Witkiewicz był człowiekiem kryształowo uczciwym, nie mogę zrozumieć, czemu w trakcie zeznań przed sądem, które się przeobraziły w orację, poruszył sprawę awansu społecznego Andrzeja Chramca. Stwierdził, że ludzie, którzy wyszli z ludu, jeszcze niedawno ciemni, gdy się wykształcą zawodowo i zdobędą tytuły naukowe, w pierwszym pokoleniu będą dbać tylko o własne żołądki, o gromadzenie dóbr w obrębie własnej najbliższej rodziny. Nie będzie ich obchodzić sytuacja innych<sup>12</sup>. Witkiewicz dodał, że górale nie są wprawdzie tak okrutni jak „kułacy moskiewscy”, ale że są od nich o wiele bardziej przebiegli. Tę część mowy Witkiewicza podchwycili konserwatyści, „Czas” zrobił z tej części wystąpienia pisarza i malarza swoisty *leitmotiv* (w tym sensie, że dr Chałubiński i dr Baranowski<sup>13</sup>, którzy łożyli na

<sup>12</sup> „Pierwsza generacja inteligencji wychodzącej z ludu jest zwykle oddana dążeniom wyłącznym do dobrobytu. Tworzenie z nich typu «kułaków», którzy pięścią kierują sobie drogę w życiu. Oto najczęstszy skutek tworzenia inteligencji z ludu. Jednostki, które wychodzą z górali, nie są tak brutalne jak «kułaki» moskiewskie, operują bardziej sprytem, przewrotnością, aniżeli brutalnością. To jest właśnie nieszczęście Zakopanego” [„Czas” nr 138, Kraków, sobota 20 czerwca 1903 (wydanie wieczorne), s. 2, 3].

<sup>13</sup> Ignacy Baranowski (1833–1919), polski lekarz, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, społecznik, me-



wykształcenie górala, źmije wyhodowali na własnym łonie). Z faktu zaistnienia tego nieszczęsnego passusu Witkiewicza<sup>14</sup>, wynikłego z zapędzenia się w ferworze walki o lepszą sprawę, skorzystano skwapliwie po stu latach. Oto ktoś tę część starych dokumentów wyciągnął na wierzch: dla wydobycia z niepamięci dr. Chramca odrodzona grupa jego zwolenników zainscenizowała może nie tyle widowisko, ile ruch konferencyjno-medialny, którego główną myślą było spreparowanie wizji walki politycznej, jaką niby miał toczyć Witkiewicz na spółkę z Janiszewskim<sup>15</sup> (pewnie jako lojaliści austriaccy) z obozem, do którego należał Chramiec (endecja). Akcja zbiegała się jakoś z wydaniem (pisanych, jak wspominałem, ale co trzeba podkreślić, w ćwierć wieku po interesujących nas wydarzeniach) *Wspomnień* dr. Chramca, w których autor, konfabulując ile wlezie,

---

cenas nauk przyrodniczych. Doktor *honoris causa* UJ (1900). Syn lubelskiego adwokata, po uzyskaniu dyplomu doktora medycyny na Uniwersytecie w Dorpacie, w 1859–1860, uzyskał specjalizację, m.in. pod kierunkiem Rudolfa Virchowa i Karla von Rokitansky'ego, w Berlinie, Wiedniu i w Paryżu. W Warszawie, w Akademii Medyko-Chirurgicznej, był asystentem prof. Tytusa Chałubińskiego. Od 1869 docent diagnostyki i terapii ogólnej w Szkole Głównej Warszawskiej. W 1870 założył prywatne seminarium dla nauczycielek i utrzymywał je przez kilkanaście lat w swoim mieszkaniu. Od 1871 profesor nadzwyczajny na Cesarskim Uniwersytecie Warszawskim. Założyciel i współwydawca czasopisma „Ateneum” (1876–1905). Zwolennik lecznictwa naturalnego – m.in. stawiania baniek i stosowania pijawek. (W mikropowieści *Anielka* Bolesława Prusa odnajdujemy rysy i metodę dr. Baranowskiego w literackim wizerunku „młodego doktora”, który pytany o stan zdrowia głównej bohaterki, wydaje się – beznadziejny, odpowiada baronowej Weissowej: „Proszę pani, natura zna środki, jakich my nie domyślamy się nawet!”). Był jednym ze współzałożycieli Muzeum Tatrzańskiego im. T. Chałubińskiego w Zakopanem, zainicjowanego przez Adolfa Scholtzego, wniósł wkład w utworzenie sanatorium przeciwgruźliczego w Zakopanem, tamże z jego środków wybudowano dom dla znawcy Tatr Gustawa Fingera, nadleśniczego, działacza społecznego i członka-założyciela Towarzystwa Tatrzańskiego (niebawem powinowaci i potomkowie Fingera zasilą kadre pedagogiczną zakopiańskiej Szkoły Przemysłu Drzewnego). Działal w kręgu Czytelni Zakopiańskiej (siedzibą instytucji kulturalnej, popularno-naukowej i patriotycznej była willa „Polanka” przy górnych Krupówkach, gdzie spotykali się m.in. Stefan Żeromski, Wacław Tokarz, Tadeusz Miciński, Kazimierz Dłuski, Mariusz Zaruski, Piotr Chmielowski, Marcin Woyczyński (późniejszy lekarz marszałka Piłsudskiego), Ksawery Pruss (późniejszy minister oświaty w niepodległej Polsce). Dr Baranowski, znany z postawy patriotycznej (m.in. nie chciał zeznać w sądzie w języku rosyjskim) w 1882 otrzymał naganą od rektora Uniwersytetu Warszawskiego, wskutek czego pominięto go w nadaniu tytułu profesora zwyczajnego i pozbawiono prawa wykładania. W 1884 emerytowany... Jako polityk – zwolennik współpracy Polaków z rządem rosyjskim – był członkiem-założycielem ugodowego Stronnictwa Polityki Realnej. Zapisał 105 tys. rubli Towarzystwu Naukowemu Warszawskiemu, któremu wcześniej udostępnił trzy pokoje w swoim mieszkaniu przy Krakowskim Przedmieściu 7.

<sup>14</sup> S. Witkiewicz pisał w *Bagnie* i mówił w sądzie m.in.: „Chałubiński i Baranowski z całym idealizmem i wytwornością starali się odnosić do górali, a bez Chramca, którego z całym pietyzmem kształcili i wy kierowali na lekarza, nie chcieli żadnej przyjąć konsultacji w Zakopanem, pragnąc w ten sposób ugruntować i wzmacnić stanowisko tego człowieka z ludu. Niestety, człowiek ten zawiódł pokładane w nim nadzieje, nie dorósł do zrozumienia tych moralnych obowiązków, jakie na niego zdobyte stanowisko lekarza włożyło. (...) Przy pewnym dobrobycie i stanowisku, a braku odpowiedniej wyżyny moralnej, rodzi się pycha, która nie jest bynajmniej poznaniem własnej siły, ale stwierdzeniem zdobytego stanowiska, zabezpieczeniem, jak fortecą, stanu swego posiadania i spokojnego użycia. Dla zadosyćuczynienia pysze, ludzie, jak mówi Nietzsche, sami siebie zabijają. (...) Nawet w najmniejszej parafii pycha jednostki, mająca prężność gazu i pragnąca całą przestrzeń zapelnąć, jest szkodliwą i zwalczaną być musi, a Zakopane to nie parafia, to cała Polska, to miejsce, przez które przewala się wszystko, co jest w Polsce najwybitniejsze, to jednocześnie jedyna na obszarze ziem polskich stacja klimatyczna dla chorych na płuca”.

<sup>15</sup> Witkiewicz czyni w *Bagnie* następujące zastrzeżenie: „nie jestem w żadnym osobistym stosunku, do którejkolwiek ze stron rozbieżnej tu sprawy. Dr Chramiec nie zrobił mi nigdy w życiu nic złego, jak Dr Janiszewski nie miał sposobności zrobienia mi czegoś dobrego”.

wciąż jeszcze sarka uszczypliwie na dr. Janiszewskiego, z którym przegrał, że ten, choć jest obecnie ministrem zdrowia (w rządzie Wincentego Witosa), nadal nie wprowadza nakazu korzystania ze spluwaczek kieszonkowych przez chorych na gruźlicę. (Pytanie, kto miał te spluwaczki opróżniać, kto miał je myć i w czym – zwłaszcza że dr Chramiec przeszedł do historii jako wprawdzie miłośnik elektryfikacji, ale zażarty przeciwnik wprowadzenia wodociągów i kanalizacji). Akcja brzązająca na glanc Chramca i odbrawająca Witkiewicza przeniosła się także na jeden z uniwersytetów, gdzie ktoś obronił pracę naukową, w której zbijał argumenty Witkiewicza, posługując się pisanymi już po śmierci Witkiewicza dziennikami Chramca<sup>16</sup>, delikatnie mówiąc, mało wiarogodnymi. (Należy przypomnieć, że Chramiec w swoim czasie, niejako na bieżąco, w trakcie procesu bowiem, stawał jako świadek przed sądem lwowskim i wtedy wcale nie przedstawiał jakiejś swej „nowej wersji” ...)

Plotki, plotki, masa tego na forach internetowych. Dość, że od roku 2006 spizowy pomnik dr. Chramca nadnaturalnej wielkości stoi (a właściwie siedzi na spizowym krześle) przed Urzędem Miasta w Zakopanem. Witkiewicz nie ma swojego pomnika (jest od wieku pomnik Chałubińskiego ze znieprawdopodobnym przez Chramca Sabałą, zaprojektowany przez Witkiewicza, są domy w stylu zakopiańskim według jego projektów i to najlepsza pamięć... No, nie wiadomo, na jak długo, wszak są nieprzerwane zakusy na stare stylowe wille drewniane, bo mają wspaniałe lokalizacje; gratka dla tych, którzy, jak Chramiec, szybko się dorobili. Podobny model... zacnego statecznego pana... No dobrze, dr Chramiec wspaniale wychował swoje dzieci, był wspaniałą głową rodziny – ale dr Janiszewski także. Nie był i w tym gorszy. A Witkiewicz? O, właśnie! Trochę się przecież zmieniło. W sali widowiskowej dawnego zakopiańskiego sanatorium dr. Chramca działa od 1985 roku zawodowy Teatr Witkacego<sup>17</sup>! – Hm, więc Witkacy, sławny na cały świat syn Stanisława Witkiewicza, jest duchem tego miejsca!

<sup>16</sup> Andrzej Chramiec, *Wspomnienia* [r. 1919]. Oprac., wstęp i posłowie Barbara Wysocka. Kórnik–Zakopane 2004. Wyd. Biblioteka Kórnicka PAN i Urząd Miasta Zakopane.

<sup>17</sup> Teatr Witkacego występuje także pod nazwą Teatr im. Stanisława Ignacego Witkiewicza i powstał dzięki inicjatywie grupy absolwentów krakowskiej PWST. Współzałożycielem i dyrektorem teatru jest reżyser i aktor Andrzej Dziuk.

# Recenzje i noty recenzyjne

**Profesor Stanisław Walczak. Promotor reform więziennictwa w latach 1957–1969**  
pod red. Michała Porowskiego i Macieja Tygielskiego  
Legnica 2012, ss. 263.

50-lecie Zakładu Prawa i Polityki Penitencjarnej Uniwersytetu Warszawskiego oraz dziesiąta rocznica śmierci jego założyciela były pretekstem do wydania recenzowanego zbioru prac.

Postać prof. Stanisława Walczaka (1913–2002) znana jest szerszemu kręgowi osób z działalności politycznej, a właściwie administracyjnej, jako ministra sprawiedliwości. Przypomnijmy zatem, że pochodził z małej podkrakowskiej wioski Wadów, w pobliżu której po wojnie zbudowano Nową Hutę. Ukończył gimnazjum Jana Sobieskiego w Krakowie, a następnie studia prawnicze na UJ. Po latach wspominał, że w czasie studiów doświadczył pomocy krakowskiej rodziny żydowskiej. W okresie studiów aktywnie angażował się w życie organizacji młodzieżowych. Początkowo był to prężny pilsudczykowski Legion Młodych, a w ostatnich latach przed wojną organizacje socjalistyczne. W czasie wojny kontynuował rozpoczętą jeszcze przed wojną aplikację sądową oraz działał w organizacjach socjalistycznych i komunistycznych, w tym w Gwardii Ludowej. Uczestniczył w organizacji pomocy krakowskim Żydom poprzez przygotowywanie im fałszywych dokumentów oraz ukrywanie ich po tzw. aryjskiej stronie. Zaangażowany był m.in. w uratowanie późniejszego pisarza Jerzego Korczaka (ur. 1927 r.), syna znanego krakowskiego adwokata. Za pomoc Żydom w czasie okupacji został 16 czerwca 1992 r. zaliczony przez Instytut Yad Vashem do grona Sprawiedliwych wśród Narodów Świata. Powojenna działalność Stanisława Walczaka początkowo wiązała się z pracą polityczną na poziomie regionalnym oraz działalnością dydaktyczną, a potem także naukową w uczelniach Wrocławia. W tym czasie interesował się ekonomią. W 1947 r. trafił na seminarium wybitnego ekonomisty o chłopskim rodowodzie prof. Wincentego Stysia (1903–1960). Rozprawę doktorską obronił w 1949 r. W kolejnych latach, obok ekonomii, zajmował się zagadnieniami marksistowskiej teorii prawa i prawem państwowym. Około 1950 r. został ukarany przez Komisję Kontroli Partyjnej za „brak czujności partyjnej”. Czyżby związane było to z akcją wymierzoną w wielu uczonych wrocławskich, w tym w prof. Wincentego Stysia, którego pozbawiono katedry? W 1954 r. został zastępcą profesora i kierownikiem Katedry Teorii Państwa i Prawa, a także prodziekanem Wydziału Prawa UW.

Wydarzenia 1956 r. spowodowały, że dr Walczak został sekretarzem KW PZPR we Wrocławiu, a rok później otrzymał nominację na wiceministra sprawiedliwości odpowiedzialnego za nadzór nad więziennictwem i sprawy związane z przestępczością nieletnich. Objął sferę podległą MSW przed 1956 r., które uczyniło z systemu penitencjarnego narzędzie do nieludzkiego niszczenia domniemych „wrogów klasowych”. Fakt ten ukierunkował zainteresowania naukowe Walczaka na nowe pole badawcze. W grudniu 1958 r. opublikował pierwszy artykuł z pionierskiej w Polsce dziedziny, w którym przedstawiał zagadnienie polityki penitencjarnej państwa. Wkrótce stał się ekspertem w sprawie więziennictwa także w grupach afiliowanych przy ONZ. Uczestniczył w licznych międzynarodowych kongresach, konferencjach i sympozjach kryminologicznych i penitencjarystycznych. Wiedza w ten sposób pozyskana była dla niego – jako podsekretarza stanu w MS – inspiracją. Wkrótce zrezygnował z Katedry Teorii Państwa i Prawa i w roku 1961/1962 rozpoczął na Uniwersytecie Wrocławskim wykład i seminarium z prawa penitencjarnego. W październiku 1962 r. został powołany na kierownika nowo utworzonej Katedry Prawa i Polityki Penitencjarnej Uniwersytetu Wrocławskiego. Ta data jest przyjmowana przez Zakład Prawa i Polityki Penitencjarnej Uniwersytetu Warszawskiego jako początkowa dla dziejów Zakładu i ona też stała się pretekstem do wydania omawianej książki. Dodajmy, że w 1965 r. prof. Walczak wraz z katedrą przeniósł się na Uniwersytet Warszawski – co zbiegło się z powołaniem go na stanowisko ministra sprawiedliwości.

W czasie gdy Stanisław Walczak był ministrem sprawiedliwości, a był nim do 1971 r., doszło do przygotowania, a następnie wprowadzenia w życie wielkiej reformy prawa karnego. W miejsce k.p.k. z 1928 r. i k.k. z 1932 r. wprowadzono z dniem 1 stycznia 1970 r. trzy nowe kodyfikacje prawa karnego – materialnego (k.k.), procesowego (k.p.k.) oraz wykonawczego (k.k.w.). Ta ostatnia kodyfikacja to pierwsza w dziejach prawa karnego w Polsce ustawa o tak wysokiej randze regulująca kwestie wykonywania kar (dotychczas materia ta uregulowana była głównie rozporządzeniami ministerialnymi). Co prawda już przed wojną Stanisław Emil Rappaport proponował uregulowanie prawa karnego wykonawczego w formie odrębnego kodeksu, ale nie zyskał wówczas akceptacji.

Kodeks karny wykonawczy z 1969 r. był spośród wspomnianych trzech kodyfikacji karnych najnowocześniejszy, gdyż w najmniejszym stopniu odcisnęła się na nim ideologia komunistyczna. Mało, właściwie odstaje on od regulacji obowiązujących w tym zakresie w bloku państw komunistycznych. Wprowadzał instytucje, które były rozwiązaniami nowoczesnymi w porównaniu z państwami Zachodu, np. sądownictwo penitencjarne. Szybko okazało się, że nowa kodyfikacja poszła zbyt daleko... niezgodnie z duchem partii, co spowodowało odwołanie Walczaka ze stanowiska ministra i wydanie wkrótce „antykodeksowego” regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności.

Po odejściu z ministerstwa prof. Walczak zaangażował się w powołanie na UW Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji i w 1972 r. został kierownikiem Zakładu Prawa i Polityki Penitencjarnej UW (przekształconego z dotychczasowej katedry), działającego dziś w ramach wspomnianego Instytutu (IPSiR). Aktywnie działał w świecie naukowym, odbywając liczne podróże naukowe do Francji, Włoch, USA, Kanady. Napisał lub zredagował osiem książek, w tym znakomity podręcznik *Prawo penitencjarne: zarys wykładu* (1972), oraz ponad sto publikacji naukowych i popularnych z zakresu prawa karnego i penitencjarystyki, a kilkadziesiąt następnych z zakresu teorii prawa, ekono-

mii i polityki (pełen wykaz publikacji znajduje się w recenzowanej książce, s. 229–238). Wykłady na UW prof. Walczak prowadził do 1989 r., po czym wycofał się z aktywnego życia naukowego. W czasie wieloletniej pracy dydaktycznej w kierowanym przez niego zakładzie kolejne etapy naukowej kariery zdobywali m.in. Andrzej Baładynowicz, Barbara Kowalska-Ehrlich i Michał Porowski.

Książka, oprócz erudycyjnego wprowadzenia (*Ocalić od zapomnienia*) autorstwa prof. Michała Porowskiego, kierownika Zakładu Prawa i Polityki Penitencjarnej UW i Macieja Tygielskiego, oraz życiorysu prof. Walczaka pióra Macieja Tygielskiego, zawiera opracowania poświęcone osiągnięciom legislacyjnym i organizacyjnym oraz instytucjom stworzonym przez prof. Walczaka.

Agnieszka Bieńkowska i Maciej Tygielski skrupulatnie omówili reformy więzienne przeprowadzone w ramach Ministerstwa Sprawiedliwości w okresie tzw. „małej stabilizacji” (więziennictwo wyszło spod MSW do sfery MS w 1956 r.), czyli właściwie w okresie, gdy w Ministerstwie Sprawiedliwości pracował Walczak, i to on był autorem lub promotorem owych reform. Następnie prof. Porowski zaprezentował organizację administracji penitencjarnej w latach 1956–1974, czyli do słynnego, wydanego *contra legem*, regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności (którym próbowano odejść od linii wytyczonej przez k.k.w. z 1969 r.). Z kolei prof. Barbara Kowalska-Ehrlich przedstawiła rozwój sądownictwa dla nieletnich w Polsce, wychodząc od rozważań koncepcyjnych w XIX w., poprzez pierwsze sądy dla nieletnich powołane w 1919 r. i prace w tym zakresie Komisji Kodyfikacyjnej RP, okres stalinowski, aż po gruntowne zmiany, które nastąpiły po 1956 r., gdy utworzono nowoczesne sądownictwo dla nieletnich. W kolejnym opracowaniu dr Mirosław Górecki przedstawił dzieje i współczesność instytucji kurateli sądowej – wychodząc od systemu *common law* i historii uznawanego za pierwszego kuratora Amerykanina Johna Augustusa (1785–1859), który zapoczątkował tzw. angloamerykański model kurateli, gdzie kurator jest pracownikiem socjalnym. Systemy europejskie kształtowały się później. Do Polski instytucja zawitała wraz z odzyskaniem niepodległości i do roku 1939 ugruntowała się (np. rozporządzenie MS z 25 czerwca 1935 r. o kuratelach sądowych), ale jako służba społeczna dla nieletnich. W 1959 r. pojawili się obok kuratorów społecznych kuratorzy zawodowi dla nieletnich. Rok wcześniej pojawili się kuratorzy dla dorosłych, początkowo społeczni, a od 1965 r. także zawodowi. W kolejnym artykule doc. dr Katarzyna Sawicka przedstawiła związki pedagogiki i wychowania resocjalizującego z prawem i polityką penitencjarną. Dr Paweł Kobes omówił z kolei dzieje i osiągnięcia utworzonego w 1961 r. z inicjatywy prof. Walczaka Ośrodka Badań Penitencjarnych. Wspomniany dr Górecki w drugim opracowaniu przybliżył wątek dziejów międzywydziałowych studenckich kół penitencjarnych, sięgając do początków (w 1959 r.), gdy powstała Sekcja Penitencjarna działająca na Wydziale Prawa UW przy Kole Młodych Prawników. Dość szybko w składzie Sekcji przestali dominować prawnicy, a licznie dołączyli m.in. pedagodzy. Istotnym wsparciem dla studenckich kół penitencjarnych była decyzja Ministerstwa Sprawiedliwości (S. Walczak), na mocy której członkowie tychże kół uzyskali dostęp do wszystkich zakładów karnych w Polsce. W 1960 r. w Iławie odbył się pierwszy Ogólnopolski Obóz Naukowych Studenckich Kół Penitencjarnych. W kolejnych latach odbywały się one regularnie. XXV miał miejsce w 1984 r. w Brzegu, a XXX w 1989 r. w Bydgosz-

czy. Ostatnim opracowaniem jest dogmatyczny artykuł dr. Tomasza Przesławskiego pt. *Służba więzienna – zakres pojęcia i formy działania*.

Książkę zamyka wspomniane zestawienie prac autorstwa prof. Stanisława Walczaka oraz *Bibliografia prac obecnych pracowników Zakładu Prawa i Polityki Penitencjarnej UW*.

Książka – pięknie wydana, na dobrej jakości papierze, w twardej oprawie, przez Wydawnictwo WSZ w Legnicy – stanowi i będzie stanowić cenny zbiór dla wszystkich zajmujących się współczesnością i dziejami penitencjarystyki.

*Adam Redzik*

### **Krzysztof Karsznicki**

#### *Sztuka dyplomacji i negocjacji w świecie wielokulturowym*

Warszawa: Difin 2013, ss. 205.

Nakładem Wydawnictwa Difin ukazało się opracowanie, które niewątpliwie było oczekiwane na rynku wydawniczym przede wszystkim przez podmioty zawodowo zajmujące się dyplomacją oraz uczestniczące w negocjacjach skutkujących zawieraniem transakcji. Dyplomacja i negocjacje są sztuką wymagającą nie tylko kwalifikacji, znajomości historii i obyczajów różnych kultur, ale przede wszystkim inteligencji, sprzyjającej taktownemu i pełnemu wyczucia zachowaniu wobec partnera przyszłej współpracy zarówno międzynarodowej, jak i nawet zwykłej transakcji handlowej. Autora nie trzeba przedstawiać, wszak zapisał się na kartach twórczości fachowej, rzetelnej i szczególnie wnikliwej. Wystarczy wspomnieć o publikacjach dotyczących handlu ludźmi, przestępczości zorganizowanej, przestępczości narkotykowej, a także współpracy międzynarodowej. Równocześnie jego język jest komunikatywny i przystępny, a więc zrozumiały nie tylko dla podmiotów specjalizujących się w tej specyficznej dziedzinie, jaką jest dyplomacja i negocjacje. Autor, przygotowując recenzowane dzieło, postawił sobie za cel oddanie do rąk Czytelników opracowania, którego cechą jest powszechność, mogące przydać się zarówno politykom, dyplomatom, prawnikom, różnego rodzaju przedsiębiorcom, studentom, jak i nawet uczniom szkół – a co najważniejsze – zamiar zrealizował.

Książka składa się z dwóch części, z których jedna jest prezentacją świata wielokulturowego, a druga zawiera informacje na temat etykiety i dobrych obyczajów w kontaktach z poszczególnymi nacjami.

W pierwszej części Autor opisuje ośrodki cywilizacyjne, które – jego zdaniem – choć nie mają ściśle wytyczonych granic, są najbardziej trwałymi zrzeszeniami ludzi, a ponadto mają największy wpływ na nasze zachowania. Państwa mogą zniknąć i pojawiać się, cywilizacje natomiast osadzone w religii, języku i kulturze trwają dłużej mimo kryzysów politycznych. Współczesny świat stał się globalną wioską i dzisiejsze granice przebiegają najwyraźniej między ośrodkami cywilizacyjnymi, a ponieważ jesteśmy skazani na współpracę, pożądane jest wzajemne zrozumienie się i poszanowanie. Tylko dogłębne poznanie uwarunkowań kulturowych naszego partnera pozwoli na uniknięcie błędów i gaf towarzyskich w rozmowach i negocjacjach.

Po omówieniu głównych ośrodków cywilizacyjnych następuje prezentacja kultur



prawnych: judaistycznej, chrześcijańskiej, islamskiej, hinduistycznej, konfucjańskiej i animistycznej. Już z nomenklatury wynika, że u źródeł wyodrębnienia tych kultur prawnych leży religia. Dalsza część książki, opisująca ducha różnych narodów, utwierdza Czytelnika w przekonaniu, że religia ma też ogromny wpływ na nasze zachowania, styl życia, stosunek do pracy, stosunek do wypowiedzanych słów itp. To religia ukształtowała kulturę winy w cywilizacji zachodniej, kulturę wstydu w świecie arabskim i kulturę błędu w świecie hinduistycznym. Na podstawie analizy autor opisał 23 narody i ich charakterystyczne cechy i sposoby zachowań. Wśród nich znaleźli się: Rosjanie, Niemcy, Anglicy, Włosi, Francuzi, Hiszpanie, Szwedzi, Gruzini, Czecczeńcy, Ormianie, Żydzi, Turcy, Arabowie, Hindusi, Chińczycy, Japończycy, Koreańczycy, Tajowie, Meksykanie, Argentyńczycy, Brazylijczycy i Amerykanie. W części tej znalazł się również portret Polaków. Lektura tego rozdziału, w którym Autor dzieli się uwagami na temat innych narodów, pozwala lepiej je zrozumieć. Może być kluczem do owocnej współpracy i sukcesu w negocjacjach. Pozwala uniknąć nieporozumień. Nie ma jednolitego kodu zachowań, który określilibyśmy miniprotokołem dyplomatycznym wspólnym dla wszystkich nacji. To samo zachowanie w kontaktach z jedną nacją może być dla niej obraźliwe, natomiast w kontaktach z inną nacją będzie pożądane i odbierane jako dowód szacunku. Takim przykładem może być utrzymywanie kontaktu wzrokowego z partnerem w czasie rozmowy. W świecie Zachodu takie zachowanie oceniane jest pozytywnie, natomiast w kulturze Dalekiego Wschodu oznaką szacunku dla partnera jest spuszczenie głowy.

Druga część książki poświęcona etykietce w kontaktach międzynarodowych zawiera informacje na temat powitań, organizacji przyjęć służbowych i wizyt delegacji zagranicznych, elegancji ubioru i precedencji stanowisk w Polsce. Wskazówki i porady nie są jednolite dla kontaktów z przedstawicielami całego świata. Autor wyraźnie rozróżnia zachowania w zależności od tego, kto jest naszym partnerem. Inaczej będziemy rozmawiać z Amerykanami i inaczej będziemy rozmawiać z Arabami. Najciekawszy rozdział w tej części książki poświęcony jest technikom negocjacyjnym. Autor podaje przykłady, jakie sztuczki i metody negocjacyjne stosują przedstawiciele poszczególnych narodów, aby osiągnąć sukces w negocjacjach. Poznajemy „od kuchni” przygotowania do negocjacji. Znajomość tych reguł pozwala nam przewidywać zachowania naszych partnerów i zapobiegać niepożądanym результатам. Okazuje się, że uwarunkowania kulturowe mają ogromny wpływ na sposób negocjacji. Na tej podstawie można dokonać podziału negocjacji w zależności od stylu ich prowadzenia. Są to negocjacje oparte: na emocjach (kraje arabskie) albo na logicznym rozumowaniu (Niemcy, Anglicy), negocjacje propartnerskie (Ameryka Łacińska, Daleki Wschód) lub protransakcyjne (USA, Niemcy, Anglicy), ceremonialne (Ameryka Łacińska, Daleki Wschód, kraje arabskie) albo nieceremonialne (Niemcy, Holendrzy), ekspresyjne (kraje arabskie) albo powściągliwe (Niemcy, Anglicy). Nie ma problemu, gdy negocjacje prowadzone są przez partnerów prezentujących ten sam styl negocjacji. Poważne komplikacje mogą jednak wystąpić, gdy negocjacje prowadzone są przez przedstawicieli różnych kultur. Wtedy konieczna jest znajomość uwarunkowań kulturowych, w przeciwnym razie negocjacje zakończą się fiaskiem. Nieraz zdarzało się, że negocjacje kończyły się, zanim się rozpoczęły. Jest to możliwe np. wtedy, kiedy wizytówkę naszego partnera z Japonii schowamy bez przeczytania do portfela lub do tylnej kie-

szeni spodni (zamiast położyć przed sobą na stole). Niewybaczalnym błędem byłoby również podanie naszej wizytówki Japończykowi poprzez przesunięcie jej po stole zamiast wręczenie oburącz w pozycji stojącej. Tego rodzaju cenne informacje zawarte są właśnie w tej części książki.

W kontaktach z przedstawicielami różnych kultur ważne jest wszystko, począwszy od siedzenia przy stole, przez sposób wręczania wizytówek i prezentów, aż po styl komunikowania się. Jeżeli chcesz osiągnąć sukces, musisz wiedzieć o partnerze możliwie najwięcej. Książka jest adresowana do wszystkich, którzy prowadzą współpracę międzynarodową i z tego tytułu kontaktują się z przedstawicielami różnych państw i części świata wielokulturowego.

To pierwsza tego typu książka. Choć na rynku wydawniczym można znaleźć publikacje dotyczące protokołu dyplomatycznego lub prowadzenia negocjacji, to jednak żadna z nich nie uwzględniała w takim stopniu różnic kulturowych, których poznanie stanowi klucz do pokonania barier między narodami.

Książka umożliwia poznanie metody przygotowania spotkania, w tym właściwego rozmieszczenia gości przy stole, sposobu wręczania wizytówek i prezentów, zyskania sympatii i zaufania partnera, a także skutecznego uniknięcia gaf towarzyskich. Wszystko to pozwoli na przyjęcie postawy negocjacyjnej sprzyjającej odniesieniu sukcesu.

Wyrażam przekonanie, że książka powinna znaleźć się w zbiorach bibliotecznych posłów, senatorów, ministrów, przedsiębiorców, sędziów, prokuratorów, adwokatów, a także uczelni, w programach nauczania których znajdują się dyplomacja i negocjacja.

*Wojciech Kotowski*

### *Arbitraż i mediacja.*

*Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*

kom. red.: Maciej Łaszczuk i inni

Warszawa: Sąd Arbitrażowy przy KIG 2012, ss. 732.

Przedmiotem radości i satysfakcji świata prawniczego winien być fakt coraz to częstszej publikacji ksiąg pamiątkowych poświęconych wybitnym postaciom naszego środowiska. Przybliżenie w nich sylwetek jubilatów, a także wiedzy o ich życiu oraz łączonych zazwyczaj karierach zawodowych i naukowych, mogą być przedmiotem refleksji i źródłem inspiracji każdego z nas. Tak jest także w przypadku księgi pamiątkowej opublikowanej w zeszłym roku z okazji jubileuszu doktora Andrzeja Tynela, wybitnego arbitra i radcy prawnego.

Ale nie tylko to jest wartością recenzowanej publikacji. Powinna ona stać się lekturą każdego adwokata i radcy prawnego, a nie tylko tych przedstawicieli obu zawodów, którzy prowadzą obsługę prawną przedsiębiorców, z natury rzeczy aktywnie uczestniczących w obrocie cywilnoprawnym, a tym samym stających przed potrzebą wyboru forum rozstrzygnięcia ewentualnych sporów z kontrahentami. Arbitraż i mediacja są bowiem przydatnymi, a na pewno wartymi rozważenia alternatywami dla każdego, kto jest stroną stosunku cywilnoprawnego, w którym ewentualny konflikt dotyczący

jego realizacji, tak w zakresie praw majątkowych, jak i niemajątkowych, mógłby być zakończony ugodą sądową.

W sferze relacji prywatnoprawnych wizja tradycyjnego rozstrzygnięcia sporów przed sądem powszechnym spotyka się współcześnie z alternatywą w postaci innych sposobów prawnie doniosłego rozwiązania możliwych konfliktów. Wśród owych alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów, które mogłyby być przedmiotem orzeczeń sądów państwowych, arbitraż i mediacja mają obecnie znaczenie podstawowe. Dlatego warto się im przyjrzeć podczas lektury ponad pięćdziesięciu artykułów poświęconych wybranym zagadnieniom postępowania polubownego i mediacji, ofiarowanych Jubilatowi przez grono jego przyjaciół i współpracowników. Objęta nimi rozległa problematyka przedstawiona została w sposób głęboko inspirujący przez wybitnych teoretyków i praktyków arbitrażu gospodarczego. Pozwala nie tylko pogłębić wiedzę dotyczącą sądownictwa polubownego i postępowania mediacyjnego, ale także w należyty sposób ocenić ich walory.

Rozległość tematyki rozpraw dedykowanych doktorowi Andrzejowi Tynelowi, skoncentrowanych jednak na zagadnieniach będących przedmiotem pięćdziesięcioletnich zainteresowań zawodowych i naukowych Jubilata, jest niewątpliwym atutem recenzowanej książki. Pozwala prześledzić problemy dotyczące sądownictwa polubownego i mediacji, a w tym statusu, roli i obowiązków arbitra i mediatora, klauzuli arbitrażowej i zakresu związania nią innych podmiotów, umowy o mediację, postępowania sądowego i mediacyjnego, zakresu rozstrzyganych sporów i konfliktów, roli pełnomocnika w postępowaniu przed sądem polubownym, arbitrażu instytucjonalnego i arbitrażu *ad hoc*, a także kontroli orzeczeń arbitrażowych.

Różnorodność tematyki poszczególnych rozpraw i sposobów ich przedstawienia oraz mnogość stylów pisarskich i metod prezentacji materiału powoduje, że lektura tej *Księgi* jest pożyteczna, inspirująca i po prostu przyjemna, a przez to godna polecenia.

Wart podkreślenia jest fakt, że wśród autorów jest wielu naszych kolegów adwokatów, a wśród nich adwokat Maciej Łaszczuk, który szczególnie przyczynił się do powstania *Księgi* jako przewodniczący jej komitetu redakcyjnego.

Zbigniew Banaszczyk

**Marek Antoni Nowicki**

*Wokół Konwencji Europejskiej.*

*Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*

Wyd. 6, Warszawa: Wolters Kluwer 2013, ss. 1196.

W serii wydawniczej *Praktyczne Komentarze Lex* ukazało się szóste, uaktualnione wydanie *Komentarza do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* autorstwa wybitnego specjalisty w dziedzinie praw człowieka adwokata Marka Antoniego Nowickiego.

Komentarz stanowi cenną pomoc dla profesjonalistów występujących w roli pełnomocników skarżących przed Trybunałem w Strasburgu, prawników i studentów prawa, a także służyć będzie każdemu, kto chce zrozumieć i poznać strasburski mechanizm ochrony praw człowieka. Co warte podkreślenia – prawo do skargi indywidualnej stanowi filar tego systemu.

Marek Antoni Nowicki, wieloletni członek Europejskiej Komisji Praw Człowieka, przedstawia w publikacji bogaty dorobek orzeczniczy Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Trybunału Praw Człowieka. Dodatkową wartością publikacji jest stan prawny na dzień 1 stycznia 2013 roku.

Pierwsza część *Komentarza* poświęcona jest mechanizmowi kontrolnemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Autor w ujęciu historycznym opisuje najważniejsze reformy Konwencji, ze szczególnym uwzględnieniem najnowszych zmian w sposobie rozpatrywania skarg przez Trybunał oraz tych planowanych, będących przedmiotem debaty na corocznych konferencjach przedstawicieli państw Rady Europy. Szczególnie ważną część publikacji stanowi rozdział dotyczący warunków dopuszczalności skargi. Książka przybliży m.in. prawo do skargi, właściwość Trybunału, procedurę przed Trybunałem, możliwość wystąpienia o pomoc prawną, polubownego zakończenia sprawy, zagadnienie stosowania środków tymczasowych oraz możliwość interwencji strony trzeciej. Opisuje także kwestie związane z wydawaniem wyroków, procedurę wyroku pilotażowego, pojęcie słusznego zadośćuczynienia oraz wykonywania wyroków. Autor poświęcił odrębny rozdział sprawom polskim rozpoznany przez Trybunał. Nadal wiele ze spraw dotyczy przewlekłości postępowania sądowego, nadmiernej długości tymczasowego aresztowania, złych warunków w aresztach i zakładach karnych, naruszenia prawa do poszanowania mienia, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, a także naruszenia prawa do swobody wypowiedzi.

W drugiej części *Komentarza*, na tle dorobku orzeczniczego Komisji i Trybunału, Marek Antoni Nowicki szczegółowo opisuje prawa i gwarancje zawarte w Konwencji i Protokołach dodatkowych.

Część trzecia *Komentarza* obejmuje teksty: Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Protokołów do Konwencji: nr 1, nr 4, nr 6, nr 7, nr 12, nr 13, oraz zmieniający system kontrolny Konwencji Protokół nr 14 wraz z aktualnym tekstem Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Aneksiem. Publikacja zawiera również tekst Porozumienia europejskiego w sprawie osób uczestniczących w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, wzór skargi oraz informację wyjaśniającą przeznaczoną dla osób wypełniających formularz skargi na podstawie art. 34 Konwencji, wraz z instrukcjami dotyczącymi praktyki w zakresie wniosków o środki tymczasowe, wszczęcia postępowania, argumentów pisemnych, wnoszenia roszczeń o słuszne zadośćuczynienie, zabezpieczonego składania dokumentów drogą elektroniczną oraz wniosków o zachowanie anonimowości.

Całość *Komentarza* uzupełnia wykaz składu sędziowskiego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (według stanu na 1 stycznia 2013 r.) oraz Sekcji IV Trybunału, w której rozpoznawana jest większość polskich spraw, a także wykaz publikacji książkowych Marka Antoniego Nowickiego na temat Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (w języku polskim). Praktyczny i ważny element publikacji stanowi indeks rzeczowy.

Książka, znana na rynku od wielu lat, z pewnością nadal będzie służyć pomocą w poznaniu i skutecznym korzystaniu ze strasburskiego mechanizmu dochodzenia ochrony praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji.

*Justyna Metelska*

# Sympozja, konferencje

## **Międzynarodowa konferencja pt. „Funkcjonowanie stałych sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych”, Nowy Tomyśl, 19 kwietnia 2013 r.**

19 kwietnia 2013 r. odbyła się w Nowym Tomyślu konferencja pt. „Funkcjonowanie stałych sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych”. Była to już kolejna z organizowanych corocznie przez Sąd Arbitrażowy przy Nowotomyskiej Izbie Gospodarczej konferencji z cyklu „Arbitraż i mediacja w teorii i praktyce”. Uczestniczyli w niej prezesi sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych, mediatorzy, arbitrzy, przedsiębiorcy, przedstawiciele izb gospodarczych, prawnicy, przedstawiciele władz, pracownicy naukowcy uniwersytetów przybyli z Europy i Azji. Obok Polski na konferencji reprezentowane były Rosja, Ukraina, Serbia, Niemcy, Francja, Uzbekistan, Gruzja, Łotwa i Litwa. Patronat honorowy nad konferencją objęli Starosta Nowotomyski Andrzej Wikoński i Przewodniczący Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Ryszard Kalisz.

Konferencja rozpoczęła się od podpisania porozumienia pomiędzy miastem Tarnopol na Ukrainie i Powiatem Nowotomyskim. W uroczystości tej uczestniczył Ambasador Nadzwyczajny i Pełnomocny Ukrainy w Polsce Markijan Malskyj. Partnerami współpracującymi przy organizacji konferencji byli: Polskie Stowarzyszenie Arbitrażu i Mediacji, Polsko-Niemiecka Izba Przemysłowo-Handlowa, Polsko-Kazachstańska Izba Handlowo-Przemysłowa, Polsko-Ukraińska Izba Gospodarcza, Izba Przemysłowo-Handlowa we Lwowie (Ukraina), Sąd Polubowny przy Izbie Przemysłowo-Handlowej w Winnicy (Ukraina), Izba Przemysłowo Handlowa w Tarnopolu (Ukraina), Stały Sąd Polubowny przy JIAYPH we Lwowie (Ukraina) i Wydawnictwo Wolters Kluwer.

Prelegentami na konferencji byli: prof. dr hab Feliks Zedler z UAM w Poznaniu; Tadeusz Szewiola, sędzia Sądu Okręgowego we Wrocławiu; Katarzyna Zalas-Kamińska, mediator; Maria Ficak, prezes Sądu Polubownego ds. Rozwiązywania Sporów Gospodarczych przy Izbie Przemysłowo-Handlowej w Kaliningradzie, przewodnicząca Kolegium Mediatorów przy Izbie Przemysłowo-Handlowej w Kaliningradzie; Medea Demetrashvili, notariusz, Tbilisi; Ilze Mälmeistere, mediator; Monika Milosevic, dr, adiunkt na Wydziale Prawa w Union University w Belgradzie; Milos Milosevic, dr, adiunkt na Wydziale Prawa na Uniwersytecie w Belgradzie; Aleksandra Petrus Schmidt,

wiceprezes Polskiego Stowarzyszenia Arbitrażu i Mediacji w Poznaniu, arbiter Sądu Arbitrażowego przy Nowotomyskiej Izbie Gospodarczej, mediator; Krystian Mularczyk, radca prawny, arbiter i mediator, sekretarz redakcji kwartalnika ADR; Markian Malskyy, adwokat, partner w Kancelarii Arzinger w Kijowie; Yussuf Nazarov, prof. na Wydziale Prawa Krajowego Uniwersytetu w Taszkencie; Karol Zawisłak, adwokat, arbiter Sądu Arbitrażowego przy Nowotomyskiej Izbie Gospodarczej w Nowym Tomysłu; Mikhail Savranskyy, prof., Niezależna Izba Arbitrażowa Rosji w Moskwie, arbiter Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy Izbie Przemysłowo-Handlowej Rosji; Andrzej Kąkolecki, radca prawny, arbiter międzynarodowy; Karl Pörnbacher, partner w kancelarii Hogan Lovells, Monachium; Aleksander Kostenetskiy, prezes Sądu Polubownego przy Izbie Przemysłowo-Handlowej w Winnicy; Włodzimierz Brych, arbiter międzynarodowy, mediator, prezes Sądu Arbitrażowego przy Nowotomyskiej Izbie Gospodarczej, prezes Polskiego Stowarzyszenia Arbitrażu i Mediacji; Maria Hauser-Morel, dr, radca prawny, Counsel ICC Court w Paryżu; Routh Mosh, członek Komitetu Wykonawczego Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego (DIS) w Koloni; Vytautas Nekrošius, prof. dr hab., prezes Wileńskiego Sądu Arbitrażowego (VCCA); Igor Dutka, dyrektor Oddziału Zachodniego Izby Arbitrażowej we Lwowie.

Moderatorami poszczególnych paneli byli uznani specjaliści z zakresu arbitrażu i mediacji, a mianowicie: Joachim Hilla, radca prawny, Rechtsanwalt, arbiter międzynarodowy, Frankfurt n. Menem, Agnieszka Rękas, Społeczna Rada ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości, Andrzej Szumański, adwokat, arbiter międzynarodowy, profesor w Katedrze Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie oraz Piotr Nowaczyk, adwokat, arbiter międzynarodowy, przedstawiciel RP przy ICC w Paryżu, partner w kancelarii DENTONS w Warszawie.

Podsumowania konferencji dokonał Włodzimierz Brych, który zwrócił się do uczestników o wystąpienie z apelem do Komisji Europejskiej o jak najszybsze podpisanie z Ukrainą umowy stowarzyszeniowej z Unią Europejską. Inicjatywa ta spotkała się z uznaniem uczestników konferencji. Warto nadmienić, że w tegorocznej imprezie uczestniczyło blisko 180 osób.

*Włodzimierz Brych*



# Kronika adwokatury

## Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

### I. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 9 KWIETNIA 2013 R.

Prezydium NRA podjęło uchwały o przyznaniu odznaczenia „Adwokatura Zasłużonym” pośmiertnie aktorowi Jerzemu Nowakowi (nr 104/2013) i prof. Tadeuszowi Malakowi (nr 105/2013) za reżyserię i kreację aktorską w spektaklu *Ja jestem Żyd z „Wesela”*.

Adwokat Magdalena Fertak przedstawiła założenia dotyczące wyjazdu delegacji NRA do Kazachstanu, który nastąpi dniami 20–30 kwietnia br.

Adwokat Rafał Dębowski omówił sprawę legitymacji adwokackich dla prawników zagranicznych. Sprawa ta jest na etapie wstępnym i będzie przez niego kontynuowana z upoważnienia Prezydium NRA.

Prezydium NRA w głosowaniu tajnym podjęło uchwały merytoryczne w sprawach osobowych. W obszernym sprawozdaniu sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko zreferował problematykę z działalności ORA wynikającą z protokołów z posiedzeń: w Białymstoku, Bielsku-Białej, Częstochowie (3 protokoły), Gdańsku, Katowicach, Kielcach (2 protokoły), Koszalinie (2 protokoły), Lublinie, Łodzi, Olsztynie, Opolu, Poznaniu, Radomiu, Rzeszowie, Siedlcach (2 protokoły), Szczecinie, Toruniu (2 protokoły), Wałbrzychu, Warszawie (2 protokoły), Wrocławiu, Zielonej Górze (3 protokoły).

Prezydium NRA uchwałą nr 106/2013 uchyliło pkt 2 uchwały nr 6/2013 ORA w Płocku z 14 lutego 2013 r. w sprawie wysokości składki na fundusz inwestycyjno-remontowy od adwokata wykonującego zawód.

Adwokat Krzysztof Boszko przedstawił stanowisko związane z zachowaniem jednego z członków delegacji. Prezydium NRA zaakceptowało wniosek o przesłanie do ORA w Katowicach kompletu dokumentów dotyczących tej sprawy.

Prezydium NRA na wniosek adw. Krzysztofa Boszko w 3. rocznicę katastrofy smoleńskiej podjęło uchwałę nr 107/2013, w której uczczono pamięć adwokatów: śp. śp. Joanny Agackiej-Indeckiej, Stanisława Mikke, Jolanty Szymanek-Deresz, Stanisława Zająca.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko odczytał pismo nieobecnej na posiedzeniu adw. dr M. Strus-Wołos, w którym wniosła o zmianę zapisów w budżecie, poprzez zmniejszenie budżetu Komisji ds. Wizerunku Zewnętrznego i Działalności Pro Bono oraz zgłosiła

rezygnację z Komitetu Honorowego 95-lecia Adwokatury Polskiej. Decyzję w tych sprawach przełożono na kolejne posiedzenie Prezydium NRA.

Adwokat Małgorzata Gruszecka zreferowała wstępną wersję planu szkoleń aplikantów adwokackich, który jest istotnym zadaniem dla samorządu adwokackiego. Odpowiednia prezentacja szkoleń aplikanckich ma zostać przedstawiona Ministerstwu Sprawiedliwości. Adwokat M. Gruszecka złożyła informację na temat przeprowadzonych egzaminów adwokackich w Szczecinie i Gdańsku, a także na temat projektu rozporządzenia ministra sprawiedliwości dotyczącego wysokości opłaty za aplikację adwokacką (3,1-krotności minimalnego wynagrodzenia za pracę). Zaproponowała, aby projekt MS został zaakceptowany i przesłany do akceptacji ORA. Według jej oceny projekt ten pozwala na racjonalne wykonanie planu szkolenia i jego założeń przez wszystkie izby.

Prezydium NRA zaakceptowało wnioski o dofinansowanie kilku inicjatyw związanych z wydarzeniami o charakterze naukowym i sportowym.

Wiceprezes NRA adw. Zenon Marciniak przekazał informacje na temat kampanii medialnej radców prawnych dotyczącej przyznania uprawnień do obron w sprawach karnych.

Adwokat K. Boszko z kolei referował stanowisko adw. dr M. Strus-Wołos w tej sprawie, z konkluzją, że jej zdaniem zaprzestanie przez samorząd adwokacki kampanii przeciwko tej akcji jest sprzeczne z interesem społecznym.

Prezydium delegowało adw. Macieja Łaszczuka na posiedzenie CCBE, adw. dr Małgorzatę Kożuch i adw. Marcina Radwana-Röhrenshefa na posiedzenie IBA oraz adw. adw. Mirosławę Pietkiewicz i Ewę Krasowską na konferencje naukowe związane z ochroną praw dziecka i prawa do prywatności, adw. Andrzeja Siemińskiego na konferencję kierowników szkoleń adwokackich.

## II. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 10 MAJA 2013 R.

Prezydium NRA w głosowaniu tajnym podjęło uchwały merytoryczne w 14 sprawach osobowych.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko zreferował problematykę ORA w: Białymstoku, Częstochowie, Gdańsku, Katowicach, Lublinie, Łodzi (2 protokoły), Opolu (2 protokoły), Poznaniu, Radomiu (2 protokoły), Szczecinie (2 protokoły), Warszawie, Wrocławiu, Zielonej Górze.

Spośród kwestii przedstawionych w omawianych protokołach okręgowych rad adwokackich odnotować należy, że:

– ORA w Łodzi w ramach promocji Adwokatury postanowiła publikować na łamach prasy lokalnej przynajmniej trzy razy w roku listę adwokatów, sponsorowane wywiady oraz okresowe zawiadomienia o rozpoczęciu praktyki przez adwokatów wpisanych na listę adwokacką,

– ORA w Łodzi planuje też wraz z przedstawicielami Teatru im. Stefana Jaracza przygotować happening, który ma zwrócić uwagę na negatywne skutki związane z deregulacją (protokół ORA w Łodzi z 26 lutego 2013 r.),

– ORA w Opolu zleciła zorganizowanie kursu z prawniczego języka angielskiego dla aplikantów adwokackich i postanowiła pokryć związane z tym koszty. Ponadto Rada ta objęła patronatem konkurs wiedzy ekonomicznej dla gimnazjalistów i uczniów szkół

średnich, zorganizowany przez kilka placówek banków spółdzielczych (protokół ORA w Opolu z 26 lutego 2013 r.),

– Rada w drodze uchwały przyjęła pogląd, że niezdanie egzaminu adwokackiego po ukończeniu trzyletniej aplikacji adwokackiej nie stanowi samoistnej podstawy do skreślenia z listy aplikantów, chyba że nastąpi to z innych przyczyn w trybie przewidzianym prawem (protokół ORA w Opolu z 26 marca 2013 r.),

– ORA we Wrocławiu udzieliła Wrocławskiemu Stowarzyszeniu Przyjaciół Dzieci Niewidomych wsparcia finansowego na organizację turnusu rehabilitacyjnego, który odbędzie się latem w Jastrzębiej Górze (protokół ORA we Wrocławiu z 28 marca 2013 r.).

Wiceprezes adw. Jacek Trela przedstawił informacje dotyczące prac nad ustawą deregulacyjną w Senacie RP i Sejmie RP. W Senacie odbyły się wspólne posiedzenia trzech komisji, a dyskusja obejmowała ogólne założenia ustawy i szczegółowe rozwiązania dotyczące niektórych zawodów. Przedstawiciele Adwokatury postulowali, aby wydłużyć skrócone przez Sejm okresy potrzebnej praktyki zawodowej. Była też mowa o statusie aplikanta, który powinien przysługiwać przez 12 miesięcy od daty ukończenia aplikacji. Nad nowelizacją k.p.k. obradowała podkomisja, której przewodniczył poseł Jerzy Kozdroń. Przyjęła ona modelowe rozwiązanie, według którego radcowie prawni powinni otrzymać uprawnienia do obron w sprawach karnych. Przyjęcie bardziej szczegółowych rozwiązań wymagać będzie zmiany w ustawie o radcach prawnych. Wersja ta, która ma duże szanse na uwzględnienie, mówi, że radca prawny posiadający uprawnienia do obron w sprawach karnych nie może pozostawać w stosunku pracy. Do dyskusji na ten temat nie włączyli się jeszcze przedstawiciele Prokuratury, która jest przeciwko projektowi omawianych zmian w k.p.k. Prezes NRA adw. A. Zwara zwrócił uwagę, że proponowane przepisy w sprawie uprawnień radców prawnych do prowadzenia spraw karnych zostały wprowadzone decyzją polityczną Rady Ministrów i zmian tych nie popiera Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego. Adw. Jacek Trela przedstawił również informację dotyczącą prac nad poselskim projektem ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym w zawodach prawniczych. Pierwszy projekt, złożony w lutym br., został wycofany między innymi wobec krytycznego stanowiska Adwokatury. Obecnie wrócił, po pewnych modyfikacjach, jako druk sejmowy 1202. NRA złożyła krytyczną opinię w sprawie tego projektu, kładąc akcent na niezgodność proponowanych rozwiązań z Konstytucją RP oraz na bardzo znaczny wzrost kosztów postępowania dyscyplinarnego. Mimo krytycznych stanowisk różnych środowisk projekt ten zyskał poparcie wśród członków klubów parlamentarnych.

Adwokat Rafał Dębowski poinformował o projekcie ustawy nowelizującej k.p.c., w którym zostały uwzględnione poprawki zgłoszone przez NRA, polegające na tym, że strona inicjująca postępowanie nie będzie musiała wskazywać w pozwie numeru PESEL, a także że nie będzie karanie pełnomocników za błędne wskazanie danych. Ponadto przedstawił informację dotyczącą prac nad informatyzacją. Przygotowane są schematy decyzyjne, które umożliwią funkcjonowanie na poziomie wszystkich izb i poziomie NRA. Poinformował, że zgodnie z nowymi przepisami Adwokatura zobowiązana została do używania plików *cookies* na swoich stronach internetowych. Również poinformował, że podjął rozmowy z przedstawicielami PWPW w sprawie legitymacji adwokackich.

W związku z upływem kadencji części członków Rady Naukowej OBA (prof. Piotra

Kardasa i prof. Jacka Giezka) na wniosek dyrektora OBA prof. Piotra Kruszyńskiego Prezydium NRA podjęło następujące uchwały:

- o powołaniu w skład rady naukowej Ośrodka Badawczego Adwokatury: adw. dr. Szymona Pawelca na stanowisko wiceprezesa rady naukowej, na członków rady naukowej OBA adwokatów dr. hab. Sławomira Ciesłaka, dr Joannę Wyporską-Frankiewicz, adw. Jana Kuklewicza i adw. Romana Kusza (uchwała nr 108/2013),

- o odwołaniu adw. dr. Szymona Pawelca ze stanowiska zastępcy dyrektora Ośrodka Badawczego Adwokatury (uchwała nr 109/2013),

- o powołaniu adw. Jana Kuklewicza na stanowisko zastępcy dyrektora Ośrodka Badawczego Adwokatury (uchwała nr 110/2013).

Adwokat Małgorzata Gruszecka przedstawiła informację o pracach nad prezentacją dotyczącą programu aplikacji adwokackiej, która zostanie przedstawiona na posiedzeniu plenarnym NRA w czerwcu br.

Adwokat Krzysztof Komorowski przedstawił projekt sprawozdania z działalności Adwokatury za rok 2012, które zostanie złożone Prezydentowi RP. Prezydium NRA zatwierdziło ten projekt.

Adwokat dr M. Strus-Wołos poruszyła sprawę organizacji kolejnej edycji Dnia Bezpłatnych Porad Adwokackich w kontekście działań ministra sprawiedliwości, polegających na obniżaniu stawek adwokackich oraz o ewentualnym odwołaniu tej edycji. Prezydium NRA zdecydowało o umieszczeniu tej pozycji w porządku obrad najbliższego posiedzenia plenarnego NRA.

Prezydium NRA podjęło następujące decyzje o dofinansowaniu:

- organizacji konferencji poświęconej zmianom w k.p.k. z budżetu OBA (która odbędzie się 15 czerwca 2013 r. w Gdańsku),

- organizacji rajdu rowerowo-pieszego *Roztocze*,

- organizacji Dnia Adwokackiego na torze wyścigów konnych Służewiec w Warszawie,

- organizacji II edycji przeglądu Kina Prawniczego.

Ponadto Prezydium NRA:

- zaakceptowało koszty uczestnictwa w konferencji członków Komisji Kształcenia Aplikantów Adwokackich oraz koszty związane udziałem prelegentki Elżbiety Czyż w konferencji Komisji Praw Człowieka „Prawa dziecka – prawami człowieka”,

- nie uwzględniło wniosku o sfinansowanie publikacji *Powszechna historia prawa – wybór źródeł*,

- przedyskutowało preliminarz kosztów dotyczący szkoleń dla aplikantów w charakterze repetytoriów oraz podjęło kierunkową decyzję o nawiązaniu współpracy z Instytutem Allerhanda w zakresie programu stypendialnego dla młodych prawników.

Adwokat dr M. Strus-Wołos złożyła obszerną informację dotyczącą delegacji adwokackiej, która przebywała w Kazachstanie. Działania delegacji skupiły się wokół trzech problemów. Pierwszym z nich było nawiązanie kontaktu z tamtejszą adwokatą, która działa bez samorządu i jest podległa państwu. Z rozmów z kazachskimi adwokatami wynika, że licencję adwokata zdobywa się za łapówkę, a jeśli adwokat jest niepokorny wobec władzy, licencja ta jest mu odbierana. Rozmiar korupcji w wymiarze sprawiedliwości jest ogromny. Drugim zagadnieniem były spotkania z różnymi osobami na temat wolności słowa w Kazachstanie (referentka przedstawiła informacje

dotyczące represjonowania dziennikarzy i pracowników tamtejszych mediów). Trzeci problem dotyczył sytuacji więźniów politycznych. Delegacji przedstawiono kilka drastycznych spraw. Jedną z nich członkowie delegacji zgłosili do przedstawicieli Parlamentu Europejskiego oraz poprosili kazachskiego ombudsmana o interwencję w tej sprawie.

Delegacja spotkała się z daleko posuniętą życzliwością i pomocą ze strony Ambasador RP w Kazachstanie.

Członkowie delegacji zostali zaproszeni jako prelegenci na konferencję OBWE dotyczącą praw człowieka w Azji.

Prezydium NRA delegowało adw. Krzysztofa Boszko i adw. Krzysztofa Komorowskiego na szkolenie zawodowe Izby Adwokackiej w Białymstoku, a także adw. Krzysztofa Komorowskiego na konferencję naukową aplikantów adwokackich w Jastrzębiej Górze.

Na wniosek adw. dr M. Strus-Wołos Prezydium NRA powołało w skład Komitetu Honorowego obchodów 95-lecia Adwokatury Polskiej adw. Stanisława Kłyśa.

### III. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 21 MAJA 2013 R.

Po formalnościach wstępnych Prezydium w głosowaniu tajnym podjęło uchwały merytoryczne w sprawach osobowych.

Sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko omówił protokoły z posiedzeń ORA w: Bielsku-Białej, Częstochowie, Gdańsku, Łodzi, Radomiu, Wałbrzychu, Warszawie, Wrocławiu, a następnie omówił zgromadzenia izb w: Zielonej Górze, Krakowie.

Podczas zgromadzenia IA w Zielonej Górze adw. Małgorzata Gruszecka przekazała medale przyznane przez Ministra Sprawiedliwości adwokatom: Walerianowi Piotrowskiemu, Jerzemu Synowcowi i Jerzemu Wierchowiczowi.

Dziekanami zostali wybrani: w Krakowie adw. Paweł Gieras, w Zielonej Górze adw. Krzysztof Szymański.

Prezydium NRA powołało w skład Rady Naukowej OBA adw. Andrzeja Malickiego (uchwała nr 111/2013).

Adwokat Krzysztof Komorowski przedstawił informacje o bieżących pracach nad przygotowaniem sprawozdania kadencyjnego oraz stan wykonania uchwał Krajowego Zjazdu Adwokatury z 2010 r. Po przeprowadzeniu dyskusji nad informacją adw. Krzysztofa Komorowskiego Prezydium NRA postanowiło:

– zobowiązać Komisję Legislacyjną przy NRA do przygotowania wystąpienia do Ministra Sprawiedliwości w sprawie zmian przepisów procesowych dotyczących usprawiedliwienia przez adwokatów nieobecności z powodu choroby oraz uchylenia przepisów związanych z karaniem adwokatów porządkowymi karami pieniężnymi,

– zobowiązać Komisję ds. Etyki do przygotowania stanowiska co do uregulowania rozliczeń finansowych pomiędzy adwokatem a klientem w przypadku rozwiązania pełnomocnictwa.

Prezydium NRA przyjęło do wiadomości informację złożoną przez wiceprezesa adw. Zenona Marciniaka w przedmiocie kosztów remontu biura NRA.

Prezydium NRA postanowiło dofinansować:

– wydanie książki *Historia Adwokatury Polskiej na Śląsku Opolskim – 60 lat Izby Adwokackiej w Opolu*,

– organizację XXIII ogólnopolskiego rejsu adwokackiego im. adw. Marii Budzanowskiej,

– zakup upominków związanych z delegacją adwokatów w Kazachstanie.

Adwokat dr Monika Strus-Wołos poinformowała o przebiegu konferencji prasowej związanej z wyjazdem delegacji adwokatów do Kazachstanu.

Prezes A. Zwara wskazał, że mimo głosów krytycznych niektórych kolegów nie można podważać wartości misji adwokackich, takich jak wyjazd do Gruzji i Kazachstanu.

Podniesiono, że istnieje potrzeba opracowania i wydania zbioru przepisów wewnętrznych Adwokatury.

Uchwałą nr 112/2013 Prezydium NRA przyznało odznakę „Adwokatura Zasłużonym” adwokatom: Danucie Byrskiej, Wieńczysławowi Grzybowi (na wniosek ORA w Białymstoku-Białej), Pawłowi Policiewiczowi, Halinie Elżbiecie Rytczak, Markowi Franciszkowi Szczygielskiemu (na wniosek ORA w Płocku), Markowi Marianowi Koszkowi i Tomaszowi Stanisławowi Burdzie (na wniosek ORA w Radomiu).

#### POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 4 CZERWCA 2013 R.

Prezydium NRA w głosowaniu tajnym podjęło uchwały merytoryczne w sprawach osobowych.

Sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko zreferował protokoły z posiedzeń ORA w: Białymstoku, Katowicach, Krakowie, Lublinie, Łodzi, Płocku, Szczecinie, Toruniu, Warszawie (2 protokoły), Zielonej Górze. Na tle referatu adw. Krzysztofa Boszko należy wskazać na stanowisko ORA w Warszawie o powołaniu Komisji Badań i Rozwoju, która będzie współpracowała z Fundacją Forum Obywatelskiego Rozwoju prof. Leszka Balcerowicza oraz na dyskusję przeprowadzoną pomiędzy członkami Prezydium NRA (adw. dr Monika Strus-Wołos, adw. Andrzej Zwara, adw. Jacek Trela, adw. Krzysztof Boszko) na temat projektu rozporządzenia ministra sprawiedliwości o stawkach adwokackich. Poinformowano, że adw. Rafał Dębowski prowadzi wśród adwokatów badania ankietowe, z których wynika, że 56% osób opowiada się za projektem rozdzielenia stawek z urzędu i wyboru oraz pozostawieniem stawek urzędowych na tym samym poziomie z uwagi na sytuację gospodarczą kraju. W tej sprawie odpowiednią decyzję powinna podjąć NRA.

ORA w Warszawie podjęła również uchwałę, w której wyraziła troskę o wizerunek Adwokatury w Internecie. Z protokołu ORA w Szczecinie wynika, że egzamin adwokacki zdało jedynie 38% przystępujących do egzaminu.

W wyniku przeprowadzonych wyborów w czterech izbach dziekanami zostali wybrani: w Radomiu adw. Borysław Szlanta, w Krakowie adw. Paweł Gieras, w Zielonej Górze adw. Krzysztof Szymański, we Wrocławiu adw. Andrzej Grabiński.

Adwokat dr Monika Strus-Wołos, członek Prezydium NRA, jako delegat na Krajowy Zjazd Adwokatury uzyskała niemal 100% głosów.

Na wniosek Okręgowej Rady Adwokackiej w Białymstoku Prezydium NRA uchwałą nr 114/2013 przyznało odznaczenia „Adwokatura Zasłużonym”: adw. dr Agnieszce Zemke-Góreckiej, na wniosek Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu adw. Jerzemu Marcinowi Majewskiemu.

Na wniosek redaktora naczelnego „Palestry” adw. Czesława Jaworskiego Prezydium NRA powołało w skład kolegium redakcyjnego „Palestry” adw. Jana Kuklewicza (uchwała nr 113/2013).



Wiceprezes NRA adw. Jacek Trela przedstawił informację o pracach nad przygotowaniem sprawozdania z działalności NRA w bieżącej kadencji.

Adwokat Jacek Trela złożył obszerną informację na temat prac nad nowelizacją k.p.k. Zakończyła swoje prace podkomisja kierowana przez posła RP Jerzego Kozdrońia, a projekt opracowany przez tę komisję przesłany został do Komisji Nadzwyczajnej ds. zmian w kodyfikacjach, kierowanej przez posła RP Krzysztofa Kwiatkowskiego. Według projektu radcowie prawni mogą sprawować obrony w sprawach karnych wtedy, gdy wykonują zawód w formie kancelarii, na podstawie umowy cywilnoprawnej bądź w spółce, pod warunkiem że nie pozostają w zatrudnieniu z innymi podmiotami.

W związku ze stanowiskiem podkomisji przedstawiciele Adwokatury podjęli działania w kierownictwie Ministerstwa Sprawiedliwości, zmierzające do tego, aby przepisy wyraźnie określały bezwzględny zakaz zatrudniania radców prawnych. Połowa z nich łączy pracę w kancelarii z pracą w innym miejscu i wobec tego konieczne jest wyeliminowanie ryzyka, aby osoby nieuprawnione do prowadzenia obron nie wykorzystywały mało precyzyjnych przepisów. Odpowiednie stanowisko w tej sprawie przygotowują członkowie Komisji Legislacyjnej przy NRA, albowiem Adwokatura niezmiennie stoi na stanowisku, że radca prawny pozostający w stosunku zatrudnienia, nie powinien zajmować się obronami w sprawach karnych.

Na wniosek adw. J. Treli Prezydium NRA upoważniło adw. Jerzego M. Majewskiego do podejmowania działań lobbingsowych w sprawie omawianego rządowego projektu ustawy oraz w sprawie poselskiego projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze; chodzi o odrzucenie tego projektu.

Wiceprezes NRA adw. J. Trela oraz prezes NRA adw. A. Zwara zwrócili w dyskusji uwagę, że tak w Sejmie, jak i w Senacie toczą się rozmowy na temat przyznania komornikom sądowym prawa wpisania się na listę adwokacką po trzech latach praktyki bez egzaminu adwokackiego. W związku z tym, że przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości zajmują różne stanowisko w tej kwestii, Prezydium NRA postanowiło wystąpić z odpowiednim pismem do Ministra Sprawiedliwości.

Adwokat dr Monika Strus-Wołos poinformowała, że członkowie delegacji do Kazachstanu zostali zaproszeni do prezentacji swojego raportu na forum Parlamentu Europejskiego w dniach 18–21 czerwca 2013 r.

Prezydium upoważniło adw. dr Monikę Strus-Wołos do podjęcia rozmów z tureckimi adwokatami na temat sytuacji adwokatów w Turcji przy prowadzeniu obron politycznych. Prezes NRA adw. Andrzej Zwara poinformował, że na ten temat rozmawiał z przedstawicielami Stambulskiej Rady Adwokackiej. Prezes NRA adw. A. Zwara przypomniał, że międzynarodowe organizacje adwokackie, takie jak IBA, CCBE i UIA, są obserwatorami rozpraw sądowych i podejmują odpowiednie interwencje u władz tureckich.

W związku ze 160. rocznicą urodzin adw. Cezarego Ponikowskiego, pierwszego prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej w odrodzonej Polsce, Prezydium NRA postanowiło dokonać renowacji nagrobka oraz zamówić mszę świętą w dniu 27 sierpnia br.

*Andrzej Bąkowski*

## Przegląd wydarzeń: marzec–maj 2013

Osobowy stan adwokatury powiększył się o prawie dwa tysiące nowych członków. Do egzaminu adwokackiego, który odbył się w dniach 19–22 marca br., przystąpiło 2586 osób, zdało 1927, czyli 74,4%. Tym samym liczba adwokatów czynnych zawodowo wzrosła do 12,5 tys.

\*

16 marca w Toruniu odbyło się posiedzenie plenarne Naczelnej Rady Adwokackiej. NRA przyjęła uchwałę negatywnie oceniającą pierwotny projekt zmian Kodeksu postępowania cywilnego (druk sejmowy nr 988) w zakresie penalizacji nieprawidłowego oznaczenia adresu zamieszkania lub siedziby stron. NRA przyjęła również uchwałę zmieniającą regulamin konkursów krasomówczych dla aplikantów adwokackich. Podczas posiedzenia powołano zespół, który opracuje dokument dotyczący walki z nieuczciwą konkurencją. Ponadto przyjęto uchwałę w sprawie odznaki adwokackiej oraz sprawozdanie finansowe za rok 2012 i budżet NRA na rok 2013.

\*

26 marca w Centrum Prasowym PAP odbyło się wręczenie statuetki Złotej Wagi, przyznawanej dziennikarzom przez Naczelną Radę Adwokacką. W tym roku NRA postanowiła wyróżnić red. Piotra Pytlakowskiego za rzetelne dziennikarstwo w służbie praworządności oraz za wytrwałość w dążeniu do odkrywania prawdy.

\*

Już po raz trzeci przedstawiciele Adwokatury polskiej spotkali się z delegacją adwokatów z Izraela. Spotkanie odbyło się 9 kwietnia w siedzibie ORA w Warszawie.

\*

W dniach 19–21 kwietnia 2013 r. odbyła się w Kazimierzu Dolnym Konferencja Kierowników Szkolenia Aplikantów Adwokackich. Uczestnicy dyskutowali nad modelem kształcenia aplikantów. Omawiali także kwestie związane z realizacją nowych, obowiązujących od stycznia 2012 r. regulaminów, a także założenia programowe aplikacji adwokackiej. Wskazano na potrzebę wprowadzenia korekt w regulaminie konkursu krasomówczego aplikantów adwokackich.

\*

W dniach 21–29 kwietnia na prośbę fundacji Otwarty Dialog polscy adwokaci wzięli udział w misji w Kazachstanie. Delegacja Adwokatury w składzie: adw. dr Monika Strus-Wołos – szefowa misji, adw. Magdalena Fertak, adw. Justyna Mazur, adw. Wojciech Mądrzycki oraz adw. Jacek Świeca, odbyła szereg spotkań, podczas których zapoznała się z obecnym stanem wymiaru sprawiedliwości, w tym adwokatury kazachstańskiej, oraz z sytuacją więźniów politycznych i opozycyjnych mediów. Wnioski, jakie wynikają z tych spotkań, to m.in. to, że w Kazachstanie opozycjoniści i niezależni dziennikarze są prześladowani, że podczas przesłuchań dochodzi też do torturowania zatrzymanych opozycjonistów, że w wymiarze sprawiedliwości przepisy prawne nie są respektowane, że często dochodzi do sytuacji korupcyjnych.

\*

O godności i prawach dziecka dyskutowali uczestnicy konferencji „Prawa dziecka prawami człowieka” zorganizowanej przez Komisję Praw Człowieka przy NRA, która odbyła się 27 kwietnia w Gdańsku. Wśród prelegentów znaleźli się byli rzecznicy praw dziecka – dr Paweł Jaros i prof. SWPS Marek Piechowiak, a ponadto prof. Monika Płatek z Uniwersytetu Warszawskiego oraz dr Wojciech Wiewiórowski, prezes GIODO.

\*

16 maja w ORA w Warszawie odbyła się konferencja pt. „Współczesne problemy Adwokatury: spojrzenie polsko-francuskie”. Polscy adwokaci wymienili się z kolegami z Francji doświadczeniem i dyskutowali o zasadach wykonywania zawodu w obydwu krajach. Adwokat Christiane Féral-Schuhl, dziekan Paryskiej Rady Adwokackiej, zaprosiła na podobne spotkanie w 2014 roku do Paryża.

\*

Prawa do ochrony prywatności dotyczyła Ogólnopolska Konferencja Naukowa Aplikantów Adwokackich, która miała miejsce w dniach 17–19 maja 2013 r. w Jastrzębiej Górze. Aplikanci zaprezentowali różne aspekty prawa do prywatności – od tajemnicy bankowej, przez ochronę danych osobowych, orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, po prawo do prywatności w postępowaniu podatkowym.

\*

Prezes NRA adw. Andrzej Zwara w odpowiedzi na zaproszenie prezesa Adwokatury Tureckiej wyraził solidarność Adwokatury Polskiej z adwokatami tureckimi wobec stosowanych względem nich nacisków ze strony władzy publicznej oraz podniósł, że niezależność i autonomia Adwokatury stanowią podstawowe standardy demokracji i państwa prawnego oraz powinny być przestrzegane przez każdą władzę publiczną.

\*

W związku ze skreśleniem z listy adwokatów w Azerbejdżanie adw. Aslana Ismayilova (jak wynika z doniesień prasowych z powodów politycznych) Komisja Praw Człowieka przy NRA wystosowała do Ambasadora Republiki Azerbejdżanu w Polsce pismo, w którym wyraziła zaniepokojenie w związku z tą decyzją oraz zaapelowała o przywrócenie adw. Aslanowi Ismayilowi prawa do wykonywania zawodu.

\*

„Dziennik Gazeta Prawna” przyznał tradycyjnie nagrody Złoty Paragraf. Laureatami tej nagrody zostali: adw. prof. Piotr Kardas, Pierwszy Prezes SN Stanisław Dąbrowski, sędzia TK Teresa Liszcz, prof. dr hab. Marek Wierzbowski oraz prokurator Bogdan Szegda. Nagrodę Bona Lex dla najlepszego rozwiązania legislacyjnego w 2012 roku przyznano Ministerstwu Pracy i Polityki Społecznej za ustawę emerytalną.

\*

Spektakl *Sen nocy letniej* w nietypowej obsadzie można było zobaczyć 6 kwietnia w Teatrze Polskim w Warszawie. Wystąpili w nim więźniowie z Zakładu Karnego w Opolu Lubelskim. Honorowy patronat nad tym spektaklem objęli: Prezydent RP Bronisław Komorowski oraz Minister Sprawiedliwości Jarosław Gowin. Naczelna Rada Adwokacka była sponsorem oraz inicjatorem pokazania sztuki w Warszawie.

*Joanna Sędek*

Szczegółowe relacje z powyższych wydarzeń znajdują się na stronie [www.adwokatura.pl](http://www.adwokatura.pl)

## **V Ogólnopolski Zlot Motocyklowy Adwokatów, III Ogólnopolski Rajd Rowerowo-Pieszny Adwokatów, Mikołajki, 23–26 maja 2013 r.**

Klub Motocyklowy Adwokatury Polskiej, Komisja Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki Naczelnej Rady Adwokackiej, ORA w Łodzi, ORA w Olsztynie byli organizatorami ogólnopolskiego rajdu adwokatów-motocyklistów oraz rajdu rowerowo-pieszego, który odbył się w Mikołajkach w dniach 23–26 maja 2013 r.

Uczestnicy zlotu motocyklowego i rajdu pieszo-rowerowego zwiedzali okolice Mikołajek, Kętrzyn, liczne zabytki sakralne Warmii i Mazur (Święta Lipka), Wilczy Szaniec (byłą kwaterę Adolfa Hitlera z czasów II wojny światowej).

Adwokaci wysłuchali wykładu sędziego Sądu Najwyższego dr. Dariusza Świeckiego poświęconego sporządzeniu i wnoszeniu apelacji przez obrońcę i pełnomocnika w postępowaniu karnym.

W tym roku w zlocie uczestniczyło 120 adwokatów, a także 30 adwokatów-motocyklistów.

Szczegółne podziękowania za wspierającą organizację rajdu należą się Klubowi Motocyklowemu Adwokatury Polskiej i Komandorowi KMAP adw. Jarosławowi Szczepaniakowi oraz współorganizatorom – Komisji Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu i Turystyki Naczelnej Rady Adwokackiej i jej przewodniczącemu – adw. Stanisławowi Estreichowi oraz Okręgowej Radzie Adwokackiej w Łodzi i jej dziekanowi – adw. Jarosławowi Zdzisławowi Szymańskiemu i Okręgowej Radzie Adwokackiej w Olsztynie, dziekanowi adw. Andrzejowi Kozielskiemu, jak również sponsorowi – Inchcape Motor Polska – Dealerowi BMW.

Klub Motocyklowy Adwokatury Polskiej zaprasza wszystkich adwokatów-motocyklistów do udziału w zlocie, który za rok odbędzie się w Wielkopolsce.

opracowano na podstawie sprawozdania  
apl. adw. *Bernarda Piechoty*

# Ośrodek Badawczy Adwokatury

## Wyniki ankiety dotyczącej sytuacji materialnej adwokatów-seniorów

W związku z istniejącą potrzebą informacji dotyczącej sytuacji materialnej adwokatów-emerytów Ośrodek Badawczy Adwokatury w marcu br. zwrócił się do Okręgowych Rad Adwokackich z prośbą o udzielenie odpowiedzi na krótką ankietę zawierającą następujące pytania:

1. Jaka jest liczba adwokatów-emerytów w Państwa Izbie?
2. Czy przy Izbie działa koło emerytów?
3. Czy organizują Państwo zajęcia dla adwokatów-emerytów?
4. Czy i jaką opieką Izba otacza adwokatów-emerytów?
5. Czy działa kasa zapomogowo-pożyczkowa lub inna forma pomocy finansowej dla adwokatów-emerytów?
6. Czy wśród seniorów są osoby w trudnej sytuacji materialnej i czy Izba wspiera je w jakikolwiek sposób?

Na ankietę odpowiedziały wszystkie, oprócz Okręgowej Rady Adwokackiej w Bydgoszczy, izby adwokackie. Poniżej przedstawiamy omówienie wyników ankiety.

Liczba adwokatów-emerytów w Polsce wynosi 995 osób (stan na 28 lutego 2013 r.). W poszczególnych izbach liczba adwokatów-emerytów jest bardzo różnorodna – od 6 (Okręgowa Rada Adwokacka w Bielsku-Białej) do 308 osób (Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie). Przy siedmiu izbach, których członkowie-emeryci stanowią grupę kilkudziesięciosobową, działają koła emerytów, które umożliwiają utrzymywanie kontaktów oraz wymianę doświadczeń: w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Krakowie (Konwent Seniorów), Lublinie, Łodzi, Olsztynie, Poznaniu, Warszawie (Koło Emerytów i Rencistów), Wrocławiu. Bardzo prężnie działa koło warszawskie – zapewnia zainteresowanym adwokatom-seniorom comiesięczne spotkania klubowe, spotkania świąteczne, wieczorki taneczne oraz wycieczki krajoznawcze.

Rady, w których nie działają koła emerytów, choć nie organizują zajęć-impresz przeznaczonych specjalnie dla emerytów, to zapraszają seniorów na wszystkie wydarzenia organizowane przez izbę: uroczystości samorządowe (ślubowania, zgromadzenia), szkolenia i sympozja, wydarzenia kulturalne (spotkania autorskie, koncerty), spotkania świąteczne i noworoczne.

Na pytanie, jaką opieką izby otaczają adwokatów-emerytów, wszystkie izby deklarują finansowe wsparcie – doraźne lub stałe. Dla przykładu ORA w Opolu wypłaca comiesięczne zapomogi w wysokości 160 zł dla 12 z 18 emerytów-członków Izby. W dwunastu radach działają Fundusze bądź Komisje Wzajemnej Pomocy, Fundusz Samopomocy Koleżeńskiej lub Pomocy Adwokatom-Emerytom, w ramach których, po rozpatrzeniu wniosków, pokrywane są ewentualne wydatki związane z pomocą finansową dla adwokatów-emerytów lub adwokatów, którzy z przyczyn losowych znaleźli się w trudnej sytuacji materialnej – zasiłki doraźne, zapomogi comiesięczne, zapomogi bezzwrotne oraz pożyczki.

Większość rad udziela stałego wsparcia finansowego kilku-kilkunastu potrzebującym oraz doraźnego wsparcia na podstawie składanych wniosków. Niekiedy rady przejawiają własne inicjatywy w opiece nad seniorami: Wielkopolska Izba Adwokacka stara się uzyskać informacje na temat seniorów, którzy potrzebują pomocy i wsparcia. W sytuacji kiedy seniorzy sami nie są w stanie zwrócić się o pomoc, Izba Adwokacka w Warszawie zatrudnia pracownika socjalnego, który rozeznaje potrzeby adwokatów-emerytów i rencistów. Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie od przeszło 40 lat zatrudnia lekarza, który 2 razy w tygodniu przyjmuje adwokatów w urządzonym i wyposażonym przez ORA gabinecie lekarskim, a gdy zachodzi taka konieczność, udaje się także na wizyty domowe.

Celem ankiety jest wprowadzenie jednolitych przepisów dotyczących sytuacji materialnej adwokatów-emerytów w całej Polsce. Motorem mobilizującym zajęcie się tematem sytuacji finansowej adwokatów-seniorów były niepokojące sygnały o ich sytuacji życiowej. W związku z powyższym w OBA została powołana Komisja, na czele której stoi dr adw. Monika Zbrojewska. Członkami natomiast są adw. Andrzej Bąkowski, adw. Agnieszka Jaskólska oraz adw. Piotr Nowakowski. Komisja, po wstępnych rozmowach i badaniach, przygotowała niniejszą informację. W najbliższym czasie ma zająć się opracowaniem przepisów regulujących status i sytuację adwokatów-emerytów. Wszystkie informacje będą publikowane w „Palestrze”.



# Z życia izb adwokackich

## Izba olsztyńska

### XXIII OGÓLNOPOLSKI REJS ADWOKACKI

#### IMIENIA ADWOKAT MARII BUDZANOWSKIEJ PO JEZIORAKU

W dniach 6–9 czerwca 2013 r. odbył się XXIII Ogólnopolski Rejs Adwokacki im. Adwokata Marii Budzanowskiej po Jezioraku. Patronat nad rejsem objęli: prezes NRA adw. Andrzej Zwara oraz przewodniczący Komisji Integracji Środowiskowej, Kultury, Sportu, Turystyki i Wypoczynku NRA adw. Stanisław Estreich. Pierwszy rejs odbył się w 1979 roku, a z obecnych tylko niżej podpisany był jego uczestnikiem. Jest to druga najstarsza impreza sportowa adwokatów (po mistrzostwach adwokatów w tenisie ziemnym).

W tym roku w rejsie udział wzięło 180 osób – adwokatów, aplikantów adwokackich, sędziów, prokuratorów i komorników sądowych. W rejsie płynęło 38 jednostek żeglarskich oraz 4 motorówki. Kapitanem największej jednostki był adw. Stanisław Estreich, który płynął wspólnie z małżonką oraz adw. Stanisławem Kłysem z Krakowa, dziekanem ORA w Rzeszowie adw. Władysławem Finiewiczem, dziekanem ORA w Kielcach adw. Jerzym Ziębą oraz adw. Stanisławem Nowickim z Lublina z małżonką.

Rejs rozpoczął się w Porcie 110 w Iławie. Po odprawie sterników uczestnicy rejsu udali się do Ośrodka Telewizji Polskiej w Sarnówku, gdzie odbyły się liczne spotkania sportowe. Mecz piłki nożnej, w którym zmierzyły się reprezentacje uczestników rejsu z „północy” i „południa” Polski, wygrała drużyna „południa”. Kapitanem drużyny był adw. Grzegorz Jaworski z Gliwic. Turniej tenisa stołowego wygrał radca prawny Sławomir Matczak z Olsztyna.

W drugim dniu rejsu odbył się pierwszy etap regat o Puchar Prezesa NRA (na trasie Sarnówek-Siemiany), drugi etap (na trasie Siemiany-Jażdźówki).

W ogólnej punktacji regat zwyciężyła załoga olsztyńska ze sternikiem adw. Jerzym Dobrzańskim z załogą: Urszulą Dobrzańską i dr. Bogdanem Kulą. Drugie miejsce zajęła załoga warszawska ze sternikiem Aleksandrem Woźnickim, trzecie załoga lubelska ze sternikiem Łukaszem Stefaniukiem, czwarte załoga z Iławy ze sternikiem Maciejem Skrzeczkowskim, piąte załoga jachtu „Świstak”, szóste załoga ze sternikiem Marią Grubą, siódme załoga krakowska ze sternikiem Arturem Latawcem, ósme załoga z Iławy i Warszawy Tomasz Nastaj i Luka Saranovic, dziewiąte załoga warszawska ze sternikiem Anisą Gnacikowską oraz dziesiąte Sławomir Matczak z załogą z Olsztyna.

Najwszechstronniejszym uczestnikiem rejsu został adw. Grzegorz Jaworski z Gliwic, a najsympatyczniejszą uczestniczką okazała się adw. Joanna Żmuda.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że aktywnie udział w rejsie i regatach wziął prezes NRA adw. Andrzej Zwara. Pomimo wielu możliwości wybrania sternika oraz łodzi powierzył swój los sternikowi adw. Anisie Gnacikowskiej z Warszawy, z którą bezpiecznie dopłynął do mety.

W regatach oprócz Prezesa NRA uczestniczyli: członkowie Prezydium NRA, adw. Ewa Krasowska oraz adw. Mirosława Pietkiewicz.

Na zakończenie rejsu przybyli: sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko oraz członek Prezydium NRA adw. dr Monika Strus-Wołos.

Tegoroczne zmagania żeglarskie zakończyły się Balem Dziekańsko-Komandorskim, podczas którego adw. A. Zwara i adw. S. Estreich wręczali puchary, dyplomy oraz nagrody ufundowane przez wydawnictwo C. H. Beck. Najmłodszą uczestniczką rejsu była 14-letnia Anna Kosmowska z Bydgoszczy. Została nagrodzona przez Prezesa NRA pucharem za najbardziej udany debiut w regatach.

Zdjęcia z regat dostępne są na stronie internetowej [www.rejsadwokacki.pl](http://www.rejsadwokacki.pl) (foto: Anita Czarniecka).

Organizatorzy serdecznie dziękują wszystkim za udział w tegorocznym rejsie po Jezioraku i zapraszają na rejs w przyszłym roku, który odbędzie się w dniach 29 maja –1 czerwca 2014 r.

*Andrzej Kozielski*

## Izba wrocławska

### WYBORY W IZBIE ADWOKACKIEJ WE WROCŁAWIU

W dniu 1 czerwca 2013 r. w Sali Audytorijnej Wrocławskiego Centrum Kongresowego we Wrocławiu odbyło się zgromadzenie sprawozdawczo-wyborcze Izby Adwokackiej we Wrocławiu.

Naczelną Radę Adwokacką reprezentowali prezes NRA adw. Andrzej Zwara, wiceprezesi NRA: adw. Zenon Marciniak i adw. Jacek Trela, sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko oraz członek NRA adw. Anna Ślęzak.

W Zgromadzeniu wzięli udział również zaproszeni goście, w tym m.in. prezes Wyższego Sądu Dyscyplinarnego adw. Jacek Ziobrowski, członek Wyższej Komisji Rewizyjnej adw. Jadwiga Banaszewska, wicedziekan Izby Adwokackiej w Katowicach adw. Henryk Stabla, prezes Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu SSA Andrzej Niedużak, przewodniczący II Wydziału Karnego Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu SSA Wojciech Kociubiński, prezes Zarządu Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia SSO Tadeusz Szewiōła, dziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych we Wrocławiu Barbara Kras, poseł na Sejm RP radca prawny Sławomir Piechota, duszpasterz prawników Archidiecezji Wrocławskiej ks. prałat Stanisław Pawlaczek i dyrektor Radia Rodzina ks. Cezary Chwilczyński.

Na funkcje jednoosobowe zostali wybrani: na dziekana adw. Andrzej Grabiński, na prezesa Sądu Dyscyplinarnego adw. Tadeusz Lewicki, na przewodniczącego Komisji Rewizyjnej adw. Grzegorz Buba.

Członkami ORA we Wrocławiu wybrani zostali adw. adw.: Jadwiga Banaszewska,

Maciej Eisermann, Jakub Gerus, Edward Gorzelańczyk, dr Olgierd Grodziński, Barbara Józefowicz-Olczyk, dr Jacek Kruk, Sławomir Krześ, Ewa Kubica-Milek, Piotr Migaj, dr Tomasz Razowski, Leszek Rojek, Jacek Wałęcki oraz Dariusz Wnuk.

Na zastępców członków Okręgowej Rady Adwokackiej we Wrocławiu wybrani zostali: adw. adw.: Magdalena Abrich, Krzysztof Bryłka, Aleksander Sikorski oraz Małgorzata Zorko.

Sędziami Sądu Dyscyplinarnego wybrani zostali adw. adw.: Anna Antosz-Wisniewska, Adam Bujacz, Krystyna Burska, Wirginia Czackowska-Jabłońska, Bartłomiej Czarny, Paweł Czyszowski, Aleksander Dorobanik, Tomasz Florczyk, Marcin Haško, Krystian Herbst, Karol Idzik, Sylwia Iwanicka, Izabella Liliana Jaworska-Jaremko, Renata Kolarska, Henryk Kożuch, Krzysztof Krawczyk, Dorota Kulicka-Mielczarek, Ewa Ładomirska-Kocik, Bogdana Słupska-Uczkiewicz, Ewa Sokalska, Grażyna Wołków, Małgorzata Zębala-Echchaoui oraz Agnieszka Zielińska.

Zastępcami członków Sądu Dyscyplinarnego wybrani zostali adw. adw.: Andrzej Nalepka, Radosław Wawrzczak oraz Tomasz Waszczyński.

Członkami Komisji Rewizyjnej wybrani zostali adw. adw.: Monika Berestecka, Mateusz Boznański, Krzysztof Kaźmierczak, Andrzej Kościukiewicz, Katarzyna Okonek-Kańczukowska oraz Mariusz Wysocki.

Zastępcami członków Komisji Rewizyjnej wybrani zostali adw. adw.: Dariusz Niedźwiedz oraz Małgorzata Potacka.

Delegatami na Krajowy Zjazd Adwokatury w Katowicach zostali wybrani adw. adw.: Jadwiga Banaszewska, Mateusz Boznański, dr Andrzej Bryłka, Maciej Eisermann, Mirosław Eulenfeld, Stanisław Godorowski, prof. dr hab. Jacek Giezek, Andrzej Grabiński, dr Olgierd Grodziński, Edward Gorzelańczyk, Barbara Józefowicz-Olczyk, Ewa Kubica-Milek, dr Jacek Kruk, Sławomir Krześ, Aleksandra Malicka, Andrzej Malicki, Piotr Migaj, Leszek Rojek, Anna Ślęzak, Dariusz Wnuk oraz Krzysztof Zuber.

Nowo wybrana Okręgowa Rada Adwokacka na swoim pierwszym posiedzeniu 12 czerwca 2013 r. wybrała Prezydium Rady w składzie:

Wicedziekan – adw. dr Jacek Kruk, wicedziekan – adw. Sławomir Krześ, sekretarz – adw. Leszek Rojek, zastępca sekretarza – adw. Jakub Gerus, skarbnik – adw. Piotr Migaj, rzecznik dyscyplinarny – adw. Edward Gorzelańczyk.

Przewodniczącą Zespołu Wizytatorów została wybrana adw. Ewa Kubica-Milek.

Kierownikiem Referatu Skarg i Wniosków został wybrany adw. Dariusz Wnuk oraz Zastępcą Kierownika Referatu Skarg i Wniosków adw. Jacek Wałęcki.

Kierowniczką Doskonalenia Zawodowego została wybrana adw. Jadwiga Banaszewska.

Kierowniczką Adwokackiej Pomocy Prawnej Świadczonej z Urzędu – adw. Barbara Józefowicz-Olczyk.

Kierownikiem Szkolenia Aplikantów Adwokackich został wybrany dziekan ORA we Wrocławiu adw. Andrzej Grabiński.

Na zastępców rzecznika dyscyplinarnego powołani zostali adw. adw.: Jacek Wałęcki, Urszula Leszczyńska, Marek Czuba, Jacek Mościcki, Daniel Maj, Ryszard Trusiewicz, Piotr Kacper Klimczewski oraz dr Olgierd Grodziński.

*Leszek Rojek*

## Ogłoszenie wyników Rankingu Kancelarii Prawniczych oraz konkursu Prawnik Pro Bono

W dniu 17 kwietnia 2013 r. w siedzibie „Rzeczpospolitej” odbyła się gala związana z ogłoszeniem wyników Rankingu Kancelarii Prawniczych 2013 oraz konkursu Prawnik Pro Bono. Nagrody wręczał minister sprawiedliwości dr Jarosław Gowin. W uroczystości udział wzięli także m.in. prof. Andrzej Rzepliński – prezes Trybunału Konstytucyjnego, adw. Andrzej Zwara – prezes NRA oraz Maciej Bobrowicz – prezes KRRP.

Dyplomy odbierali wspólnicy kancelarii wyróżnionych pod względem liczby zatrudnianych adwokatów i radców prawnych oraz prawników ogółem, kancelarii rekomendowanych w różnych dziedzinach prawa oraz specjaliści w tych dziedzinach. Kancelaria Leśnodorski, Ślusarek i Wspólnicy otrzymała nagrodę specjalną za wspieranie organizacji dobroczynnych. Po raz pierwszy sklasyfikowano firmy prawnicze pod względem ich aktywności w wiodących transakcjach na polskim rynku<sup>1</sup>.

Laureatką tegorocznego konkursu Prawnik Pro Bono została adw. Małgorzata Zielińska. Kancelarię prowadzi od 17 lat w Warszawie. Specjalizuje się w prawie handlowym, cywilnym i rodzinnym. Udziela porad *pro bono* oraz kształci młodych prawników pracujących jako wolontariusze. Pomagała w założeniu Fundacji „Nie biorę, chcę normalnie zarabiać”, promującej postawy antykorupcyjne wśród lekarzy. Prowadzi również obsługę prawną Stowarzyszenia Integracyjny Klub Sportowy AWE. W konkursie Prawnik Pro Bono wyróżnieni zostali również Lech Obara oraz Witold Klaus.

Komentując wręczenie nagrody w konkursie Prawnik Pro Bono, Prezes NRA powiedział m.in.: „Tym, którzy popierają i uczestniczą w akcjach *pro bono*, należą się podziękowania za budowanie moralności zawodowej, a zwycięzcom rankingu – za to, że dają nam szansę na wygraną w wyścigu konkurencyjnym ze światem zewnętrznym. To, czego świat prawniczy dokonał przez ostatnie dwie dekady, jest niebywałe”.

Adwokat Małgorzata Zielińska udzieliła wywiadu. Oto jego fragmenty:

*Jakie są pobudki, dzięki którym angażuje się Pani w działalność dobroczynną?*

Pobudki te są bez wątpienia wypadkową wielu różnych składników: wychowania, etosu zawodowego, przepisów prawa. To się nabywa z otoczenia, w którym jesteśmy, z przestrzeni, w której pracujemy. Zasadą działania adwokatury jest przede wszystkim udzielanie pomocy prawnej, a nie świadczenie usług prawniczych. Różnica pomiędzy

<sup>1</sup> Pełne wyniki rankingu zostały opublikowane w dodatku do gazety z 18 kwietnia 2013 r.

tymi dwoma sformułowaniami zawiera się już chociażby w art. 1 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze – „Adwokatura powołana jest do udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa”. Myślę, że na takie postawy składa się bardzo wiele motywacji, które są połączeniem cech ogólnoludzkich, wynikających ze zwykłej ludzkiej przyzwoitości, która jest oczywiście obudowana i wzmocniana innymi wartościami wynikającymi z edukacji szkolnej, z tradycji.

*Od 11 lat angażuje się Pani w działalność Fundacji Academia Iuris.*

Moja praca w Fundacji polega na spotykaniu się ze studentami i dzieleniu się swoją wiedzą. Za pośrednictwem tych młodych ludzi świadczymy pomoc prawną. Wiąże się to zarówno z ich rozwojem merytorycznym, jak i z budowaniem właściwych postaw zawodowych, etycznych, z rozumieniem roli prawnika, pełnomocnika, obrońcy. Najpiękniejsza jest obserwacja, jak nasi studenci się zmieniają.

*Na czym polegają te zmiany?*

Ludzie, zaczynając studia prawnicze, mają wyobrażenie, że zawód prawnika jest związany z wysokimi zarobkami. Wskazuje na to wiele badań. Nie ma w tym nic złego, że chcą zarabiać pieniądze i traktują swój zawód jako źródło utrzymania. Jednak w tych młodych ludziach, którzy przychodzą do Fundacji, zaczynają odzywać się również inne pobudki. Nagle przestają traktować zawód prawnika wyłącznie jako zawód służący pomnażaniu pieniędzy. Fundacja daje im możliwość spotkania się z tym pierwotnym, klasycznym rozumieniem zawodu prawnika, w tym adwokata – niesienie pomocy ludziom. Pomagamy studentom zrozumieć znaczenie deontologii i etyki zawodowej. Na początku są przekonani, że prawnik ma być sprytny, przebiegły i znaleźć jakąś sztuczkę, nie zawsze zgodną z zasadami. Przy tym ich intencje są oczywiście bardzo pozytywne, ale już planowane przez nich rozwiązania – błędne. Wielu z nich nie czuje związku pomiędzy doradztwem a etyką.

*Współpracuje Pani również ze Stowarzyszeniem Integracyjny Klub Sportowy AWF. Na czym polega ta współpraca?*

Na obsłudze prawnej bieżącej działalności Stowarzyszenia, konstruowaniu umów z uczestnikami, sponsorami, na prowadzeniu spraw sądowych z ramienia Stowarzyszenia. Sprawy te wiążą się głównie z pozyskiwaniem środków publicznych, z których Stowarzyszenie się utrzymuje. Niestety nie zawsze udaje się uzyskać fundusze w takiej wysokości, w jakiej są potrzebne, co rodzi różnego rodzaju problemy, które muszą być rozstrzygane w sądzie. Całe szczęście, Stowarzyszenie jest w nich powodem. Do tej pory sprawy załatwiane były z pozytywnym dla nas efektem. Zajmują się też działaniami prawnymi związanymi z organizacją różnego rodzaju przedsięwzięć.

*Mówi to Pani z ogromnym entuzjazmem.*

Bo jest to szalenie miła działalność. Również dlatego, że zarząd tego Stowarzyszenia posiada świadomość prawną, dostrzega potrzebę uczestniczenia prawnika w różnych aspektach swojej działalności. Konsultują ze mną swoje plany, zamierzenia. Pozwala mi to na samodzielne identyfikowanie problemów.

*Przy tej rozmowie sama znajduję receptę na długofalową aktywność społeczną. Jest nią po prostu pasja.*

Ma Pani rację. W swojej pracy, zarówno tej czysto zawodowej, jak i społecznej, mam okazję spotykać różnych ludzi, z którymi nawzajem dzielimy się pasją i zaangażowa-

niem. Ten kontakt przywraca do rzeczywistości. Jest to doskonały moment aby nadać właściwą rangę własnym problemom.

*Aleksandra Zalewska*

Pełny tekst wywiadu znajduje się na stronie  
<http://adwokatura.pl/?p=8454>

## **Przekazanie dokumentów dotyczących wołyńskiego ludobójstwa do zasobu Archiwum Akt Nowych, Warszawa, 28 maja 2013 r.**

Redakcja „Palestry” została zaproszona przez dyrektora AAN dr. Tadeusza Krawczaka na uroczystość przekazania archiwum prof. Wiktora Poliszczuka. Wieloletnia praca naukowo-badawcza prof. Wiktora Poliszczuka – dotycząca tragicznych wydarzeń na Wołyniu w czasie II wojny światowej – trafiła do zbiorów Archiwum Akt Nowych. Dokumenty przekazała wdowa Władysława Poliszczuk. W przekazanym do Archiwum zbiorze znajdują się:

- relacje żołnierzy OUN i UPA dotyczące rzezi wołyńskiej,
- unikatowe dokumenty dotyczące OUN i UPA z archiwów polskich i ukraińskich,
- korespondencja ze świadkami historii na temat stosunków polsko-ukraińskich.

Ponadto archiwum obejmuje: rękopisy i maszynopisy licznych opracowań, artykułów i książek Wiktora Poliszczuka, a także publikacje różnych autorów o tematyce ukraińskiej, wycinki z prasy zachodniej na temat stosunków polsko-ukraińskich, zbiór nagrań audio i wideo z wywiadów przeprowadzonych ze świadkami historii. W przekazanym do Archiwum zbiorze znajdują się również rodzinne pamiątki Wiktora Poliszczuka, dokumenty z okresu międzywojennego, w tym liczne fotografie, dokumenty osobiste, dyplomy i pamiątki. Zakres chronologiczny przekazanych Archiwum zbiorów obejmuje lata 1922–2008, a objętość dokumentacji to prawie 14 mb.

Badacz stosunków polsko-ukraińskich Wiktor Poliszczuk urodził się w 1925 r. w Dubnie na Wołyniu (dzisiejsze tereny Ukrainy). Pochodził z rodziny polsko-ukraińskiej. Jego ojciec, Ukraińiec, po wkroczeniu Armii Czerwonej do Polski został aresztowany, a następnie rozstrzelany w kwietniu 1940 r. Po tym tragicznym wydarzeniu Wiktor Poliszczuk razem ze swoją matką i siostrami został wywieziony do Kazachstanu. W 1944 r. rodzinę przesiedlono na Ukrainę. W 1946 r. trafił do Polski. Po II wojnie światowej rozpoczął studia prawnicze na Uniwersytecie Wrocławskim. Po ich ukończeniu przez wiele lat był prokuratorem. W 1981 r. wraz z żoną wyemigrował do Kanady, gdzie podjął się badania problemu nacjonalizmu ukraińskiego. Opublikował kilkaset artykułów naukowych, polemik, książek, recenzji w różnych językach (angielskim, polskim, ukraińskim). W 1994 r. na Wydziale Nauk Społecznych Uniwersytetu Wrocławskiego obronił pracę doktorską, a w 2002 r. został doktorem habilitowanym na Uniwersytecie Śląskim.

Zmarł 17 listopada 2008 r. w Toronto.

*Maciej Kwiek*



\*

Z inicjatywy rodziny zmarłej w wyniku katastrofy smoleńskiej adw. Jolanty Szyma- nek-Deresz – wielkiej pasjonatki tenisa ziemnego, wielokrotnej mistrzyni Polski adwo- katów w tenisie – zorganizowano turniej Jola Cup.

**III Turniej Tenisowy – Jola Cup** odbył się w dniach 1–2 czerwca 2013 r. na kortach war- szawskiego klubu tenisowego Okęcie Tennis Club. W zawodach udział wzięli m.in.: adw. Paweł Rybiński, dziennikarka Alicja Resich-Modlińska, aktorka Małgorzata Pieńkowska, aktorzy Tomasz Stockinger i Karol Strasburger, piosenkarz Stan Borys, mistrz zapasów Andrzej Supron. Turniej singlowy wygrała Monika Żywiecka z Warszawy, a w mikście losowanym zwyciężyli Małgorzata Grzybek z Poznania i mistrz świata w kolarstwie i wielokrotnie zwycięzca Wyścigu Pokoju Ryszard Szurkowski.

Gośćmi turnieju byli m.in. prezydent Aleksander Kwaśniewski wraz z małżonką, po- słanka Małgorzata Sekuła-Szmajdzińska. Honorowymi gośćmi byli Tadeusz Szymanek, emerytowany Sędzia Sądu Najwyższego, ojciec patronki turnieju, a także mąż Paweł Deresz i córka adw. Katarzyna Deresz-Lewandowska z rodziną.

\*

**Kazachstański adwokat Vadim Kuramshin**, więzień polityczny w swoim państwie odbywający karę w więzieniu o zaostrzonym rygorze, został 20 czerwca br. wyróżniony międzynarodową nagrodą za działanie na rzecz ochrony praw człowieka, którą po raz osiemnasty przyznała kapituła w składzie 29 prawników europejskich z Ludovic-Tra- rieux International Human Rights Prize. Adwokat Vadim Kuramshin skazany został za działalność związaną z ochroną praw człowieka (m.in. monitorowanie warunków w koloniach karnych). Został fałszywie oskarżony o korupcję i rzekome przygotowywa- nie zamachu na prokuraturę. Sąd pierwszej instancji, który składał się z ławników, czyli z czynnika pozazawodowego, uniewinnił go. Wyrok skazujący na 12,5 roku pozbawienia wolności wydał sąd drugiej instancji w składzie zawodowych sędziów. Orzeczono mu również zakaz wykonywania zawodu i przepadek majątku. Obecnie Vadim Kuramshin odsiaduje wyrok w kolonii karnej nr EC 164/4 we wsi Gornyi.

W kwietniu 2013 r. członkowie misji obserwacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej w Kazachstanie spotkali się w Pietropawłowsku z matką Vadima Kuramshina.

# TABLE OF CONTENTS

<i>Czesław Jaworski</i> , advocate (Warszawa) Waiting for the Congress and Anniversary .....	9
<i>Radosław Krajewski</i> , Ph.D. habilitated, professor of Kazimierz Wielki University (Bydgoszcz) The educational resources in almost offenses .....	12
<i>Katarzyna Banasik</i> , Ph.D., senior lecturer of Jagiellonian University (Kraków) Negligence in light of the proposal of amendment to the Penal Code .....	21
<i>Tomasz Przesławski</i> , Ph.D., senior lecturer of Warsaw University (Warszawa) The basis and scope of compensatory claims connected with the stay in a penal institution (remand centre) .....	31
<i>Paweł Łuczyński</i> , Ph.D., legal adviser (Kraków) The subjective scope of the prohibition of <i>reformatio in peius</i> in the re-trial criminal proceedings .....	39
<i>Marta Kolendowska-Matejczuk</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of ESLA University (Warszawa), <i>Przemysław Tarwacki</i> , Ph.D., senior lecturer of Private Higher School of Business and Administration (Warszawa) The essence of the right to legal aid for detainees in police custody .....	45
<i>Joanna Zajączkowska</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań) The voice of the child on the trial – debate on hearing of the child .....	56
<i>Maciej Markowski</i> , advocate (Gdańsk) The right to remain silent in juveniles cases .....	68
<i>Dariusz Michta</i> , advocate, Ph.D. (Będzin), <i>Andrzej Szczepański</i> , advocate (Katowice) Mediation in executive proceedings .....	79
<i>Mikołaj Drozdowski</i> , candidate for doctor's degree of Nicolaus Copernicus University, advocate's trainee (Toruń–Wrocław) Victims of crime assistance and post-penitentiary assistance fund – a few words of comment .....	86
<i>Paweł Nowak</i> , advocate's trainee (Kraków) The interpretation of the element „burglary” under art. 279 § 1 of the Criminal Code .....	93
<i>Małgorzata Wrzotek-Romańczuk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Catholic University of Lublin (Warszawa–Stalowa Wola) The access to documents of a cooperative and personal data protection .....	103
<i>Rafał Dul</i> , judge's assistant of Voivodship Administrative Court, candidate for doctor's degree of Cardinal Stefan Wyszyński University (Warszawa) State treasury in proceedings for recognition of inconsistency of a valid court decision with the applicable law .....	113
<i>Bartosz Pawlak</i> , legal adviser's trainee, candidate for doctor's degree of Warmia and Mazury University (Olsztyn) Abusive clauses in contracts in the form of a notarial deed .....	119
<i>Tomasz Szanciło</i> , judge of district court, Ph.D., senior lecturer of ESLA University (Warszawa) Insurance subrogate when the damage to the tractor-trailer .....	126
<i>Eligiusz Krześniak</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa), <i>Piotr Chochowski</i> , advocate (Warszawa) The content of an agreement for telecommunications services following amendment of the Telecommunications Act .....	134

<i>Michał Warciński</i> , Ph.D., senior lecturer of Warsaw University (Warszawa) Preserve actions (art. 209 of the Civil Code) .....	140
IMPORTANT FOR THE PRACTICE	
<i>Małgorzata Supera</i> , advocate (Warszawa) Rome III – cooperation of the European Union member states in the area of law applicable for divorce and separation .....	145
<i>Marcin Mazur</i> , candidate for doctor's degree of Catholic University of Lublin (Lublin) Is a temporarily arrested person entitled to make telephone calls to their counsel for the defence? .....	149
POINTS OF VIEW	
<i>Malwina Starcewska</i> , candidate for doctor's degree of Warsaw University (Warszawa) Admissibility of remedying legal acts performed by a "false" office holder of a legal entity .....	156
<i>Eukasz P. Supera</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) Lost interest .....	160
<i>Marek Derlatka</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of State Higher Vocational School (Sulechów) Legitimacy of criminalization of the exposure to infection with the HIV virus ...	164
PRACTICAL LEGAL ISSUES	
<i>Karol Weitz</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Warsaw University, member of Supreme Court Research and Analyses Office (Warszawa) The European order for payment and the petition for resumption of proceedings	168
GLOSSES	
<i>Janusz Kanarek</i> , advocate (Inowrocław) Gloss to the resolution of 7 judges of Supreme Court of 24 <sup>th</sup> January 2013, I KZP 19/12 .....	173
<i>Tomasz Bagdziński</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) Gloss to the sentence of Court of Appeal in Warsaw IV Civil Division of 21 <sup>st</sup> April 2011, VIA Ca 996/10 .....	178
<i>Justyna Kornaszewska</i> , candidate for doctor's degree of Warsaw University (Warszawa) Gloss to the resolution of Supreme Court of 13 <sup>th</sup> July 2011, III CZP 31/11 .....	188
LAW ABROAD	
<i>Marcin Łolik</i> , candidate for doctor's degree of Warsaw University (Warszawa), The constitutional aspects of the contract law based on the example of some selected European legal systems (part 2) .....	193
<i>Piotr Dudek</i> , advocate (Warszawa) A review of key judgements pronounced in various countries in cases connected with the peer to peer networks .....	201
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 .	212
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (War- szawa) Review of Supreme Administrative Court's jurisdiction .....	216
<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. (Poznań) Review of Constitutional Tribunal's jurisdiction (March–April, 2013). The views of Con-	

stitutional Tribunal on interference with personal liberty on the grounds of the regulation .....	220
<b>Zbigniew Cichoń</b> , advocate (Kraków)	
The rights of family in the jurisdiction of the European Court of Human Rights in Strasbourg .....	224
FROM THE LUXEMBURG CAUSE-LIST	
<b>Tomasz T. Koncewicz</b> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Gdańsk (Gdańsk)	
<i>Van Gend en Loos</i> and 50 years of integration by law (part 2) .....	232
LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS	
<b>Ewa Stawicka</b> , advocate (Warszawa)	
Can a property item falling into community of property during the test be included in a specific bequest? .....	238
QUESTION ABOUT DEFENCE	
<b>Antoni Bojańczyk</b> , advocate, Ph.D. habilitated, senior lecturer of Cardinal Stefan Wyszyński University (Warszawa)	
Can the assigned counsel refuse to prepare and lodge an appeal, basing this decision on the lack of the grounds to prepare the remedy? .....	241
ROAD ACCIDENTS	
<b>Wojciech Kotowski</b> (Warszawa)	
Skater as a pedestrian threatening the road safety .....	246
WHAT SQUEAKS IN THE LEGISLATION	
<b>Marian Filar</b> , Prof. Ph.D. habilitated, Nicolaus Copernicus University (Toruń)	
Whether to fight with the mind or letters? .....	250
LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES	
<b>Andrzej Tomaszek</b> , advocate (Warszawa)	
Some benefits from a boring journey .....	252
LES MAXIMES ANCIENNES SONT L'ESPRIT DES SIÈCLES...	
<b>Witold Wołodkiewicz</b> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated (Warszawa)	
<i>Vanae voces populi non sunt audiendae</i> .....	257
WOLHYNIA 1943	
<b>Władysław Lutwak</b> (Warszawa)	
Wolhynia 1943 – in 70 <sup>th</sup> anniversary .....	260
<b>Lucyna Kulińska</b> , Ph.D., AGH University of Science and Technology (Kraków)	
Untold genocide .....	266
AFTER THE READING	
<b>Andrzej Bąkowski</b> , advocate (Warszawa)	
Wolhynia. The Polish history eposée 1939–2013. Act I and II .....	277
TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD	
<b>Marek Sołtysik</b> (Kraków)	
Trial for <i>Swamp</i> and for a swamp (part 3). Not even Hercules (idealist) could contend against two .....	280
REVIEWS AND NOTES	
<b>Profesor Stanisław Walczak</b> . <i>Promotor reform więziennictwa w latach 1957–1969</i> (Professor	

Stanisław Walczak. A promoter of the prison system reform in 1957–1969	
<i>Adam Redzik</i> , Ph.D. habilitated, Warsaw University (Warszawa) . . . . .	288
Krzysztof Karsznicki, <i>Sztuka dyplomacji i negocjacji w świecie wielokulturowym</i> (The art of diplomacy and negotiation in the multicultural world)	
<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa) . . . . .	291
<i>Arbitraż i mediacja. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi</i> (Arbitration and mediation. A book dedicated to doctor Andrzej Tynel)	
<i>Zbigniew Banaszczyk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, Warsaw University (Warszawa)	293
Marek Antoni Nowicki, <i>Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka</i> (Around the European Convention. A commentary to the European Convention of Human Rights)	
<i>Justyna Metelska</i> , advocate (Warszawa) . . . . .	294
SIMPOSIUMS, CONFERENCES	
<i>Wojciech Brych</i> , president of Arbitration Court at Nowy Tomyśl Chamber of Commerce (Nowy Tomyśl)	
International conference entitled “The functioning of permanent arbitration courts and mediation centres”, Nowy Tomyśl, 19 <sup>th</sup> April 2013 . . . . .	296
THE BAR CHRONICLE	
From the meetings of Polish Bar Council’s presidium . . . . .	298
A review of events: March–May 2013	
<i>Joanna Sędek</i> , head of Press Office of District Bar Council (Warszawa) . . . . .	305
5 <sup>th</sup> All-Polish Motorcycle Rally of Lawyers, 3 <sup>rd</sup> All-Polish Cycling and Walking Rally of Lawyers, Mikołajki, 23 <sup>rd</sup> –26 <sup>th</sup> May 2013, . . . . .	307
THE BAR RESEARCH CENTRE	
The results of the survey concerning the material situation of senior lawyers . . . . .	308
FROM THE LIFE OF THE LOCAL BARS	
THE BAR OF OLSZTYN	
A report from 23 <sup>rd</sup> Advocate Maria Budzanowska All-Polish Cruise of the Bar on Jeziorak lake	
<i>Andrzej Kozielski</i> , advocate, dean of District Bar Council in Olsztyn (Olsztyn) . . .	310
THE BAR OF WROCLAW	
The elections in the Bar of Wrocław	
<i>Leszek Rojek</i> , advocate (Wrocław) . . . . .	311
VARIA	
The announcement of the results of the Law Firms Ranking and the Pro Bono Lawyer contest	
<i>Aleksandra Zalewska</i> (Warszawa) . . . . .	313
Submitting documents concerning the Wolhynia genocide to the Archives of Modern Records, Warsaw, 28 <sup>th</sup> May 2013	
<i>Maciej Kwiek</i> (Warszawa) . . . . .	315

## 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](http://www.palestra.pl)).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddane 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:*

## **KATARZYNA BANASIK**

Nieumyślność w świetle propozycji  
nowelizacji Kodeksu karnego

---

## **RADOSŁAW KRAJEWSKI**

Środki oddziaływania wychowawczego  
w prawie wykroczeń

---

## **TOMASZ PRZESŁAWSKI**

Podstawy i zakres żądań odszkodowawczych  
związanych z pobytem  
w zakładzie karnym (areszcie śledczym)

---

## **DARIUSZ MICHTA, ANDRZEJ SZCZEPAŃSKI**

Mediacja w postępowaniu wykonawczym

---

## **JOANNA ZAJĄCZKOWSKA**

Głos dziecka na wokandzie  
– o instytucji wysłuchania małoletniego

---

## **MACIEJ MARKOWSKI**

Prawo do milczenia w postępowaniu  
w sprawach nieletnich

---

WOŁYŃ 1943 – W 70. ROCZNICĘ LUDOBÓJSTWA

## **LUCYNA KULIŃSKA**

Zapomniane ludobójstwo

---