

maj-czerwiec

5-6/2013



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





maj–czerwiec

5–6/2013

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 665–666



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor Naczelny:
Czesław Jaworski

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

Redaktor techniczny:
Hanna Bernaszuk

Projekt okładki:
Karolina Lijklema

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.: 24,6. Papier: III Offset, 80 g
Nakład: 13 400 egz.

ISSN 0031-0344
indeks 36851

Spis treści

<i>Piotr Kardas</i> , adwokat, dr hab., prof. UJ (Kraków) Projektowany model obrony z urzędu a zasada prawdy materialnej	9
<i>Wieńczysław Grzyb</i> , adwokat, dr (Żywiec) Obrona z urzędu w polskiej procedurze karnej – rozwiązanie modelowe	26
<i>Marta Goss</i> , doktorantka UŁ (Łódź) Oskarżenie posiłkowe na gruncie projektowanej zmiany Kodeksu postępowania karnego	35
<i>Małgorzata Żbikowska</i> , doktorantka UAM (Poznań) Status pokrzywdzonego a popełnienie czynu zabronionego	43
<i>Kazimierz Postulski</i> , sędzia SA (Lublin) Fakultatywne odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności	51
<i>Janusz Fiołka</i> , adwokat, europejski rzecznik patentowy, dr (Kraków) Wspólny sąd patentowy dla Unii Europejskiej	71
<i>Dariusz P. Kała</i> , doktorant KUL (Lublin) Uznanie i stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej (zagadnienia wybrane)	79
<i>Piotr Zaporowski</i> , doktorant UW (Wrocław) Czy dopuszczalne jest powstanie nienazwanej spółki cywilnej?	85
<i>Maciej Koszowski</i> , dr, adiunkt WSB (Dąbrowa Górnicza) Ciężar dowodu w przypadku niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową	95
<i>Aneta Makowiec</i> , doktorantka UJ (Kraków) Ograniczenie zasady posuwania się hipotek naprzód w polskim i w zagranicznych porządkach prawnych	105

Polemika

<i>Andrzej Koziółkiewicz</i> , adwokat (Gdańsk) Uwagi krytyczne do artykułu Arnolda Pandera pt. <i>Wyliczenie wartości wierzytelności z tytułu pokrycia wkładu jednego z małżonków w spółce cywilnej ze środków należących do majątku wspólnego</i>	116
--	-----

Ważne dla praktyki

<i>Waldemar Gontarski</i> , dr EWSPiA (Warszawa–Londyn) Bezpieczne przystanie (<i>safe harbours</i>) manipulacji instrumentami finansowymi (cz. 2)	125
---	-----

Monika Strus-Wołos, adwokat, dr (Grójec)	
O niebezpieczeństwie odrzucenia przez sąd nieopłaconego środka odwoławczego albo środka zaskarżenia mimo uchylecia przepisu art. 130 ² § 3 k.p.c. . . .	141
Punkty widzenia	
Ryszard Zahorski, biegły SO (Warszawa)	
Bezpieczeństwo pieszego na drodze	145
Kornelia Kłos, apl. adw. (Kraków)	
Czy dzieciobójczynie zabijają pod wpływem afektu?	152
Praktyczne zagadnienia prawne	
Karol Weitz, prof. dr hab, UW, członek Biura Studiów i Analiz SN (Warszawa)	
Czy zwolnienie od kosztów sądowych przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu rozciąga się na skargę o wznowienie postępowania?	156
Roman Trzaskowski, dr, adiunkt, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, członek Biura Studiów i Analiz SN (Warszawa)	
Wpływ zasiedzenia na możliwość dochodzenia roszczeń uzupełniających (cz. 2)	161
Glosy	
Zygmunt Kukuła, dr (Bielsko-Biała)	
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 15 grudnia 2011 r., II AKA 133/11	172
Bolesław Rycerz, apl. adw., doktorant UMCS (Warszawa-Lublin)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 5 stycznia 2011 r., V KK 116/10	178
Jacek Lachner, adwokat, dr, adiunkt, Uniwersytet Ekonomiczny (Kraków),	
Dominika Mróz-Krysta, radca prawny (Kraków)	
Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 maja 2012 r., I OSK 2297/11	184
Michał Niedośpiał, dr (Kraków)	
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2011 r., III CSK 98/10	191
Prawo za granicą	
Mateusz Staszek, apl. radc., doktorant UJ (Kraków)	
Kolizja obowiązków w prawie anglosaskim	197
Najnowsze orzecznictwo	
Zbigniew Strus, sędzia SN w st. spocz. (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa i postępowania cywilnego	204
Zbigniew Szonert, dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego	210
Michał Jackowski, adwokat, dr (Poznań)	
Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (styczeń-marzec 2013). Konstytucyjność opłat w cywilnym postępowaniu egzekucyjnym	214

Marek Antoni Nowicki , adwokat, wykładowca Collegium Civitas (Warszawa) Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2013 r.)	219
Z wokandy Luksemburga	
Tomasz T. Koncewicz , adwokat, dr hab., prof. UG (Gdańsk) <i>Van Gend en Loos</i> i 50 lat integracji przez prawo (cz. 1)	226
Pytania i odpowiedzi prawne	
Ewa Stawicka , adwokat (Warszawa) Czy przejawy subiektywnego przekonania posiadacza nieruchomości, że służy mu zaledwie posiadanie zależne, wykluczają stwierdzenie zasiedzenia na jego rzecz?	234
Pytanie o obronę	
Antoni Bojańczyk , adwokat, dr hab., adiunkt UKSW (Warszawa) Czy zakaz przesłuchania w charakterze świadka obrońcy co do faktów, o których się dowiedział, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, obejmuje także obrońcę zagranicznego?	237
Problematyka wypadków drogowych	
Wojciech Kotowski (Warszawa) Poszkodowany rowerzysta sprawcą wypadku	242
Co piszczy w prawie	
Marian Filar , prof. dr hab. UMK (Toruń) Smak zakazanego owocu	245
Gawędy adwokata bibliofila	
Andrzej Tomaszek , adwokat (Warszawa) Do piór!	247
Po lekturze	
Andrzej Bąkowski , adwokat (Warszawa) Romuald Traugutt – ostatni dyktator Powstania Styczniowego (1863–1864) ...	251
Procesy artystyczne	
Marek Sołtysik (Kraków) Proces o <i>Bagno</i> i o bagno (cz. 2). „Sport osobistej nienawiści”	254
Sylwetki wybitnych adwokatów	
Adam Kasperkiewicz , adwokat (Częstochowa) Wspomnienie o adwokacie Mironie Kołakowskim (1911–1993)	262

Rok Powstania Styczniowego

- Dorota Lewandowska**, starszy kustosz, Archiwum Główne Akt Dawnych (Warszawa)
Rząd Narodowy „tajemnego państwa polskiego” okresu Powstania Styczniowego i jego najważniejsze dokumenty przechowywane w zbiorach Archiwum Głównego Akt Dawnych 270

Recenzje i noty recenzyjne

- Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia*, pod redakcją Kingi Bobińskiej, Tadeusza Pietrasa i Piotra Gałęckiego
Józef Krzysztof Gierowski, prof. dr hab. UJ CM (Kraków) 280
- Marek Gawryluk, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*
Marcin Zaborski, adwokat, dr, adiunkt KUL (Warszawa–Lublin) 284
- Jochen Frowein, Wolfgang Peukert, *Europäische Menschen Rechts Konvention, EMRK – Kommentar*
Zbigniew Cichoń, adwokat (Kraków) 289

Sympozja, konferencje

- Jacek Kędzierski**, adwokat (Łódź)
Symposium „Stanford Law Review” pt. „The Privacy Paradox: Privacy and Its Conflicting Values”, Stanford University, 2–3 lutego 2013 r. 291

Kronika adwokatury

- Z posiedzeń Prezydium NRA 296
- Uroczysty koncert ze śnieżyczą w tle – poświęcony pamięci Adwokatów, którzy zginęli w smoleńskiej katastrofie 10 kwietnia 2010 r.
Leszek Wójtowicz (Kraków) 298
- Odznaczenia adwokata Wiesława Ułanowicza 300

Z życia izb adwokackich

IZBA KRAKOWSKA

- Adwokaci krakowscy – w drugą rocznicę śmierci abp. Józefa Życińskiego
Stanisław Jaźwiecki, adwokat (Kraków) 301

IZBA WROCŁAWSKA

- Izbowy Konkurs Krasomówczy dla Aplikantów Adwokackich, 23 lutego 2013 r.
Anna Ślęzak, adwokat (Wrocław) 302
- Ślubowanie adwokatów Izby Adwokackiej we Wrocławiu, 23 stycznia 2013 r.
Jolanta Noculak, dyrektor biura ORA (Wrocław) 303

IZBA WIELKOPOLSKA

- „Portret zbiorowy leszczyńskiej Adwokatury”, Leszno, 6 kwietnia 2013 r.
Maciej Loga, adwokat (Leszno) 304

Głos aplikanta

<i>Monika Dębska</i> , apl. adw. (Warszawa), <i>Maciej Dębski</i> , apl. adw. (Warszawa) Kilka uwag na temat zawezwania do próby ugodowej	305
--	-----

Szpalty pamięci

Adwokat Świętosław Krawczyński (1913–1977) <i>Jerzy Zięba</i> , adwokat, dziekan ORA (Kielce)	309
Adwokat Władysław Świątek (1927–2013) <i>Andrzej Grzywacz</i> , adwokat (Rzeszów)	312

Varia

Kilka refleksji „adwokackich” na 70-lecie Powstania w getcie warszawskim <i>Janusz Kanimir</i> (Warszawa)	313
--	-----

Listy do redakcji

W sprawie apelu Koła Seniorów Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie o upamiętnianie działalności adwokatów w okresie zniewolenia Polski <i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , adwokat (Kraków)	315
Table of contents	317

PROJEKTOWANY MODEL OBRONY Z URZĘDU A ZASADA PRAWDY MATERIALNEJ

1. Przygotowany przez Komisję Kodyfikacją Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości RP projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego obok wielu zmian polskiej procedury karnej zawiera także istotną modyfikację zasad korzystania w toku procesu karnego z pomocy prawnej z urzędu¹. Nie pretendując do przedstawiania w tym miejscu wszystkich proponowanych w projekcie zmian dotyczących pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego, wskazać warto, że obok znanej k.p.k. z 1997 r. regulacji tzw. prawa ubogich w projekcie wprowadzono nowe rozwiązanie, umożliwiające w stadium jurysdykcyjnym uzyskanie pomocy obrońcy z urzędu bez względu na status majątkowy oskarżonego. Odnoszący się do tej kwestii projektowany przepis art. 80a k.p.k. stanowi, że „na wniosek oskarżonego, który nie ma obrońcy z wyboru, prezes sądu, sąd lub referendarz sądowy wyznacza w postępowaniu sądowym obrońcę z urzędu, chyba że ma zastosowanie art. 79 § 1 i 2 albo art. 80. W takim wypadku udział obrońcy w rozprawie głównej jest obowiązkowy”. Wedle § 2 tego przepisu „przepis § 1 zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio do wyznaczania obrońcy w celu dokonania określonej czynności procesowej w toku postępowania sądowego”. Wreszcie § 3 przewiduje specyficzne ograniczenie w zakresie korzystania z pomocy obrońcy z urzędu, stanowiąc, że „ponowne wyznaczenie obrońcy, w trybie, o którym mowa w § 1 i 2, jest dopuszczalne jedynie w szczególnie uzasadnionych wypadkach”. Wprowadzenie przytoczonych wyżej regulacji uzasadniane jest zasadniczą zmianą modelu postępowania karnego, w szczególności zaś odmiennie rozłożonym w stosunku do aktualnie obowiązującej regulacji ciężarem dowodów, który w świetle projektowanej regulacji obciążać będzie strony procesu, na które przenosi się także w zasadniczej części odpowiedzialność za wynik procesu. Jakkolwiek w uzasadnieniu projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wskazuje się, że projektowane zmiany skutkować będą w zasadniczej części przesunięciem odpowiedzialności za wynik postępowania na oskarżyciela publicznego, w szczególności z uwagi na obowiązującą zasadę domniemania niewinności, to przecież nie sposób stracić z pola widzenia, że w nie mniejszym stopniu obowiązki procesowe i odpowiedzialność za kształt ostatecznego rozstrzygnięcia przesuwają się także na oskarżonego, oraz – chociaż w innym nieco kontekście – na pokrzywdzonego i inne podmioty mające interes prawny w określonym rozstrzygnięciu sprawy. Co prawda projektowana nowelizacja pozostawia furtkę dla inkwizycyjności i paternalistycznego stosunku sądu do sprawy i stron w postaci owej wyjątkowej możliwości przeprowadzania dowodów

¹ Ostateczny tekst projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wraz z uzasadnieniem opublikowany został w druku sejmowym nr 870, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII Kadencji, Prezes Rady Ministrów RM 10-38-12.

z urzędu, to jednak zasadnicza tonacja i wydźwięk projektowanych przepisów uzasadnia wniosek, że konsekwencją ewentualnego wejścia w życie projektowanych zmian musi być radykalna wręcz zmiana przedmiotu, zakresu i skali aktywności procesowej stron. Przy tak zakreślonych zmianach w pełni zrozumiałe jest wkomponowanie w strukturę modyfikowanej ustawy procesowej nowych rozwiązań stwarzających podstawy do korzystania z profesjonalnej pomocy przez strony procesu. W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że nowa regulacja dotycząca pomocy z urzędu stanowi konsekwencję zwiększenia kontradiktoryjności postępowania, w zasadniczej części ma charakter gwarancyjny, służąc poszerzeniu dostępu oskarżonego do pomocy prawnej z urzędu na etapie postępowania sądowego. Wskazywane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przesłanki modyfikacji przepisów dotyczących pomocy prawnej z urzędu, zasadniczo związane z projektowaną modyfikacją modelu postępowania jurysdykcyjnego w kierunku zwiększenia kontradiktoryjności, wiążą proponowane rozwiązania z koniecznością zagwarantowania realnych możliwości korzystania przez oskarżonego z profesjonalnej pomocy w zakresie przysługującego mu prawa do obrony. Niestety ostateczny kształt projektu nowelizacji k.p.k. nie przewiduje już zawartego w pierwotnej wersji projektu rozwiązania umożliwiającego korzystanie z profesjonalnej pomocy z urzędu także przez pokrzywdzonego. Pomińcie w ostatecznej wersji projektu rozwiązania umożliwiającego korzystanie z pomocy z urzędu także przez pokrzywdzonego sprawia, że obecnie za zasadniczy powód proponowanych zmian zasad dostępu do pomocy z urzędu uznać należy potrzebę zapewnienia realnej możliwości prawa do obrony. Pewną rolę w zakresie poszerzenia uprawnień do korzystania z pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego odgrywają także przesłanki pragmatyczne związane z potrzebą zwiększenia dostępu do profesjonalnej pomocy przy wykonywaniu określonych czynności dowodowych przez strony, z uwagi na projektowaną zmianę zasad przeprowadzania dowodów. W odniesieniu do tego aspektu projektowanej regulacji w uzasadnieniu wskazuje się, że „celem zmiany zasad wyznaczania obrońcy z urzędu w przepisie art. 80a § 1 k.p.k. jest rozszerzenie zakresu działania obrońcy, tak by jego udział w postępowaniu sądowym stawał się regułą, a nie wyjątkiem. Wprowadzona reguła zapobiegać ma paraliżowi postępowania sądowego lub późniejszego powoływania się na brak możliwości prowadzenia skutecznej obrony i faktyczny brak możliwości korzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego”. Jakkolwiek Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, uzasadniając zmiany w zakresie korzystania z pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego, wielokrotnie wskazuje związek tych propozycji z poszerzeniem zakresu kontradiktoryjności głównie w stadium jurysdykcyjnym, to jednak w zasadzie podstawowy akcent w zakresie racjonalizacji poszerzenia uprawnień stron do korzystania z pomocy z urzędu związany jest z elementami gwarancyjnymi, w szczególności zaś koniecznością zapewnienia realnej możliwości korzystania z profesjonalnej pomocy obrońcy. Modyfikacji przepisów dotyczących pomocy z urzędu w procesie karnym nie łączy się w zasadzie z interesem publicznym, w szczególności zaś w uzasadnieniu projektu nie wskazuje się, że nowa regulacja, stanowiąc konsekwencję i dopełnienie kontradiktoryjności, służyć ma także, a być może przede wszystkim, realizacji interesu publicznego, związanego z zagwarantowaniem instytucjonalnych warunków dla realizacji podstawowego celu procesu karnego, tj. spra-

wiedliwości materialnej i sprawiedliwości formalnej². Nie kwestionując przedstawionego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego uzasadnienia modyfikacji zasad świadczenia pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego związanego z prawem do obrony, warto przyrzeć się związkom tej regulacji z zasadą kontradiktoryjności i znaczeniem sposobu wyznaczenia zasad pomocy prawnej z urzędu dla realizacji podstawowego celu procesu, a tym samym analizy tego zagadnienia z punktu widzenia interesu publicznego³. W szczególności interesujące wydaje się zbadanie znaczenia regulacji dotyczących pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego dla realizacji zasady prawdy materialnej. Takie spojrzenie na problem pomocy prawnej z urzędu znajduje uzasadnienie także w tym, że przedstawione w projekcie rozwiązanie modyfikujące zasady, tryb i sposób prowadzenia postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym, połączone ze zmianą pozycji, roli i zadań sądu w postępowaniu dowodowym⁴, spotkało się zarówno z aprobującymi, jak i krytycznymi ocenami⁵. Przeciwnicy projektowanych rozwiązań wskazują, że zwiększenie elementów kontradiktoryjności postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym

² Zob. w tej kwestii m.in. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2010, s. 22 i n.; J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 49; B. Nita, A. Światłowski, *Kontradiktoryjny proces karny (między prawdą materialną a szybkością postępowania)*, PiP 2012, z. 1, s. 38.

³ Co do roli i funkcji obrońcy i oskarżyciela w procesie karnym, z uwzględnieniem ewentualnej modyfikacji polskiej regulacji procesowej w kierunku kontradiktoryjności, a także standardów pełnienia funkcji obrońcy i oskarżyciela zob. szerzej P. Kardas, *Adwokat jako obrońca – funkcja publiczna czy usługa prywatna*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu. Adwokatura w systemie organów ochrony prawnej*, red. J. Giezek, Warszawa 2010, s. 67 i n.; P. Kardas, *Obrońca i oskarżyciel w procesie karnym – granice kontradiktoryjności a możliwość współpracy*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu. Współczesna adwokatura wobec innych zawodów prawniczych*, red. J. Giezek, Warszawa 2011, s. 29 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

⁴ Trzeba jednak już w tym miejscu zaznaczyć, że z uwagi na niektóre propozycje rozwiązań szczegółowych zawarte w projekcie w piśmiennictwie przedstawiono wątpliwości co do konsekwencji wprowadzenia w życie tej nowelizacji, w szczególności w zakresie zmiany w praktyce orzeczniczej aktualnego sposobu prowadzenia procesu karnego, opartego na wyraźnej dominacji i aktywności, w szczególności w sferze postępowania dowodowego sądu, a także w zakresie zwiększenia szybkości postępowania sądowego. Zastrzeżenia odnoszą się generalnie do regulacji zawartej w projektowanym art. 167 k.p.k., w którym postuluje się zmianę zasad i trybu przeprowadzania dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym, przyjmując generalną zasadę prowadzenia dowodów przez strony, które złożyły wniosek o przeprowadzenie dowodu, zarazem jednak pozostawia możliwość przeprowadzenia dowodu z urzędu przez sąd w wyjątkowych i szczególnie uzasadnionych przypadkach. To rozwiązanie stanowi dla jednych podstawę sceptycznych ocen dotyczących rzeczywistego wpływu projektowanej nowelizacji na praktyczny przebieg postępowania dowodowego przez sądem pierwszej instancji, dla innych zaś jest niewystarczającym instrumentem gwarantującym realizację zasady prawdy materialnej. Zob. m.in. P. Hofmański, *Prawda materialna w kontradiktoryjnym procesie karnym*, CPKiNP 2011, s. 161 i n.; P. Kardas, *Mieszany, kontradiktoryjny czy inkwizycyjny proces karny. Uwagi o kierunkach projektowanych zmian kodeksu postępowania karnego*, CPKiNP 2011, s. 181 i n.; J. Jodłowski, *Wpływ ograniczenia inicjatywy dowodowej sądu na realizację zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym*, CPKiNP 2012, nr 2, s. 159 i n.; P. Kowalski, *Zasada kontradiktoryjności procesu karnego w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, „Palestra”* 2012, nr 7–8, s. 73 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, *W kierunku kontradiktoryjności procesu karnego*, Mida 2011, nr 3; M. Czajka, *W stronę kontradiktoryjności procesu karnego – głos sędziego*, Mida 2011, nr 8; B. Nita, A. Światłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 33 i n.

⁵ Zob. m.in. P. Hofmański, *Prawda materialna*, s. 161 i n.; P. Kardas, *Mieszany, kontradiktoryjny czy inkwizycyjny proces karny*, s. 181 i n.; J. Jodłowski, *Wpływ ograniczenia inicjatywy dowodowej*, s. 159 i n.; P. Kowalski, *Zasada kontradiktoryjności procesu karnego*, s. 73 i n.; M. Dąbrowska-Kardas, *W kierunku kontradiktoryjności*; M. Czajka, *W stronę kontradiktoryjności*; B. Nita, A. Światłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 33 i n.

prowadzić może do ograniczenia lub wręcz przekreślenia realizacji zasady prawdy materialnej. Przedstawiane w tym względzie argumenty związane są przede wszystkim z wątpliwościami dotyczącymi możliwości wyjaśnienia wszystkich aspektów sprawy w kontekście ustaleń faktycznych wyłącznie lub przede wszystkim na podstawie wnioskowanych i przeprowadzanych przez strony przed sądem dowodów, przy minimalizacji, a zdaniem niektórych krytyków wręcz marginalizacji roli sądu w postępowaniu dowodowym. Zastrzeżenia te, opierając się na różnorodnych przesłankach, w części związane są również z oceną kompetencji i możliwości kompleksowego wyjaśnienia sprawy przez strony, w tym w szczególności oskarżonego, niedysponującego ani profesjonalną wiedzą i umiejętnościami, ani też instytucjonalnymi możliwościami prowadzenia czynności dowodowych. W tym kontekście kwestia związana z ustawowym zagwarantowaniem oskarżonemu możliwości korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, niezależnie od przesłanek majątkowych, stanowiących podstawowy czynnik uzasadniający korzystanie z pomocy prawnej wedle reguł tzw. prawa ubogich, ma – jak się *prima facie* wydaje – istotne znaczenie z punktu widzenia ustawowych konstrukcji służących do określenia optymalnych zasad realizacji podstawowego celu procesu karnego, w tym z powodów oczywistych realizacji wedle faktycznych i prawnych możliwości zasady prawdy materialnej⁶.

2. Przy podjęciu próby analizy zagadnienia pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego w zakreślonej wyżej perspektywie zasadne wydaje się rozpoczęcie rozważań od przedstawienia problematyki relacji zasady kontradiktoryjności postępowania karnego oraz zasady prawdy materialnej⁷. W doktrynie procesu karnego wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k. dyrektywę prawdy materialnej uznaje się za priorytetową zasadę procesu karnego, której doniosłość nie jest generalnie przez nikogo kwestionowana⁸. Wskazując

⁶ Co do roli i funkcji obrońcy i oskarżyciela w procesie karnym, z uwzględnieniem ewentualnej modyfikacji polskiej regulacji procesowej w kierunku kontradiktoryjności, a także standardów pełnienia funkcji obrońcy i oskarżyciela zob. szerzej P. Kardas, *Adwokat jako obrońca*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu*, Warszawa 2010, s. 67 i n. P. Kardas, *Obrońca i oskarżyciel*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu*, Warszawa 2011, s. 29 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

⁷ Zamieszczone poniżej rozważania dotyczące zasady prawdy materialnej oraz jej związków z zasadą kontradiktoryjności oparte zostały na moim wcześniejszym opracowaniu: P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontradiktoryjność postępowania dowodowego. Przeciwstawne czy komplementarne zasady procesu karnego? (Rozważania o znaczeniu analiz dogmatycznych w procesie przygotowywania zmiany normatywnej na przykładzie prac legislacyjnych nad projektem nowelizacji kodeksu postępowania karnego)*, (w:) *Konferencje Izby Adwokackiej we Wrocławiu. Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.

⁸ W zależności od ujęcia zasadę tę uznaje się za podstawową i naczelną w tym znaczeniu, że jej realizacji podporządkowane są wszystkie pozostałe zasady procesowe, lub za jedną z zasad procesu, zaliczaną do kategorii naczelnych. Zasadę prawdy materialnej uznaje S. Waltoś za kluczową, wskazując, że: „jest to kluczowa zasada procesu karnego. Wszystkie inne zasady są jej podporządkowane. Zadaniem ich jest stworzenie warunków, w których realne będzie poczynienie prawdziwych ustaleń faktycznych” – *Proces karny*, s. 220 i n. Z kolei J. Tylman i T. Grzegorzczak zasadę prawdy materialnej traktują jako jedną z zasad procesu, podkreślając, że „jest to dyrektywa, według której rozstrzygnięcia organów procesowych powinny być oparte na prawdziwych ustaleniach faktycznych” – *Polskie postępowanie karne*, s. 81. Zob. też A. Sakowicz, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 17–19; A. Murzynowski, *Istota i zasady postępowania karnego*, Warszawa 1994, s. 110–111; A. Murzynowski, *Refleksje na temat przestrzegania zasady prawdy materialnej a zachowania sprawności postępowania karnego*, (w:) *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, GSP 2003, T. XI, s. 107; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 48; Z. Gostyński,

na zakorzenie zasady prawdy materialnej w standardzie konstytucyjnym⁹, akcentuje się również, że służy ona realizacji dwóch celów, tj. osiągnięcia stanu sprawiedliwości materialnej, sprowadzającego się do adekwatnego i słusznego zastosowania norm prawa karnego materialnego, oraz spełnieniu wymogu sprawiedliwości proceduralnej, polegającego na przestrzeganiu reguł rzetelnego procesu¹⁰. W odniesieniu do znaczenia, funkcji i celu zasady prawdy materialnej w piśmiennictwie wskazuje się, że „wiąże ona wszystkie organy procesowe, bez względu na etap tego postępowania oraz niezależnie od woli stron”¹¹. Zasada prawdy materialnej ujmowana jest jako „norma skierowana wprost pod adresem organów procesowych. Ma ona charakter absolutystyczny: żąda dołożenia wszelkich starań, by postulat prawdy został spełniony”¹². Zarazem w piśmiennictwie powszechnie wskazuje się, że zasada prawdy materialnej nie ma charakteru absolutnego i bezwyjątkowego¹³. Wynikający z tej zasady postulat poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych „znajduje granice w obowiązujących przepisach prawa, skoro poszukiwanie prawdy dopuszczalne jest tylko za pomocą środków i sposobów przewidzianych w prawie procesowym i z poszanowaniem ustanowionych przez to prawo gwarancji procesowych. W tych granicach jest to żądanie o charakterze kierunkowym, bez wyraźnie oznaczonego limitu”¹⁴. W polskim porządku prawnym ustawodawca przewidział wiele ograniczeń od tej zasady, spośród których fundamentalne znaczenie mają zakazy dowodowe, regulacje odnoszące się dla zasady stabilności prawomocnych orzeczeń oraz trybów konsensualnych¹⁵. Wyjątki od zasady prawdy materialnej

S. Zabłocki, (w:) Z. Gostyński, J. Bratoszewski, L. Gardocki, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 200.

⁹ Na takie konstytucyjne zakorzenie zasady prawdy materialnej wskazują B. Nita i A. Świątłowski, stwierdzając, że „zgodnie z trafnym, w naszej ocenie, stanowiskiem TK, zasada prawdy materialnej jest więc elementem zasady prawa do sądu określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji” – B. Nita, A. Świątłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 33 i n. Powołani Autorzy przywołują na uzasadnienie prezentowanego stanowiska poglądy wyrażone przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku TK z 18 lutego 2009 r., Kp 3/08, OTK 2009, nr 2A, poz. 9; postanowieniu TK z 7 marca 2011 r., P 3/09, OTK 2011, nr 2A, poz. 13 oraz stanowisko prezentowane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny i niemiecką doktrynę prawa procesowego. Na konstytucyjne zakorzenie zasady prawdy materialnej wskazuje także A. Sakowicz, (w:) *Kodeks postępowania karnego*, s. 17–19. Zob. też w tej kwestii B. Nita, *Postępowanie karne przeciwko podmiotom zbiorowym. Rozważania na tle prawoporównawczym z uwzględnieniem perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej oraz powinności wynikających z członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Sopot 2008, s. 129 i s. 236 i n.; W. Hermeliński, B. Nita, *Orzekanie reformatoryjne na podstawie nowych ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym*, PiP 2009, z. 4, s. 67 i n. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawoporównawczej*, Warszawa 2011, s. 283 i n.

¹⁰ Zob. m.in. S. Waltoś, *Proces karny*, s. 22 i n.; J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, s. 49; B. Nita, A. Świątłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 38.

¹¹ Zob. A. Sakowicz, (w:) *Kodeks postępowania karnego*, s. 17.

¹² Takie stanowisko zajmował M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, (w:) M. Cieślak, *Dziela wybrane*, Kraków 2011, t. II, s. 258.

¹³ Przyznają to wszyscy, podkreślając, że ich wprowadzenie do systemu prawa podlega ocenie przez prymat art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zob. A. Sakowicz, (w:) *Kodeks postępowania karnego*, s. 17; B. Nita, A. Świątłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 38 i n.

¹⁴ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, s. 258.

¹⁵ Por. B. Nita, A. Świątłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 38–39; J. Jodłowski, *Wpływ ograniczenia inicjatywowy dowodowej*, s. 160 i n.; H. Paluszkiwicz, S. Stachowiak, *Rozwiązania konsensualne wprowadzone do polskiego procesu a wykrycie prawdy materialnej*, (w:) *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji Krasiczyn 15–16 października 2005 r.*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Kraków 2006, s. 91 i n.; D. Karczmarska, *Zasada prawdy*

mają uzasadnienie aksjologiczne, w części związane są z elementami gwarancyjnymi w ustawie procesowej, łączącymi się nierozzerwalnie z koncepcją rzetelnego procesu¹⁶. Zarazem wedle powszechnie przyjmowanego w doktrynie prawa procesowego stanowiska treść zasady prawdy materialnej interpretuje się zgodnie z klasyczną, realistyczną, korespondencyjną definicją prawdy, rozumianą jako zgodność twierdzenia dotyczącego określonego zdarzenia faktycznego z rzeczywistością¹⁷. W powyższym kontekście dla zdecydowanej większości teoretyków procesu karnego naturalnym korelatem zasady prawdy materialnej w procesie jest odpowiednie zagwarantowanie organom procesowym możliwości prowadzenia czynności dowodowych mających na celu pełne i zgodne z rzeczywistością wyjaśnienie sprawy, a więc poczynienie ustaleń odpowiadających rzeczywistości. Ponieważ ostatecznie ustalenia stanowiące przedmiot rozstrzygnięcia czyni sąd, to w doktrynie prawa procesowego przyjmuje się, że dla realizacji zasady prawdy materialnej konieczne jest zapewnienie właśnie sądowi możliwości przeprowadzania dowodów w niezbędnym zakresie, niezależnie od aktywności stron procesu, tylko bowiem w ten sposób gwarantuje się proceduralną możliwość realizacji tej zasady¹⁸. W tej perspektywie istotne są dwa elementy. Po pierwsze, zagwarantowanie sądowi możliwości przeprowadzenia dowodów z własnej inicjatywy, w sytuacji gdy ich przeprowadzenie uzna za niezbędne dla poczynienia zgodnych z rzeczywistością ustaleń faktycznych stanowiących podstawę rozstrzygnięcia. Po wtóre, przyjęcie zasady, że czynione przez sąd ustalenia faktyczne oparte będą na dowodach przeprowadzanych przed sądem. Inicjatywa dowodowa sądu jako warunek realizacji zasady prawdy materialnej łączy się zatem z zasadą bezpośredniości, umożliwiającą bezpośrednie poznanie przez organ

materiałnej a konsensualne formy rozstrzygnięcia spraw karnych, (w:) Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji, s. 111; S. Steinborn, Porozumienia w polskim procesie karnym, Kraków 2005, s. 134 i n.; J. Tylman, Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym, (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 125.

¹⁶ Co do koncepcji rzetelnego procesu karnego zob. szerzej M. Barącz, *Pojęcie i cechy „uczciwego procesu karnego”*, PiP 1991, z. 12, s. 56 i n.; P. Wiliński, *Dwa modele rzetelnego procesu*, PiP 2006, z. 7, s. 45 i n.; P. Wiliński, *O koncepcji rzetelnego procesu karnego, (w:) Rzetelny proces karny. Materiały z konferencji naukowej Trzebieżowice 17–19 września 2009 r.*, red. J. Skorupka, W. Jasiński, Warszawa 2010, s. 171 i n.; oraz opracowania zamieszczone w zbiorze *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009.

¹⁷ Na taki sposób rozumienia zasady prawdy w orzecznictwie wskazuje T. Gizbert-Studnicki, podkreślając, że „(...) prawnicy, rozważając zagadnienie prawdy materialnej posługują się korespondencyjnym pojmowaniem prawdy jako zgodności zdania z rzeczywistością pozajęzykową (*notabene*, rzadko zdając sobie sprawę z trudności natury filozoficznej i semantycznej, które się z takim pojmowaniem prawdziwości wiążą). Koncepcja prawdy przyjmowana przez prawników jest w związku z korespondencyjnym pojmowaniem prawdy koncepcją realistyczną – w tym sensie, że to, co czyni zdanie prawdziwym, jest czymś rzeczywiście istniejącym i obiektywnym, a przy tym pozostającym w ustalonej relacji (nazywanej „relacją korespondencji”) do zdania będącego nośnikiem prawdy. Innymi słowy, to składniki rzeczywistości pozajęzykowej sprawiają, że zdanie formułujące ustalenie faktyczne jest prawdziwie” – *Prawda sądowa w postępowaniu cywilnym*, PiP 2009, z. 7, s. 9. Zob. też interesujące uwagi J. Woleńskiego, *Epistemologiczne aspekty środków odwoławczych, (w:) Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Z. Dody*, Kraków 2000, s. 71 i n.

¹⁸ W podobny sposób ujmuje tę kwestię J. Jodłowski, odwołując się do stanowiska M. Cieślaka, wskazującego, że „przez zasadę prawdy materialnej rozumieć należy dyrektywę, w myśl której decyzje procesowe powinny opierać się na prawdziwych ustaleniach faktycznych, a organy procesowe powinny dążyć do starań, aby uzyskać takie ustalenia” (M. Cieślak, *Polska procedura karna*, s. 263; J. Jodłowski, *Wpływ ograniczenia inicjatywy dowodowej*, s. 162).

orzecznicy okoliczności, na podstawie których czynił będzie ustalenia dotyczące relevantnych procesowo faktów¹⁹. Jak podkreśla się w piśmiennictwie, „zasada prawdy materialnej wytycza cel postępowania dowodowego. Zasada bezpośredniości natomiast określa (z najważniejszego punktu widzenia) jego metodę określaną za pomocą dyrektywy, wedle której organy procesowe powinny opierać swe ustalenia faktyczne w miarę możliwości na dowodach pierwotnych”²⁰.

W świetle przedstawionych powyżej wywodów można, jak się wydaje bez ryzyka popełnienia większego błędu, konstatować, że zasada prawdy materialnej w kształcie, w jakim funkcjonuje aktualnie w polskim systemie prawa procesowego, opiera się na pięciu filarach: po pierwsze, na wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. dyrektywie, w myśl której organy procesowe powinny opierać swoje decyzje na prawdziwych ustaleniach faktycznych; po wtóre, na określonych regułach dowodowych, wyznaczających prawne możliwości i granice dokonywania ustaleń faktycznych, wśród których istotną rolę pełni regulacja określająca kompetencje sądu do przeprowadzania dowodów z urzędu, niezależnie od woli i aktywności stron procesowych; po trzecie, na zasadzie bezpośredniego przeprowadzania dowodów przed sądem, którą uznaje się za wyznaczającą metodę realizacji zasady prawdy materialnej; po czwarte, na ustawowo określonych wyjątkach od zasady prawdy materialnej, określających w sposób kompletny, poprzez taksatywne wyliczenie przypadków, w których ustalenie prawdy obiektywnej nie stanowi warunku ważności orzeczenia; po piąte wreszcie – na przepisach określających podstawy konstruowania środka zaskarżenia w zakresie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych. Ujmując w taki sposób zasadę prawdy materialnej, a zwłaszcza dostrzegając jej związki z przepisem określającym kompetencje do przeprowadzenia przez sąd dowodów z urzędu, niezależnie od woli i inicjatywy dowodowej stron postępowania, zaproponowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego modyfikacje tego przepisu kompetencyjnego zmierzające w kierunku ograniczenia uprawnień, a w istocie obowiązku sądu do przeprowadzania z urzędu dowodów, traktowane są jako zagrożenie dla realizacji zasady prawdy materialnej. Konkretyzując zastrzeżenia wobec projektowanej treści art. 167 k.p.k., który w brzmieniu nadanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego stwarza podstawy do przeprowadzenia przez sąd dowodów z urzędu „w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach”, w piśmiennictwie wskazuje się, że „proponowana zmiana art. 167 k.p.k. mogłaby nasuwać pokusę rezygnacji z zasady prawdy materialnej i przyjęcia w znowelizowanej procedurze karnej przeciwnej zasady prawdy legalnej (formalnej)”²¹. W istocie zatem zastrzeżenia dotyczące projektowanej regulacji w kontekście zasady prawdy materialnej nie odnoszą się do formalnego wyrugowania z systemu prawa dyrektywy statuującej zasadę prawdy materialnej, lecz niebezpieczeństwa rezygnacji z tej zasady w praktyce stosowania prawa w wyniku braku przepisów obligujących sąd do przeprowadzania określonych czynności dowodowych w celu ustalenia okoliczności faktycznych w sposób zgodny z rzeczywistością w sytuacjach, gdy czynności dowodowe prowadzone z inicjatywy stron nie stwarzają podstawy do pełnego wyjaśnienia okoliczności stanowiącego przedmiot procesu

¹⁹ Por. interesujące wywody J. Tylmana, *Zasada bezpośredniości*, (w:) *Rzetelny proces karny*, s. 125 i n.

²⁰ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, s. 266.

²¹ B. Nita, A. Światłowski, *Kontradycyjny proces karny*, s. 36.

zdarzenia faktycznego. Owo niebezpieczeństwo w zasadniczej części zasadza się na projektowanym „(...) przeniesieniu ciężaru dowodzenia na strony procesowe, z czym może się wiązać faktyczne przekreślenie albo co najmniej ograniczenie tej zasady”²². Jednocześnie zastrzeżenia czy też obawy dotyczące rezygnacji z zasady prawdy materialnej opierają się na klasycznym rozumieniu tej zasady, ujmowanej wedle formuły realistycznej i korespondencyjnej definicji prawdy jako zgodność zdania dotyczącego ustaleń faktycznych stanowiących podstawę dokonywanego przez sąd rozstrzygnięcia z rzeczywistością pozajęzykową²³. Zakłada więc absolutystyczne rozumienie tej zasady, pomijające lub minimalizujące jej proceduralne uwarunkowania oraz związane z nimi ograniczenia i wyjątki, przesądzające o możliwości wydania decyzji procesowej opartej na ustaleniach fałszywych, lub co najmniej nie w pełni zweryfikowanych z punktu widzenia ich zgodności z pozajęzykową rzeczywistością. Tak pojmowane ujęcie prawdy materialnej jako zasadniczej treści dyrektywy wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. przeciwstawiane jest pojęciu prawdy sądowej, prawdy legalnej czy też prawdy formalnej, którą w istocie statuować mają zmodyfikowane w projekcie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego zasady prowadzenia postępowania dowodowego²⁴. Mimo wielości terminów wykorzystywanych dla określenia alternatywy dla pojęcia „prawdy materialnej” wydaje się, że z dogmatycznego punktu widzenia są one wykorzystywane w piśmiennictwie procesowym jako pojęcia odnoszące się do tego samego ujęcia prawdy, jako terminu zrelatywizowanego do określonej procedury²⁵. Pojmując procedury jako system reguł, które określają zasady i tryb wykonywania przez sąd i strony procesowe czynności zmierzających do poczynienia ustaleń faktycznych, oparte na ich wykorzystaniu pojęcie prawdy jest zrelatywizowane właśnie do określonej procedury, o tym zaś, czy dane twierdzenia mają przymiot prawdziwości, decyduje zgodność czynności prowadzących do przyjęcia określonego twierdzenia z określonymi regułami proceduralnymi²⁶. Takie podejście wyraźnie zbliża pojęcie prawdy występujące na gruncie dyrektywy wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k., odczytywanej kontekstowo z uwzględnieniem regulacji dotyczących procedury dowodowej do pojęcia prawdy sądowej, rozumianej pragmatycznie, zrelatywizowanej do określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego reguł prowadzenia czynności dowodowych służących do ustalenia okoliczności faktycznych stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia zdarzenia. W tej modyfikacji sposobu rozumienia zasady prawdy wynikającej z projektowanych zmian, w szczególności zaś ograniczenia inicjatywy dowodowej sądu, krytycy projektowanego rozwiązania upatrują zagrożenia dla zasady prawdy. Ograniczenie inicjatywy dowodowej sądu oraz przeniesienie ciężaru dowodów na strony postępowania, prowadząc do oparcia ustaleń faktycznych na dowodach przedstawionych przez strony, w zasadzie bez możliwości dokonania korekty przez sąd w wyniku wykorzystania inicjatywy dowodowej, skutkować może faktycznym przekreśleniem lub ograniczeniem zasady prawdy materialnej,

²² Tak tamże, s. 39.

²³ Zob. szerzej T. Gizbert-Studnicki, *Prawda sądowa*, s. 8 i n. Por. też J. Woleński, *Epistemologiczne aspekty środków odwoławczych*, s. 71 i n.; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 177 i n.

²⁴ Zob. m.in. B. Nita, A. Światłowski, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 38 i n.

²⁵ Na taki sposób użycia wskazanych terminów wskazują rozważania B. Nity, A. Światłowskiego, *Kontradiktoryjny proces karny*, s. 38 i n.

²⁶ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Prawda sądowa*, s. 11 i n.

która z uwagi na proceduralne ograniczenia przestanie być prawdą w ujęciu korespondencyjnym, stając się prawdą formalną, legalną, sądową, opartą na sformalizowanych i zarazem ograniczonych co do możliwości prowadzenia ustaleń procedurach. Spór o możliwość realizacji zasady prawdy materialnej w kontradictoryjnym procesie karnym związany jest zatem także ze sposobem rozumienia wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. zasady. Odczytując tę zasadę na podstawie korespondencyjnego pojmowania prawdy, przeciwnicy projektowanych regulacji wskazują, że ich wprowadzenie w istocie przekształca zasadę wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k. w prawdę ujmowaną pragmatycznie, jako zgodność ustaleń z określoną procedurą. Takie przekształcenie zaś naruszać będzie dogmatyczną istotę zasady prawdy materialnej, a tym samym godzić w konstytucyjne i dogmatyczne fundamenty procesu karnego. Sytuując spór o możliwość połączenia zasady prawdy materialnej z kontradictoryjnym procesem karnym na poziomie definicyjnym, związanym ze sposobem rozumienia zasady prawdy na gruncie stosownych regulacji proceduralnych, tym samym poszerza się metodologiczną płaszczyznę debaty, obok bowiem aspektów teoretycznych i dogmatycznych znaczenie uzyskują także kwestie związane ze sposobami definiowania prawdy oraz adekwatnością określonych ujęć definicyjnych na gruncie konkretnych regulacji procesowych.

Powyżej wskazano już, że dogmatycy procesu karnego, posługując się pojęciem prawdy materialnej, opierają się na realistycznej i korespondencyjnej koncepcji prawdy, wedle której twierdzenie jest prawdziwe, jeżeli zdarzenie, którego twierdzenie dotyczy, rzeczywiście miało miejsce. Ustalenie prawdy w tym ujęciu to sąd zgodny z rzeczywistością. Z kolei posługując się pojęciem prawdy formalnej, legalnej czy też sądowej, dogmatycy procesu karnego relatywizują to pojęcie do określonej procedury, o tym, czy dane twierdzenie jest prawdziwe, decyduje w tym ujęciu zgodność ustaleń z regułami procedury. Na poziomie analizy językowej „pojęcia prawdy sądowej i prawdy obiektywnej są całkowicie różne”, nie oznacza to jednak, że podobna różnica występuje na poziomie regulacji proceduralnej, ani też nie przesądza, że przepis art. 2 § 2 k.p.k. posługuje się realistycznym i korespondencyjnym ujęciem prawdy. Jakkolwiek użyte w treści przepisu art. 2 § 2 k.p.k. pojęcie „prawdy” w doktrynie prawa procesowego interpretowane jest w duchu korespondencyjnej, realistycznej definicji prawdy²⁷, to normatywna treść zapisu zawartego we wskazanym przepisie uszczegółowionego przez ciąg reguł określających zasady i tryb prowadzenia czynności dowodowych wyraża – jak ujmuje to T. Gizbert-Studnicki – zasadę, nie zaś regułę w ujęciu klasyfikacyjnym zaproponowanym przez R. Dworkina²⁸. Nadanie wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. dyrektywie prawdy materialnej charakteru zasady w ujęciu Dworkinowskim w sposób oczywisty

²⁷ Co do modeli definicyjnych pojęcia „prawda” zob. szerzej J. Woleński, *Epistemologia. Poznanie, prawda, wiedza, realizm*, Warszawa 2005, s. 165–168; T. Szubka, *Minimalistyczne a korespondencyjne teorie prawdy*, (w:) *Filozofia i logika. W stronę Jana Woleńskiego*, red. J. Hartman, Kraków 2000, s. 381 i n.; J. Woleński, *Epistemologiczne aspekty środków odwoławczych*, s. 71 i n. Por. też T. Gizbert-Studnicki, *Prawda sądowa*, s. 8 i n.

²⁸ Co do pojęć zasady i reguły prawne w ujęciu R. Dworkina oraz recepcji tej koncepcji na grunt polskiej teorii prawa zob. szerzej T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, PiP 1988, z. 3, *passim*. W zakresie transpozycji tego ujęcia na grunt prawa karnego oraz rozstrzygania charakterystycznych dla prawa karnego sytuacji kolizji konfliktu dóbr i kolizji norm zob. szerzej M. Dąbrowska-Kardas, *Kara jako konflikt dóbr i kolizja norm w świetle koncepcji Roberta Alexy’ego konfliktu reguł i kolizji zasad. Rozważania na tle konstytucyjnych norm stanowienia i stosowania prawa*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 4, s. 20 i n.

zakłada stopniowalność jej spełnienia, i tym właśnie różni się od reguły, która może zostać spełniona lub niespełniona, nie jest jednak stopniowalna. Istotą tak pojmowanej zasady prawdy materialnej dobrze oddaje T. Gizbert-Studnicki, podkreślając, że „prawodawca nie nakłada bowiem na sąd obowiązku dokonywania takich tylko ustaleń faktycznych, które są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Wymaganie to byłoby niemożliwe do spełnienia, chociażby z uwagi na faktycznie istniejące możliwości dotarcia w każdym przypadku do prawdy. Ponadto realizacja zasady prawdy materialnej ograniczona była innymi zasadami i regułami procesowymi (np. regułami rozkładu ciężaru dowodu) (...) Stąd też zasada prawdy materialnej nakłada na sąd obowiązek dążenia do dokonania ustaleń faktycznych odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy, w tej mierze, w jakiej jest to faktycznie i prawnie możliwe”²⁹. Innymi słowy, realizacja zasady prawdy w rozumieniu art. 2 § 2 k.p.k. może w większym lub mniejszym stopniu prowadzić do zgodności twierdzenia dotyczącego ustaleń faktycznych z pozajęzykową rzeczywistością. Zasada prawdy materialnej ma w tym ujęciu charakter optymalizacyjny. Ujmując zasadę prawdy jako dyrektywę **nakładającą na sąd obowiązek dążenia do dokonania ustaleń faktycznych odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy w tej mierze, w jakiej jest to faktycznie i prawnie możliwe**³⁰, tym samym w sposób zasadniczo odmienny, niż przyjmuje się to w doktrynie prawa procesowego, określa się jej zawartość treściową, istotę oraz cel, którego realizacji ma służyć. Łatwo dostrzec, że przyjmowane powszechnie w doktrynie prawa procesowego rozumienie zasady prawdy materialnej, nawiązującej do klasycznej korespondencyjnej i realistycznej definicji prawdy z punktu widzenia kategoryzacji Dworkinowskiej, zbliżone jest raczej do reguły niż zasady, i na tym definicyjnym poziomie zdaje się nie uwzględniać szczególnych konwencjonalnych reguł proceduralnych określających zasady dochodzenia do ustaleń faktycznych oraz przewidujących ograniczenia wyłączające możliwość czynienia pewnych ustaleń w określony sposób. W tej perspektywie zrozumiałe jest stanowisko łączące zasadę prawdy z inicjatywą dowodową sądu, tylko bowiem istnienie tego instrumentu procesowego stwarza podstawy do realizacji tej zasady, tj. ustalenia okoliczności faktycznych w sposób zgodny z ich przebiegiem w wypadku braku stosownej inicjatywy dowodowej stron. W tym ujęciu zrozumiałe jest także traktowanie określonych w systemie prawa przypadków, w których podstawą rozstrzygnięcia są fałszywe lub nie w pełni ustalone okoliczności faktyczne, jako odstępstwa od zasady prawdy. Skoro spełnienie tej zasady, będącej regułą w ujęciu Dworkinowskim, nie jest stopniowalne, to wskazane sytuacje nie mogą być kwalifikowane inaczej niż ustawowe odstępstwa od obowiązku realizacji tej zasady. W tych sytuacjach zasada prawdy materialnej nie jest po prostu zrealizowana, jednak mimo to orzeczenia wydane w takim trybie pozostają ważne. Tak rozumianą zasadę prawdy materialnej przeciwstawia się w doktrynie prawa procesowego, o czym była już mowa powyżej, pojęciu zasady prawdy sądowej. Jakkolwiek pojęcia „prawdy sądowej i prawdy obiektywnej są całkowicie różne”, to pierwsze ma charakter pragmatyczny, odnosi się do właściwości zespołu proceduralnie określonych czynności, których rezultatem jest zdanie kwalifikowane jako prawdziwe, to drugie jest pojęciem semantycznym, odwołującym się do relacji między zdaniem a rzeczy-

²⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Prawda sądowa*, s. 9–10.

³⁰ Tamże, s. 11 i n.

wistością pozajęzykową, jednak ich przeciwstawienie na gruncie art. 2 § 2 k.p.k. nie wydaje się w pełni zasadne. Nie znajduje także uzasadnienia posługiwanie się na gruncie powołanego przepisu realistyczną, korespondencyjną koncepcją prawdy. W istocie uwzględniając kontekst normatywny, w jakim funkcjonuje przepis art. 2 § 2 k.p.k., zasadne jest posługiwanie się na gruncie tego przepisu pragmatycznym ujęciem prawdy, zrelacjonowanym do określonych w Kodeksie postępowania karnego procedur dowodowych. W istocie zatem przepis art. 2 § 2 k.p.k. wbrew powszechnemu mniemaniu wyraża zasadę prawdy sądowej, pojmowanej pragmatycznie. Wynika to nie tylko z przedstawionych wyżej okoliczności, lecz także z istoty i celu procesu karnego, który niezależnie od komplikacji lub trudności związanych z ustaleniem okoliczności faktycznych w sposób zgodny z ich rzeczywistym, historycznym przebiegiem, musi zakończyć się rozstrzygnięciem sprawy i wydaniem orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Pozwala to twierdzić, że między osiągnięciem prawdy sądowej a osiągnięciem prawdy obiektywnej, rozumianej w duchu ujęcia korespondencyjnego, zachodzi – jak ujmuje to T. Gizbert-Studnicki – związek „genetyczny”, którego istota sprowadza się do tego, że z uwagi na uzależnienie prawdy sądowej od reguł proceduralnych i materialnoprawnych określających tryb i sposób przeprowadzania czynności składających się na ustalenia faktyczne oraz powiązanie prawdy materialnej z korespondencyjnym jej ujęciem na poziomie definicyjnym, o zbieżności lub rozbieżności twierdzeń składających się na prawdę sądową i prawdę materialną przesądza charakter i wzajemna relacja reguł określających zasady i tryb prowadzenia ustaleń faktycznych w procedurze sądowej³¹. Jak zgrabnie ujmuje to T. Gizbert-Studnicki, im większa w procedurze sądowej rola reguł służących do ułatwienia poczynienia przez sąd ustaleń faktycznych, „tym większa szansa, że zdaniom będącym wytworami ustaleń faktycznych przysługiwała będzie nie tylko «prawdziwość sądowa», ale także «prawdziwość obiektywna», im zaś mniejsza rola reguł tego typu, tym większa rozbieżność między «prawdziwymi sądowo» zdaniami będącymi wytworami ustaleń faktycznych a prawdą obiektywną”³². Dodać należy, że **„z pojęciowego punktu widzenia prawda sądowa musi być odróżniana od prawdy obiektywnej w każdej procedurze, która zawiera jakiegokolwiek reguły rządzące ustaleniami faktycznymi sądu. Dotyczy to nawet takiej (czysto hipotetycznej) procedury, która zawierałaby wyłącznie reguły pierwszego typu, czyli reguły racjonalizowane dążeniem do ułatwienia sądowi akceptacji twierdzeń «obiektywnie prawdziwych»**. Okoliczność, że dana reguła jest tak właśnie racjonalizowana, nie przesądza bowiem o tym, że w każdym przypadku zastosowania tej reguły zostanie osiągnięta prawda obiektywna oraz że naruszenie tej reguły skutkować będzie akceptacją zdań obiektywnie fałszywych. **Sam fakt istnienia jakichkolwiek reguł, niezależnie od sposobu ich racjonalizacji, powoduje, że ustalenia faktyczne sądu pojmowane jako złożone akty mowy (lub jako czynności konwencjonalne) uzyskują wymiar wadliwości/niewadliwości, a zdania będące ich wytworami – wymiar prawdy sądowej**. To, w jakiej mierze reguły proceduralne sprzyjają lub stoją na przeszkodzie ustaleniom «obiektywnie prawdziwym», jest wyłącznie kwestią stopnia”³³. W konsekwencji na gruncie regu-

³¹ Tamże, s. 15 i n.

³² Tamże, s. 18.

³³ Warto podkreślić, że analizując problematykę zasady prawdy obiektywnej w kontekście procedury cy-

lacji prawnych odnoszących się do kwestii ustaleń faktycznych opartych na sformalizowanej procedurze, przepisy wyrażające zasadę prawdy w istocie odnoszą się do prawdy sądowej, której ustalenia oparte są na sformalizowanych regułach rządzących ustaleniami faktycznymi sądu. To zaś pozwala twierdzić, że pojęcie prawdy użyte w art. 2 § 2 k.p.k. rozumieć należy, co sygnalizowano już powyżej, pragmatycznie, jako zgodność ustaleń z określoną i obowiązującą procedurą, nie zaś realistycznie, w duchu korespondencyjnego ujęcia prawdy. Tym samym niezależnie od prezentowanego w doktrynie prawa procesowego stanowiska zasada prawdy wyrażona w art. 2 § 2 k.p.k. w istocie odnosi się do „prawdy sądowej”, jako terminu zrelatywizowanego do określonej procedury.

3. Przedstawione powyżej uwagi stwarzają perspektywę analizy zarysowanego wyżej sporu dotyczącego relacji między zasadą prawdy materialnej a projektowanymi zmianami reguł postępowania dowodowego oraz innych przepisów składających się na elementy zwiększonej kontrydiktoryjności postępowania jurysdykcyjnego. Spojrzenie na wyrażaną w art. 2 § 2 k.p.k. dyrektywę prawdy materialnej jako na zasadę w ujęciu Dworkinowskim, której spełnienie jest stopniowalne w kontekście relacji zachodzących między twierdzeniem dotyczącym ustaleń faktycznych sądu a pozajęzykową rzeczywistością oraz dostrzeżenie, że przepisy procesowe przewidują wiele reguł określających sposób i tryb ustalania przez sąd okoliczności faktycznych, pozwala zakwestionować powszechnie przyjmowane w doktrynie rozumienie tej zasady w kontekście korespondencyjnej definicji prawdy, zbliżające zasadę wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k. do reguły w ujęciu R. Dworkina. Z tych samych względów zasada prawdy wyrażona w art. 2 § 2 k.p.k. statuuje w istocie zasadę prawdy sądowej, której realizacja związana jest ze skonwencjonalizowanym systemem wiążących sąd i strony postępowania reguł dowodowych. Z tej perspektywy nie istnieją żadne teoretyczne przeszkody do takiego ukształtowania systemu prawa procesowego, w którym wyraźnemu określeniu przez prawodawcę zasady prawdy materialnej towarzyszą rozbudowane regulacje proceduralne, składające się na kontrydiktoryjny model procesu karnego. Co więcej, procesowa zasada prawdy nie pozostaje w sprzeczności także z modelem skrajnie kontrydiktoryjnym, w którym aktywność dowodowa sądu jest całkowicie wykluczona³⁴. Zwiększenie zakresu kontrydiktoryjności w procesie karnym w żadnym zakresie nie wymaga za-

wilnej, T. Gizbert-Studnicki konstatował, iż w okresie poprzedzającym wprowadzenie regulacji zwiększającej zakres elementów kontrydiktoryjnych w postępowaniu cywilnym, a więc przed 1996 rokiem, „zasada prawdy materialnej obowiązująca do 1996 r. stanowiła zasadę w sensie Dworkinowskim. Jej spełnienie było ograniczone innymi zasadami i regułami postępowania, a także faktyczną możliwością odtworzenia rzeczywistego stanu rzeczy. Nawet w ówczesnym stanie prawnym uzasadnione było zatem używanie pojęcia «prawda sądowa» w przedstawionym tu znaczeniu” – *Prawda sądowa*, s. 18.

³⁴ Odmienne kwestię tę ujmuje A. Bojańczyk, podkreślając, że w hipotetycznym modelu procesu opartego na „czystej” kontrydiktoryjności, gdzie rola sądu jest całkowicie pasywna i zredukowana wyłącznie do oceny dowodów (i ewentualnego, wyjątkowego jednak tylko, decydowania o dopuszczalności dowodów, których przeprowadzenie proponują strony), sędzia nie ma inicjatywy dowodowej i nie ma zadania dążenia do ustalenia prawdy w postępowaniu. „Czy tak skalibrowany normatywnie hipotetyczny model postępowania karnego bezapelacyjnie i wyraźnie odrzuca zasadę prawdy materialnej jako fundament procesu karnego? Tak. Czy – *in concreto* – wynik takiego postępowania może być oparty na fałszywych ustaleniach faktycznych, nieodpowiadających prawdzie materialnej? Niejednokrotnie tak, jeżeli strony nie zadbają należycie o ochronę własnych interesów procesowych w toku postępowania sądowego” – *Dowód prywatny w postępowaniu karnym*, s. 341.

tem z teoretycznego i dogmatycznego punktu widzenia eliminacji czy też ograniczania zasady prawdy materialnej. Zarazem pozostawienie w systemie prawa procesowego przepisu wyrażającego zasadę prawdy nie wymaga w sposób konieczny określenia w przepisach proceduralnych kompetencji sądu do przeprowadzania z urzędu czynności dowodowych³⁵. W tym zakresie ustawodawca nie jest skrupowany także przepisami konstytucyjnymi, niezależnie bowiem od tego, czy zasadne jest twierdzenie o możliwości i potrzebie rekonstruowania zasady prawdy materialnej z przepisów Konstytucji RP, w tym w szczególności z zawartej w art. 45 ust. 1 Konstytucji zasady prawa do sądu lub z innych przepisów konstytucyjnych³⁶, także w razie przyjęcia, że zasada prawdy ma status konstytucyjny, jej normatywny sens sprowadza się do określenia proceduralnych przesłanek (reguł) przeprowadzenia czynności zmierzających do poczynienia przez sąd ustaleń faktycznych, których spełnienie przesądza o ważności tej czynności i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w sprawie³⁷. W żadnym zakresie jednak tak rozumiana zasada prawdy nie nakładałaby konstytucyjnego wymogu bezwzględnego zagwarantowania procedury zapewniającej przeprowadzenie przez sąd ustaleń w sposób prowadzący do takiego ukształtowania twierdzenia sądu dotyczącego faktów, które pozostawałoby w relacji zgodności z pozajęzykową rzeczywistością³⁸, jako warunku wydania ważnego

³⁵ Trafnie podkreśla A. Bojańczyk, że „z powodzeniem można bronić tezy (być może szokującej z punktu widzenia tradycyjnej optyki procesowej, który *de lege lata* słusznie chyba – czyni z zasady prawdy materialnej «królową» zasad procesowych) – że sprawiedliwy proces czy sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy niekoniecznie musi być tożsame z rozpatrzeniem sprawy w oparciu o model obliczony na realizację zasady prawdy materialnej. Do pomyślenia i do obrony jest także sytuacja, w której model normatywny procesu karnego wcale nie jest oparty na zasadzie prawdy materialnej, a jednak proces karny, jako całość (i to zarówno z punktu widzenia jego modelowej konstrukcji normatywnej, jak i z punktu widzenia konkretnego postępowania toczącego się na podstawie tak ukształtowanego modelu normatywnego) może zostać uznany za rzetelny” – *Dowód prywatny w postępowaniu karnym*, s. 41.

³⁶ Wątpliwości dotyczące możliwości i zasadności dekodowania z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP zasady prawdy materialnej przedstawia A. Bojańczyk, akcentując, że „(...) upatrywanie w zasadzie sprawiedliwego procesu źródła zasady prawdy materialnej jest zadaniem karkołomnym, a – w najlepszym razie – opartym na sztucznym wprowadzeniu pozanormatywnych założeń aksjologicznych do tekstu przepisów konstytucji” – *Dowód prywatny w postępowaniu karnym*, s. 342. Kwestia konstytucyjnego zakorzenienia zasady prawdy, jej normatywnego znaczenia oraz związków z zasadą sprawiedliwego rozpoznania sprawy, czy też sprawiedliwości materialnej, jest jednak nad wyraz skomplikowana i jej przedstawienie wymaga odrębnego opracowania monograficznego.

³⁷ W pełni podzielić należy stanowisko A. Bojańczyka, że „(...) warunkiem koniecznym sprawiedliwego procesu nie są wcale ustalenia oparte na prawdzie, lecz, raczej uprawnienia i obowiązki procesowe stron i takie ukształtowanie modelu postępowania karnego, by zachowana była równość pomiędzy stronami, by każda ze stron miała równą możliwość prezentowania korzystnych dla siebie dowodów, ustosunkowania się i analizy każdego z dowodów i twierdzeń strony przeciwnej itp. Procesu karnego, w którym arbitralnie odmawia się jednej ze stron określonych uprawnień procesowych, jednocześnie przyznając je – i to z nadkładem – innej stronie, nie można uznać za sprawiedliwy w rozumieniu ustawy zasadniczej. Z drugiej jednak strony procesu karnego, który jest oparty na zasadzie prawdy materialnej nie można i nie wolno utożsamiać z procesem rzetelnym (*fair trial*)” – *Dowód prywatny w postępowaniu karnym*, s. 341–342.

³⁸ Trafnie wskazuje A. Bojańczyk, że nawet gdyby dekodować z przepisów konstytucyjnych zasadę prawdy, to w istocie jej normatywny sens sprowadza się do kierowanego do prawodawcy postulatu takiego ukształtowania procesu karnego, że „model postępowania karnego winien być oparty na urządzeniach normatywnych optymalizujących dotarcie do prawdy”. Zarazem jednak pozostając w kręgu definiowania procesowej zasady prawdy materialnej w oparciu o realistyczną, korespondencyjną definicję prawdy, A. Bojańczyk dodaje – co nie wydaje się w kontekście przedstawionego wyżej sposobu rozumienia zasady prawdy zasadne ani ko-

rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Konstytucyjna zasada prawdy, identycznie jak zasada prawdy na płaszczyźnie ustawy procesowej, oznacza w aspekcie procesowym jedynie dyrektywę optymalizacyjną, nakazującą takie ukształtowanie modelu postępowania (zasada na poziomie konstytucyjnym) oraz takie ukształtowanie postępowania dowodowego w konkretnym przypadku (zasada na poziomie ustawowej regulacji procesowej), by reguły wykonywania czynności dowodowych oceniane kompleksowo stwarzały największe prawdopodobieństwo zgodności ustaleń poczynionych przez sąd przy wykorzystaniu tej procedury z korespondencyjnym rozumieniem prawdy, a więc innymi słowy, by obowiązujące reguły stwarzały największe z możliwych prawdopodobieństwo zgodności sądu stanowiącego wynik sformalizowanych czynności dowodowych z pozajęzykową rzeczywistością.

4. W powyższym kontekście oceniać należy regulacje dotyczące pomocy prawnej z urzędu w toku postępowania karnego. Modyfikując zasady postępowania dowodowego przed sądem, a w szczególności minimalizując do wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadków prowadzenie dowodów przez sąd z własnej inicjatywy, projekt zasadniczo zmienił procedury ustalania okoliczności faktycznych. Istotą tej zmiany jest przeniesienie zasadniczego ciężaru dowodzenia na strony – oskarżyciela, oskarżonego, pokrzywdzonego. Dwie spośród wskazanych wyżej stron mają z założenia nieprofesjonalny status, co sprawia, że w konfrontacji z działaniami sądu ich czynności dowodowe z założenia obarczone są odpowiednio wyższym ryzykiem błędu. Ta zmiana proceduralna z natury rzeczy rzutuje na realizację zasady prawdy materialnej wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. Z tego też powodu dla zagwarantowania należytej procedury prowadzenia ustaleń faktycznych w taki sposób, by zapewniała ona na poziomie instytucjonalnym optymalne, największe prawdopodobieństwo zgodności ustaleń faktycznych dokonywanych przez sąd z pozajęzykową rzeczywistością, konieczne jest skorelowanie zmiany polegającej na zwiększeniu elementów kontradiktoryjności i zmniejszeniu roli sądu w procesie prowadzenia dowodów z zasadniczą modyfikacją regulacji dotyczących pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego. Z tej perspektywy wydaje się, że zakres pomocy udzielanej z urzędu winien obejmować nie tylko oskarżonego, lecz także pokrzywdzonego i inne strony procesu, także na nie bowiem projektowana nowelizacja przenosi ciężar dowodzenia. Nie ma wątpliwości, że udział profesjonalnego prawnika, pełniącego funkcję obrońcy lub pełnomocnika, jest niezbędnym, instytucjonalnym korelatem kontradiktoryjności. I nie chodzi tutaj przede wszystkim o realizację indywidualnych interesów procesowych oskarżonego, pokrzywdzonego lub innych stron procesu, ale o instytucjonalne zagwarantowanie właściwej realizacji interesu publicznego, jakim jest spełnienie warunku materialnej i proceduralnej sprawiedliwości, opartej na realizacji zasady prawdy materialnej.

Jest rzeczą zupełnie oczywistą, że proces oparty na dominacji elementów kontradiktoryjnych wymaga zagwarantowania przez prawodawcę prawa do korzystania z pomocy obrońcy przez każdego, wobec kogo toczy się postępowanie karne, bez względu na status majątkowy. Podobnie kontradiktoryjny proces wymaga zagwaran-

nieczne – że tak ukształtowany model zawierać winien nie tylko regulacje optymalizujące dotarcie do prawdy, lecz również dyrektywę „bezwzględnie warunkującą orzekanie co do odpowiedzialności karnej od dokonania ustaleń opartych na prawdzie” – *Dowód prywatny w postępowaniu karnym*, s. 343.

towania prawa do korzystania z pomocy prawnej z urzędu przez pokrzywdzonego oraz w uzasadnionych okolicznościach przez pozostałe strony procesu. W przeciwnym wypadku istniałoby niebezpieczeństwo naruszenia zasady równości broni i prawa do obrony, a w konsekwencji ryzyko nietrafnych, bo opartych na nie w pełni wyjaśnionych okolicznościach, rozstrzygnięć. A więc zagrożenia dla realizacji zasady prawdy materialnej. Uczestnictwo profesjonalnego prawnika zwiększa bowiem z oczywistych powodów prawdopodobieństwo poczynienia w toku kontradiktoryjnej procedury dowodowej ustaleń faktycznych zgodnych z rzeczywistym przebiegiem wartościowanego zdarzenia. Bez zagwarantowania prawa do korzystania z pomocy obrońcy z urzędu oskarżony zmuszony byłby bowiem w pewnych sytuacjach prowadzić samodzielnie spór z profesjonalnym, korzystającym z imperium państwa oskarżycielem publicznym. Istniejące między tymi podmiotami różnicowanie oraz zasada *fair trial* sprawiają, że oskarżony musi mieć możliwość uzyskania, jeżeli to zasadne – bez konieczności ponoszenia kosztów, profesjonalnego wsparcia. Projektowane rozwiązanie nawiązuje do koncepcji dostępu do obrońcy, przyjętej w toku prac nad dyrektywą europejską o dostępie do adwokata, stanowiąc, że na wniosek oskarżonego, który nie ma obrońcy z wyboru, w postępowaniu sądowym wyznacza się obrońcę z urzędu. Rozwiązanie to jest podstawowym elementem koncepcji rzetelnego procesu, będąc zarazem instytucjonalną gwarancją ochrony interesu publicznego. Tak rozumiane prawo do korzystania z pomocy prawnej z urzędu stanowi konieczne uzupełnienie kontradiktoryjności postępowania. Podobnie przedstawia się kwestia pomocy z urzędu dla pokrzywdzonego. Szkoda przeto, że w tym zakresie projektowana nowelizacja nie przewiduje już rozwiązania umożliwiającego korzystanie z pełnomocnika z urzędu przez pokrzywdzonego.

Poszerzenie zakresu możliwości korzystania z pomocy prawnej z urzędu postrzegać należy w dwóch perspektywach. Po pierwsze, z punktu widzenia jednostki, gwarancji ochrony praw każdego, przeciwko komu toczy się lub czym interesom zagraża proces karny, przed działaniami organów procesowych korzystających z imperium państwa. Po wtóre, z punktu widzenia interesu publicznego, związanego ze sprawiedliwym rozstrzygnięciem sprawy karnej prowadzonej przed sądem. W obu perspektywach pomoc prawna z urzędu stanowi istotne uzupełnienie kontradiktoryjności, w obu jest elementem służącym realizacji podstawowego celu procesu karnego, wydania sprawiedliwego rozstrzygnięcia, a zwłaszcza zagwarantowania, by osoba niewinna nie została pociągnięta do odpowiedzialności karnej. Służy realizacji zasady prawdy materialnej, stanowiąc element systemu reguł proceduralnych, który określa reguły wykonywania czynności dowodowych w sposób stwarzający największe prawdopodobieństwo zgodności ustaleń poczynionych przez sąd przy wykorzystaniu tej procedury z rzeczywistym przebiegiem zdarzenia. Pełni także dodatkową, z punktu widzenia zasady prawdy, subsydiarną funkcję. Zapobiega powstawaniu nierówności i uprzywilejowanej pozycji bogatych, mających możliwość finansowania obrony z wyboru. Nierówna sytuacja procesowa zamożnych i ubogich to wszak argument podnoszony przez przeciwników kontradiktoryjności, dla których w świetle obowiązujących przepisów jedyną gwarancją jest działający z urzędu i wyjaśniający sprawę we wszystkich aspektach sąd. Tyle tylko, że taki sposób działania sądu opiera się w znacznym stopniu na inkwizycyjności, która obok różnych wadliwości ma również i tę cechę, że kieruje sąd w stronę oskarżyciela. Zdaje się nie budzić wątpliwości, że

sens pomocy prawnej z urzędu w kontradiktoryjnym procesie karnym wykracza poza jednostkowy interes oskarżonego, pokrzywdzonego oraz pozostałych stron procesu. Oczywiście w odniesieniu do pomocy prawnej z urzędu pojawić się może pytanie o jakość, staranność i zaangażowanie realizujących tę funkcję prawników. To jednak nie tyle problem istoty i uzasadnienia regulacji dotyczącej pomocy prawnej z urzędu, czy kwestia źródeł, z których finansowana jest ta pomoc, ile standardu wykonywania profesji prawniczej. W tym zakresie fundamentalne znaczenie mają właściwie ukształtowany proces szkolenia i weryfikacji kompetencji zawodowych adwokatów oraz nadzoru nad wykonywaniem zawodu. Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym to przecież osoba pełniąca w zasadniczej części funkcję publiczną. O szczególnym statusie i zaufaniu. Oczywiście projektowane rozwiązanie wywoływać może pewne wątpliwości, zwłaszcza związane z potencjalnymi kosztami zwiększonego zakresu obrony z urzędu. Wydaje się jednak, że nie powinny być one nadmierne, zwłaszcza jeśli nie straci się z pola widzenia, iż kontradiktoryjność niejako z natury rzeczy ogranicza koszty procesu w tym zakresie, w którym na gruncie obowiązującego modelu inkwizycyjnie działające organy procesowe zobligowane są do wykonywania wielu zbędnych, a w szczególności wielokrotnie powtarzanych czynności. Zwiększenie kontradiktoryjności, co pociąga ze sobą poszerzenie zakresu dostępu do pomocy prawnej z urzędu w toku procesu karnego, to rozwiązanie w dobrym kierunku. Ważąc wady i zalety poszerzonego zakresu dostępu do pomocy prawnej z urzędu, nie można tracić z pola widzenia, że alternatywą jest pozostawienie bez zmian polskiej procedury karnej. Ta zaś, jak powszechnie się twierdzi, właśnie z uwagi na niedostatek kontradiktoryjności, jest dalece dysfunkcyjna. Pozostaje zatem zdążanie w kierunku kontradiktoryjności. Trzeba jednak pamiętać, że kontradiktoryjność, nawet w ograniczonym zakresie, nie jest możliwa bez zagwarantowania w odpowiednim zakresie prawa do pomocy prawnej z urzędu każdemu, czyich interesów lub praw dotyczy lub zagraża proces karny. Pomoc prawna z urzędu pełni bowiem w tym modelu fundamentalną funkcję publiczną, o tym samym znaczeniu co funkcja oskarżyciela oraz funkcja sądu. Eliminacja któregokolwiek z tych elementów oznacza całkowitą dysfunkcyjność wymiaru sprawiedliwości.

Summary

Piotr Kardas

THE RELATION BETWEEN THE ANTICIPATED AMENDMENT
OF THE COURT-APPOINTED DEFENSE AND THE PRINCIPLE
OF SUBSTANTIVE TRUTH

The text is devoted to the analysis of the meaning of the anticipated amendment of the model of criminal proceeding to take evidence to the scope of court-appointed defence. By emphasising the increasing scope of the parties' responsibilities in the evidentiary process in an adversarial trial, to which their greater accountability for the outcome of the trial is directly correlated, it is argued that the enlargement of the scope of court-appointed defence aims to warrant the fulfillment of the public interest. Firstly it

constitutes one of the institutional warrants of the enforcement of the substantive truth principle in an adversarial trial, secondly it is a means to endorse the basic purpose of the criminal trial. Conceiving the functions of court-appointed defence in an adversarial criminal trial in the public sphere, it is outlined that the legislation gap in the anticipated amendment, consisting in not awarding the aggrieved party the right to benefit from an assigned defender, is faulty. The text also comprises in-depth considerations on the relation of the right to defence, the principle of an adversarial trial and the principle of substantive truth.

KEY WORDS: model of criminal procedure, principle of an adversarial process, principle of substantive truth, public interest, principle of fair trial, the scope of court-appointed defence, functions of a defence counsel, functions of the attorney of the aggrieved party, amendment to the Polish criminal procedure

POJĘCIA KLUCZOWE: model procesu karnego, kontrydiktoryjność, zasada prawdy materialnej, interes publiczny, zasada *fair trial*, zakres pomocy prawnej z urzędu, funkcje obrońcy, funkcje pełnomocnika pokrzywdzonego, nowelizacja polskiej procedury karnej

OBRONA Z URZĘDU W POLSKIEJ PROCEDURZE KARNEJ – ROZWIĄZANIE MODELOWE

Z pozoru odpowiedź na pytanie, jak powinna wyglądać wzorcowa obrona z urzędu, jest prosta. Powinna spełniać te same standardy, co obrona z wyboru¹. Jednakże po bliższym zapoznaniu się z tą problematyką należy stwierdzić, że z przyczyn obiektywnych nie jest możliwe postawienie znaku równości między wymaganiami co do obrony z wyboru i obrony z urzędu.

Prawo do obrony (zarówno z urzędu, jak i z wyboru) jest częścią szerszej instytucji, a mianowicie tzw. praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym². Można wymienić następujące prawa procesowe osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym:

1) prawo do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym³,

2) prawo do informacji o prawach i zarzutach, w tym także prawo dostępu do akt sprawy⁴,

3) prawo do bronięcia się osobiście (obrona w znaczeniu materialnym) lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę (obrona w znaczeniu formalnym) i prawo do bezpłatnego ustanowienia obrońcy w sytuacji niemożności poniesienia kosztów obrony⁵,

4) prawo do powiadomienia o zatrzymaniu (osoba podejrzana lub oskarżona pozbawiona wolności powinna być uprawniona do powiadomienia o zatrzymaniu co najmniej jednej wyznaczonej przez nią osoby, takiej jak członek rodziny lub pracodawca, a jeżeli nie jest obywatelem kraju, który dokonał zatrzymania, powinna mieć prawo do powiadomienia organów konsularnych państwa pochodzenia takiej osoby)⁶.

Instytucja obrony z urzędu jako część prawa karnego procesowego siłą rzeczy jest zależna od systemów prawnych poszczególnych krajów. Należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje niezależne od systemów krajowych rozwiązanie, które pozwoli okre-

¹ P. Kostański, M. Nowaczek, *Polemika. Pełnomocnik z urzędu czy etatowy pracownik urzędu*, „Biuletyn Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie” 2005, nr 2, s. 36.

² Por. Program Sztokholmski przyjęty przez Radę Europejską w dniach 10–11 grudnia 2009 r., Rozdział 2.4. Prawa jednostki w postępowaniu karnym.

³ Dyrektywa Unii Europejskiej z 20 października 2010 r. nr 2010/64/UE w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym, Dz. L 280 z 26 października 2010 r., s. 1.

⁴ Art. 6 ust. 3a Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

⁵ Art. 6 ust. 3c Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, P. Hofmański, *Konwencja Europejska. Prawo karne*, Toruń 1995, s. 259.

⁶ Por. wniosek Komisji Europejskiej w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym oraz prawa do powiadamiania osoby trzeciej o zatrzymaniu, Bruksela, 8 czerwca 2011 r. – uzasadnienie, rozdział 4, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0326:FIN:PL:PDF>, dostęp: 12 września 2012 r.

ślić model prawidłowej obrony z urzędu, to jest zgodnej z logiką i powszechnie uznanymi prawami osób podejrzanych czy oskarżonych. Ponieważ model ten w znacznym stopniu musi mieć charakter normatywny, należałoby odpowiedzieć sobie na pytanie, czy istnieją akty prawne wyższego rzędu niż krajowe kodeksy, które pozwolą określić standardy, jakie musi spełniać obrona z urzędu. Oczywiście chodzi tutaj o konstytucje, ewentualnie o normy prawa międzynarodowego.

Odpowiadając na to pytanie, należy stwierdzić, że istnieje wiele uregulowań oraz dokumentów niemających charakteru aktów prawnych, które pozwalają na określenie modelu obrony z urzędu w postępowaniu karnym⁷. Należy tutaj w szczególności wskazać:

- 1) Program Sztokholmski przyjęty przez Radę Europejską w dniach 10–11 grudnia 2009 r., rozdział 2.4. Prawa jednostki w postępowaniu karnym⁸,
- 2) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 82 ust. 2)⁹,
- 3) Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej (art. 47 i 48)¹⁰,
- 4) Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych powstały na mocy rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 16 grudnia 1996 r. (art. 14 ust. 3)¹¹,
- 5) Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisaną w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (art. 6 ust. 3)¹²,
- 6) Konstytucję RP (art. 42 ust. 2),
- 7) wniosek Komisji Europejskiej w sprawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym oraz prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu – Bruksela, 8 czerwca 2011 r.¹³

Dążąc do stworzenia rozwiązania modelowego obrony z urzędu, należy przeanalizować przepisy wymienionych wyżej aktów prawnych w trzech płaszczyznach:

- 1) co do treści uprawnień i obowiązków składających się na tę instytucję,
- 2) co do zakresu podmiotowego, w jakim znajduje zastosowanie obrona z urzędu,
- 3) co do czasu, w jakim instytucja ta staje się aktualna w konkretnej sprawie i terminu, do którego trwa oraz trybu, w jakim jest ustanawiana.

W zakresie treści prawa dostępu do adwokata, w tym oczywiście przede wszystkim adwokata z urzędu, należy wskazać następujące elementy:

- 1) prawo do spotkań osoby podejrzanej lub oskarżonej z reprezentującym ją adwokatem,

⁷ Z punktu widzenia omawianego tu problemu nie jest istotne umiejscowienie wskazywanych aktów prawnych i innych dokumentów w hierarchii źródeł prawa, stopień związania nimi oraz ich charakter normatywny.

⁸ Dz.Urz. Unii Europejskiej, seria C 115/1 z 4 maja 2010 r.

⁹ Dz.Urz. Unii Europejskiej, seria C, nr 83 z 30 marca 2010 r.

¹⁰ Uchwalona i podpisana 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei.

¹¹ Ratyfikowany przez Polskę 18 marca 1977 r., Dz.U. z 29 grudnia 1977 r. nr 38, poz. 167.

¹² Podpisana przez Polskę 26 listopada 1991 r., ratyfikowana w dniu 19 stycznia 1993 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284.

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0326:FIN:PL:PDF>, dostęp: 12 września 2012 r. Projekt ten ulega ciągłym modyfikacjom, por. *Wspólne stanowisko w sprawie Dyrektywy dotyczącej prawa dostępu do adwokata oraz prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu z 7 maja 2012 r.* <http://www.europa-praw.org/files/2012/05/Tlumaczenie-wspolnego-stanowiska-POL2.pdf>, dostęp: 12 września 2012 r.

2) prawo do obecności podczas wszelkich przesłuchań i rozpraw, prawo zadawania pytań, domagania się wyjaśnień, składania oświadczeń,

3) prawo obecności adwokata przy wszystkich czynnościach dochodzeniowych lub dowodowych, w których zgodnie z prawem krajowym osoba podejrzana lub oskarżona ma prawo uczestniczyć, chyba że zaszkodziłoby to uzyskaniu dowodów,

4) prawo adwokata do kontrolowania warunków zatrzymania osoby podejrzanej lub oskarżonej i w związku z tym prawo dostępu do miejsca, w którym osoba taka jest zatrzymana,

5) czas trwania i częstotliwość spotkań osoby podejrzanej lub oskarżonej z adwokatem nie są ograniczone w żaden sposób mogący utrudniać korzystanie z prawa do obrony¹⁴,

6) poufność komunikacji z adwokatem, zarówno spotkań, korespondencji, jak również wszelkich innych kontaktów¹⁵.

Jeśli chodzi o zakres podmiotowy prawa do obrony, to w sposób niebudzący wątpliwości i bezsporny dotyczy on osoby podejrzanej lub oskarżonej o popełnienie przestępstwa, lecz także każdej innej osoby (np. świadka), która jest przesłuchiwana przez policję lub inne organy ścigania w kontekście postępowania karnego, kiedy w rzeczywistości podejrzewa się je o popełnienie przestępstwa, gdyż formalna kwalifikacja osoby jest nieistotna¹⁶.

Największe problemy powstają jednak na tle czasu stosowania instytucji obrony z urzędu, a więc określenia terminu początkowego, od którego przysługuje ona danej osobie, i terminu końcowego, do którego trwa, oraz warunków i trybu, w jakich jest danej osobie przyznawana.

Jeśli chodzi o samo prawo do nieodpłatnej pomocy obrońcy, to co do trybu zastosowania należałoby się odwołać do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zgodnie z jej treścią prawo do korzystania z nieodpłatnej pomocy obrońcy nie ma charakteru absolutnego. Przysługuje wówczas, gdy spełnione są kumulatywnie dwa warunki:

- oskarżony nie posiada środków na opłacenie obrońcy,
- udział obrońcy leży w interesie wymiaru sprawiedliwości¹⁷.

Co do ustalenia, że oskarżony nie posiada środków na opłacenie obrony, to w razie wątpliwości Trybunał przyjmuje, iż oskarżony powinien sam tę okoliczność wykazać, choć nie jest to warunkiem bezwzględnym przyznania środków na obronę¹⁸. Także pojęcie „w interesie wymiaru sprawiedliwości” nie zostało wyraźnie zdefiniowane

¹⁴ Art. 4 wniosku Komisji Europejskiej – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady.

¹⁵ *Castravet przeciwko Mołdawii*, wyrok z 13 marca 2007 r., skarga nr 23393/05, § 49, [, dostęp: 12 września 2012 r.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{„fulltext”:[„Castravet”],„itemid”:[„001-79767”] }, dostęp: 12 września 2012 r.; <i>Istratii i inni przeciwko Mołdawii</i>, wyrok z 27 marca 2007 r., skarga nr 8721/05, 8705/05, 8742/05, § 89, <a href=)

¹⁶ *Brusco przeciwko Francji*, skarga nr 1466/07 ETPC, wyrok z 14 października 2010 r., pkt 44–45, http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/AFFAIRE_BRUSCO_c_FRANCE.pdf, dostęp: 12 września 2012 r.

¹⁷ Art. 6 ust. 3 Konwencji, P. Hofmański, *Konwencja Europejska*, s. 261.

¹⁸ Wyrok Trybunału z 25 kwietnia 1983 r., *Pakelli przeciwko Niemcom*, seria A, t. 64 (1983), pkt 32 i n. uzasadnienia.

w orzecznictwie, jednakże Trybunał przyjmuje, że interes oskarżonego w żaden sposób nie może być przeciwstawiany interesowi Trybunału, a przepis art. 6 ust. 3 ma zapewnić realne, a nie iluzoryczne lub teoretyczne prawo do obrony oskarżonego¹⁹. W pewnych sytuacjach interes społeczny może wymagać nawet wyznaczenia więcej niż jednego obrońcy, a ponadto obowiązkiem sądu jest wskazanie oskarżonym pozbawionym środków na opłacenie obrony możliwości ubiegania się o wyznaczenie obrońcy z urzędu²⁰. W tym miejscu należałoby przywołać także art. 47 ust. 3 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, który stanowi, że pomoc prawna jest udzielana osobom, które nie posiadają wystarczających środków w zakresie, w jakim jest ona konieczna dla zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości²¹.

Natomiast co do momentu, w którym powstaje uprawnienie danej osoby do żądania pomocy adwokata (czy to z urzędu, czy to z wyboru), przyjmuje się, że chodzi tutaj o następujące wydarzenia:

- a) przed rozpoczęciem jakiegokolwiek przesłuchania przez policję lub przez inne organy ścigania,
- b) w związku z prowadzeniem wszelkich czynności procesowych lub dowodowych, w których zgodnie z prawem krajowym dana osoba musi lub ma prawo uczestniczyć, chyba że zaszkodziłoby to uzyskaniu dowodów,
- c) od momentu pozbawienia wolności,
 - przy czym dostęp do adwokata należy zapewnić w takim terminie i w taki sposób, aby umożliwić osobie podejrzanej lub oskarżonej skuteczne skorzystanie z prawa do obrony²².

Jeśli chodzi o czas trwania prawa dostępu do adwokata, to trwa ono od momentu poinformowania danej osoby przez właściwe organy państwa w drodze urzędowego zawiadomienia lub w jakikolwiek inny sposób, że jest podejrzana lub oskarżona o popełnienie przestępstwa, do czasu zakończenia postępowania rozumianego jako ostateczne rozstrzygnięcie kwestii, czy dana osoba podejrzana lub oskarżona popełniła przestępstwo, w tym w stosownych przypadkach wydania wyroku oraz rozpatrzenia wszelkich środków zaskarżenia²³.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że polski system obrony z urzędu spełnia większość tych przesłanek. Z drugiej strony nie można nie zauważyć wad oraz faktu, że praktyka często wypacza sens tych uregulowań. Jeśli chodzi o rozwiązanie przyjęte w Konstytucji, to art. 42 ust. 2 stanowi, że:

„Każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”.

Z przepisu tego wynikają następujące zasady:

¹⁹ Sprawa *Artico przeciwko Włochom* (skarga nr 6694/74), wyrok Trybunału z 13 maja 1980 r., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-61982>, dostęp: 3 września 2012 r.

²⁰ P. Hofmański, *Konwencja Europejska*, s. 262.

²¹ *Recommandations du CCBE sur l'aide juridique*, s. 6, http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_Legal_Aid_recomme2_1291033916.pdf, dostęp: 3 września 2012 r.

²² Art. 3 wniosku Komisji Europejskiej – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2011 r.

²³ Art. 2 wniosku Komisji Europejskiej.

- 1) prawo osoby, której postawiono zarzuty, do obrony,
- 2) prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru i z urzędu na zasadach określonych w ustawie,
- 3) prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania.

Co do zakresu podmiotowego, to mimo że Konstytucja posługuje się terminem „każdy, przeciw komu jest prowadzone postępowanie karne”, jednak w doktrynie i w orzecznictwie przyjmuje się, iż przepis ten ma ograniczenie do osoby, której przedstawiono zarzuty²⁴. Pogląd taki nie może być uznany za słuszny.

Oceniając uregulowania polskiego Kodeksu postępowania karnego z punktu widzenia treści gwarantowanych uprawnień, należy stwierdzić, że pojawia się tu wiele sprzeczności z wyżej określonym wzorcem obrony z urzędu.

Jeśli chodzi o prawo spotkań osoby podejrzanej lub oskarżonej z reprezentującym ją adwokatem, to co do zasady prawo takie jest zagwarantowane (art. 73 § 1 k.p.k.), jednakże przewidziane wyjątki w istocie w znacznym stopniu ograniczają, a niekiedy wręcz wykluczają to prawo przynajmniej w określonym okresie. Chodzi tutaj o możliwość kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą (art. 73 § 3 k.p.k.), a w szczególności o uniemożliwienie bezpośredniego porozumiewania się, bez obecności innych osób, przez okres przynajmniej 14 dni od dnia zatrzymania tymczasowo aresztowanego (art. 73 § 2 k.p.k.).

Jeżeli chodzi o udział obrońcy w czynnościach dowodowych, a w szczególności w przesłuchaniach i przy innych czynnościach dochodzeniowych lub dowodowych, to co do zasady zarówno podejrzany, jak i obrońca mają takie prawo (art. 301 i 317 § 1 k.p.k.), jednakże w uzasadnionych wypadkach prokurator może odmówić dopuszczenia do udziału w takich czynnościach ze względu na ważny interes śledztwa (art. 317 § 2 k.p.k.), nie ma jednak możliwości ograniczenia udziału obrońcy lub strony w czynnościach, których nie będzie można powtórzyć na rozprawie (art. 316 § 1 k.p.k.). Natomiast prawo podejrzanego do żądania przesłuchania z udziałem obrońcy, jak przyjmuje się w doktrynie, nie stanowi uprawnienia do obowiązkowej obecności obrońcy przy pierwszym przesłuchaniu, a tym bardziej ustanowienia go z urzędu, i uczynienie zadość temu prawu może polegać na przesłuchaniu podejrzanego z udziałem obrońcy w późniejszym czasie²⁵.

Co do czasu trwania i częstotliwości kontaktów podejrzanego z adwokatem, polski Kodeks postępowania karnego nie przewiduje żadnych ograniczeń. Natomiast prawo kontrolowania warunków zatrzymania osoby podejrzanej może mieć miejsce jedynie pośrednio, a mianowicie poprzez widzenia, które najczęściej odbywają się w miejscu zatrzymania podejrzanego lub oskarżonego, tj. w areszcie śledczym lub zakładzie karnym.

Ponadto poważne wątpliwości można mieć co do możliwości zapoznania się przez oskarżonego, jak też jego obrońcę, z aktami sprawy (art. 156 § 5 k.p.k.). Jest to możliwe tylko i wyłącznie za zgodą prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Jakkolwiek w sytuacji tymczasowego aresztowania, czy to przy jego zastosowaniu, czy też przedłu-

²⁴ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 232.

²⁵ R. A. Stefański, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1998, t. II, s. 29.

zeniu, istnieje obowiązek przedstawienia akt sprawy przynajmniej w tej części, która ma związek ze złożonym wnioskiem, to jednak nawet wówczas istnieje możliwość odmowy zgody na udostępnienie akt. Należałoby zastanowić się, czy takie rozwiązanie jest zgodne ze wskazanym powyżej modelem obrony z urzędu czy też obrony w ogóle.

Zastrzeżenia można mieć co do zakresu podmiotowego osób uprawnionych do obrony z urzędu. Polskie prawo przewiduje takie uprawnienie jedynie od momentu postawienia zarzutu, natomiast osoba, która nie ma postawionego zarzutu, a jest zainteresowana w sprawie, może jedynie ustanowić pełnomocnika z urzędu lub wystąpić o ustanowienie pełnomocnika z urzędu (art. 87 i 89 k.p.k.), który może nie być jednak dopuszczony do udziału w postępowaniu, gdy sąd lub prokurator uznają, że nie wymaga tego obrona interesów tej osoby (§ 3 art. 87 k.p.k.).

Odnosnie do czasu trwania obrony z urzędu, jak również trybu jej ustanowienia, można zgłosić najwięcej wątpliwości co do zgodności ze wskazanym wyżej wzorcem.

Przed wszystkim, o ile prawo do ustanowienia obrońcy z urzędu przysługuje oskarżonemu, który nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny (art. 78 § 1 k.p.k.), o tyle jednak zdecydowany sprzeciw musi budzić brak możliwości zaskarżenia negatywnego rozstrzygnięcia przez sąd wniosku oskarżonego o ustanowienie takiego obrońcy. Postanowienie takie nie jest zaskarżalne²⁶. Niewątpliwie jest to poważna wada procedury ustanowienia obrońcy z urzędu, gdyż jakkolwiek postanowienie takie podlega zaskarżeniu w razie wnoszenia apelacji od wyroku, to jednak jego skuteczność, w sytuacji gdy całe postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone, może budzić poważne wątpliwości.

Natomiast co do czasu ustanowienia obrońcy z urzędu, wątpliwości można zgłosić do dwóch odcinków czasowych. Pierwszego – w momencie wszczęcia postępowania i kolejnego, który następuje po uprawomocnieniu się orzeczenia, a w szczególności w sytuacji wnoszenia kasacji.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do sformułowania zawartego w Konstytucji, że przeciwko komuś prowadzone jest postępowanie karne, należałoby wysnuć wniosek, iż dotyczy to okresu dopiero od wydania postanowienia i przedstawienia zarzutów. Uwzględnienie wskazanych wyżej standardów międzynarodowych oraz sformułowanie „każdy”, a nie „podejrzany”, przemawiają przeciwko ograniczeniu zakresu podmiotowego jedynie do osoby, której już postawiono zarzut. Brzmienie Konstytucji wydaje się pozwalać na taką interpretację. Natomiast co do czasu trwania, należałoby powołać się również na Konstytucję, gdyż gwarantuje ona prawo do korzystania z pomocy obrońcy w każdym stadium postępowania, w tym także w stadium po uprawomocnieniu się orzeczenia, jednakże do samego trybu i przesłanek ustanowienia obrony z urzędu odsyła do rozwiązań ustawowych.

Jeśli chodzi o moment początkowy ustanowienia obrony z urzędu lub też zgłoszenia się obrońcy z wyboru, to należy wskazać treść art. 245 § 1 k.p.k. Przepis ten budzi poważne wątpliwości. Możliwość, że przy rozmowie oskarżonego z obrońcą będzie obecny prokurator lub policjant, sama w sobie przeczy poufności, która jest niezbędnym

²⁶ T. Grzegorzcyk, (w:) T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. 6, Warszawa 2007, s. 329.

warunkiem nie tylko obrony z urzędu, lecz w ogóle obrony. Ponadto okoliczność, że zatrzymanemu należy umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem niezwłocznie, również budzi wątpliwości, a to w szczególności z punktu widzenia praktyki.

Nie tak dawno Sąd Najwyższy wypowiedział się, że „niezwłoczne umożliwienie kontaktu z adwokatem, o którym stanowi art. 245 § 1 k.p.k., nie oznacza jednak, że kontakt ten ma nastąpić natychmiast, ponieważ termin ten musi być interpretowany z uwzględnieniem realiów konkretnej sprawy, a przede wszystkim możliwości technicznych i uwarunkowań wynikających z obowiązujących regulacji prawnych, w tym wiążących się z ustanowieniem obrońcy z urzędu”²⁷. Takie rozumienie momentu „niezwłoczności” umożliwienia kontaktu z adwokatem, które jak gdyby przenosi ciężar zagadnienia nie na prawny obowiązek państwa i uprawnienie po stronie oskarżonego, lecz na stwierdzenie istnienia „technicznych” możliwości kontaktu z adwokatem²⁸, jest groźne z punktu widzenia istoty obrony i jej skuteczności. Osoba zatrzymana np. w piątek może nie mieć możliwości kontaktu z obrońcą przynajmniej przez kilka dni, na pewno do poniedziałku. Jest oczywiste, że gdy nie mamy do czynienia z nadzwyczajną procedurą, to nie ma możliwości ustanowienia obrońcy z urzędu w dzień wolny od pracy. Także w każdy inny dzień, jak pokazuje praktyka, ustanowienie obrońcy z urzędu trwa dłużej niż jeden dzień, abstrahując od skrajnych przypadków. W takiej sytuacji, „z technicznego punktu widzenia”, ustanowienie obrońcy może trwać kilka dni, a nawet i dłużej. Stąd też takie pojmowanie terminu „niezwłocznie”, jak przyjmuje to praktyka we wskazanych rozstrzygnięciach, jest niedopuszczalne.

Wreszcie zastrzeżenia budzi okoliczność ustanowienia obrony po uprawomocnieniu się orzeczenia kończącego sprawę, a w szczególności w sytuacji, gdyby wolą oskarżonego było wnoszenie kasacji, przy której obowiązuje przymus adwokacki.

Zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami, z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia drugiej instancji wygasa ustanowienie obrońcy z urzędu (art. 84 § 2 k.p.k.). Co prawda w takiej sytuacji przyjmuje się, że oskarżony, który został pozbawiony wolności, nie został doprowadzony na ogłoszenie wyroku, ma otwarty termin do żądania doręczenia wyroku z uzasadnieniem w celu wniesienia kasacji dopiero od daty doręczenia odpisu wyroku²⁹, to jednak biorąc pod uwagę termin do wniesienia kasacji wynoszący 30 dni, często uprawnienie to może ulec zniweczeniu, tym bardziej jeżeli oskarżony został doprowadzony na ogłoszenie i wyrok nie będzie mu doręczany; wówczas termin ten biegnie od dnia ogłoszenia. Zgłoszenie wniosku o uzasadnienie, w sytuacji gdy sąd szybko doręczy wyrok, w praktyce najczęściej skraca termin do wniesienia kasacji. Tak, że niekiedy ustanowiony obrońca ma kilka dni do podjęcia działań. Brak szczegółowych regulacji w tym przedmiocie wydaje się być sprzeczny z wyżej wskazanym modelowym rozwiązaniem obrony z urzędu.

Tak więc z powyższych rozważań wynika, że system obrony z urzędu w prawie polskim nie odpowiada rozwiązaniom modelowym i wymaga zmian. Oto proponowane zmiany.

²⁷ Postanowienie SN z 13 października 2011 r., III KK 64/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 9.

²⁸ Por. J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz do art. 245 k.p.k.*, Lex I/El.2011, teza 2.

²⁹ Postanowienie SN z 3 lutego 2012 r., V KZ 1/12, OSNKW 2012, nr 6, poz. 58.

Po pierwsze, należałoby zaznaczyć wyraźnie w treści art. 245 § 1 k.p.k., że w sytuacji gdy podejrzany żąda obecności adwokata, nie jest dopuszczalne jego przesłuchanie bez obecności adwokata, jak również inne czynności dowodowe, w których udział obrońcy jest dopuszczalny, chyba że zwłoka w dokonaniu tej czynności groziłaby utratą dowodu lub inną nieodwracalną stratą dla postępowania.

Po drugie, należałoby w art. 78 k.p.k. dodać § 3, który mógłby mieć następujące brzmienie:

„Wniosek oskarżonego o ustanowienie obrońcy z urzędu podlega rozpoznaniu w ciągu 24 godzin od jego złożenia. Na odmowę ustanowienia obrońcy z urzędu przysługuje zażalenie, które podlega rozpoznaniu w ciągu 24 godzin od jego złożenia”.

Należałoby jednak poważnie zastanowić się nad wprowadzeniem internetowego systemu zgłaszania wniosków o ustanowienie obrońcy z urzędu, jak również nad takim samym sposobem rozstrzygania tego wniosku. Umożliwiłoby to niezwykle szybkie, by nie rzec błyskawiczne rozstrzyganie takich wniosków. Taki system istnieje w Hiszpanii, co do ustanawiania pełnomocnika z urzędu³⁰. Możliwość rozstrzygania wniosków o udzielenie pomocy prawnej drogą elektroniczną wskazuje również Europejska Rada Adwokatów³¹.

Po trzecie, w sytuacji postępowań po uprawomocnieniu się orzeczenia kończącego sprawę należałoby wprowadzić przepis np. § 4 w art. 524 k.p.k. w brzmieniu:

„Dla obrońcy lub pełnomocnika ustanowionych z urzędu w celu wniesienia kasacji termin określony w § 1 biegnie od dnia doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem”.

Ewentualnie istnieje możliwość dodania przepisu bardziej ogólnego, zbliżonego w swej treści do art. 127a projektu Kodeksu postępowania karnego autorstwa Komisji Kodyfikacyjnej³². Projekt ten zawiera następujący przepis – art. 127a w brzmieniu:

„§ 1 Jeżeli warunkiem skuteczności czynności procesowej jest jej dokonanie przez obrońcę lub pełnomocnika, termin do jej dokonania ulega zawieszeniu dla strony postępowania na czas rozpoznania wniosku o przyznanie pomocy prawnej w tym zakresie.

§ 2. W wypadku wyznaczenia obrońcy lub pełnomocnika z urzędu termin do dokonania czynności przez wyznaczonego przedstawiciela procesowego rozpoczyna bieg od daty doręczenia mu postanowienia lub zarządzenia o tym wyznaczeniu”.

Przepis ten zasadniczo gwarantuje uprawnienia osoby zainteresowanej w postępowaniu karnym (podejrzanego lub innej osoby niebędącej stroną). Jednakże wydaje się bardziej gwarantowałby gwarancje procesowe, gdyby miał w § 1 brzmienie:

„W przypadku złożenia przez podejrzanego lub inną osobę zainteresowaną wniosku o ustanowienie obrońcy z urzędu lub pełnomocnika z urzędu czynności procesowe, o których podejrzany lub osoba zainteresowana mają prawo być powiadomieni i w których mają prawo brać udział, nie są dokonywane do czasu rozstrzygnięcia wniosku o ustanowienie obrońcy lub pełnomocnika, a termin do ich dokonania biegnie od usta-

³⁰ B. Szymańska, *Po sprawiedliwość do szeryfa*, „Rzeczpospolita” z 25–26 sierpnia 2012 r., s. A16.

³¹ *Recommandations du CCBE sur l'aide juridique*, s. 7–8, http://www.ccbbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_Legal_Aid_recomme2_1291033916.pdf, dostęp: 3 września 2012 r.

³² http://www.czpk.pl/dokumenty/PROJEKT_KPK.pdf, dostęp: 10 września 2012 r.

nowienia obrońcy lub prawomocnej odmowy ustanowienia, chyba że chodzi o czynności procesowe niecierpiące zwłoki”.

Dopiero wówczas system obrony z urzędu można będzie określić mianem skutecznego i gwarantującego prawa oskarżonego.

S u m m a r y

Wieńczysław Grzyb

LEGAL AID IN POLISH CRIMINAL PROCEDURE
– THE PROPOSAL OF MODEL SOLUTION

The article is aimed to systemize institution of the legal aid in the Polish criminal law. As a point of reference author uses rules of the international penal law, jurisdiction of the European Court of Human Rights, and documents of international organizations of human rights. The author discloses the inconveniences and loopholes of Polish law and offers some legal solutions that would bring Polish law into line with international standards of human rights.

KEY WORDS: criminal law, legal aid, the consistency Polish criminal law with international regulations, propositions of changes of Polish rules in criminal law

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo karne, pomoc prawna, zgodność polskiego prawa karnego z uregulowaniami międzynarodowymi, propozycje zmian polskich przepisów prawa karnego

OSKARŻENIE POSIŁKOWE NA GRUNCIE PROJEKTOWANEJ ZMIANY KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego¹ przewiduje wiele znaczących zmian w procedurze karnej. Najczęściej wskazywane to m.in. likwidacja trybu uproszczonego, dopuszczenie wykonywania pewnych czynności w postępowaniu karnym przez referendarzy sądowych, poszerzenie obrony z urzędu czy zwiększenie kontradyktoryjności procesu. Jednym z przejawów tej ostatniej zmiany jest nowe rozwiązanie w art. 14 § 2 k.p.k., który obecnie stanowi o możliwości odstąpienia przez oskarżyciela publicznego od oskarżania. Odstąpienie takie nie wiąże sądu, nie obliguje go więc do umorzenia postępowania. Do umorzenia wprawdzie może dojść, ale tylko wtedy, gdyby wskazany w odstąpieniu powód stanowił ujemną przesłankę procesową, np. nastanie przedawnienia w toku procesu czy śmierć oskarżonego.

Sytuacja ta miałaby się zmienić po wejściu w życie projektowanej nowelizacji, gdyż projekt zakłada wprowadzenie do procesu karnego nieznaney obecnie polskiej procedury karnej instytucji cofnięcia skargi². Zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 14 § 2 k.p.k. oskarżyciel publiczny będzie mógł cofnąć akt oskarżenia do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej. W toku przewodu sądowego cofnięcie aktu oskarżenia dopuszczalne będzie jednak jedynie za zgodą oskarżonego. Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, w przeciwieństwie do odstąpienia od oskarżania, będzie dla sądu wiążące, gdyż spowoduje powstanie przeszkody procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela i tym samym będzie obligowało sąd do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Wspomniana zmiana spowodowała konieczność dostosowania do nowej regulacji przepisów o oskarżycielu posiłkowym, aby zabezpieczyć jego interesy w przypadku cofnięcia skargi przez oskarżyciela publicznego. Jeśli oskarżyciel posiłkowy działa już w procesie, nie powinien on być bowiem w takiej sytuacji pozbawiony swoich uprawnień. Zabezpieczenia wymagają jednak także prawa pokrzywdzonego, który nie wstąpił do procesu w charakterze oskarżyciela posiłkowego, ufając, że działalność oskarżyciela publicznego będzie dostateczną ochroną jego interesów. Wskutek cofnięcia aktu oskarżenia zostałyby on pozbawiony możliwości obrony swoich praw³. Problem ten nie występuje na gruncie obecnej regulacji, mimo bowiem odstąpienia przez prokuratora od wniesionego oskarżenia proces toczy się

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z 25 stycznia 2011 r., przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, druk sejmowy nr 870; o kierunkach zmian zob. więcej np. T. Grzegorzczak, *Podstawowe kierunki projektowanych zmian procedury karnej*, PiP 2012, z. 11, s. 14–31.

² Por. J. Grajewski, *Prawo karne procesowe – część ogólna*, wyd. 9, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 88.

³ Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw*, s. 21, dalej: uzasadnienie projektu.

dalej, swego rodzaju „gwarantem” praw pokrzywdzonego jest więc sąd, który w dalszym ciągu prowadzi postępowanie, dążąc do wydania sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Sytuacja pokrzywdzonego na gruncie planowanej nowelizacji byłaby natomiast diametralnie różna. Sąd obligatoryjnie umarzałby postępowanie, pokrzywdzony zaś nie mógłby już ani przyłączyć się do oskarżenia obok oskarżyciela publicznego, ani też wnieść własnego aktu oskarżenia, nie byłyby bowiem spełnione przesłanki dokonania tych czynności z art. 54 § 1 i art. 55 § 1 k.p.k. Nie mógłby też wnieść apelacji od wyroku umarzającego postępowanie, ponieważ takie uprawnienie mają tylko strony, a pokrzywdzonemu, który nie jest stroną w postępowaniu przed sądem, kodeks umożliwia zaskarżanie jedynie wyroku warunkowo umarzającego postępowanie wydanego na posiedzeniu (art. 444 k.p.k.). W konsekwencji konieczne okazało się stworzenie dodatkowej regulacji, która należałoby zabezpieczyć interesy pokrzywdzonego w sytuacji, gdy oskarżyciel publiczny cofnie skargę.

Projekt przewiduje więc nowe rozwiązanie w art. 54 § 2 k.p.k., który obecnie stanowi, że odstąpienie oskarżyciela publicznego od oskarżenia nie pozbawia uprawnień oskarżyciela posiłkowego. Po nowelizacji wskazany przepis ma natomiast otrzymać następujące brzmienie: „Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego nie pozbawia uprawnień oskarżyciela posiłkowego. Pokrzywdzony, który uprzednio nie korzystał z uprawnień oskarżyciela posiłkowego, może w terminie 14 dni od powiadomienia go o cofnięciu przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia oświadczyć, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy” (art. 54 § 2 w projektowanym brzmieniu).

Pomimo tego, że nadanie art. 54 § 2 k.p.k. nowego brzmienia w konsekwencji proponowanej zmiany art. 14 § 2 k.p.k. należy ocenić z wymienionych wyżej przyczyn zdecydowanie pozytywnie, projektowana regulacja budzi jednak również pewne wątpliwości. Jak bowiem wynika z założeń projektu, pokrzywdzony, który uprzednio nie korzystał z uprawnień oskarżyciela posiłkowego, ma mieć możliwość oświadczenia, w terminie 14 dni od powiadomienia go o cofnięciu przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy. W tym miejscu pojawia się pytanie, jaki będzie to rodzaj oskarżyciela posiłkowego.

W doktrynie prawa karnego procesowego wyróżnia się trzy rodzaje oskarżycieli posiłkowych: oskarżyciela subsydiarnego, który podejmuje swą działalność, gdy oskarżyciel zasadniczy (publiczny) nie realizuje funkcji ścigania, czyli nie wnosi oskarżenia albo odstępuje od niego, oskarżyciela konkurującego, który dysponuje prawem samoistnej skargi niezależnie od oskarżyciela publicznego, oraz oskarżyciela ubocznego, który włącza się do postępowania obok oskarżyciela publicznego⁴. W polskim prawie karnym procesowym, na przestrzeni czasu, pod pojęciem „oskarżyciel posiłkowy” kryły się wszystkie trzy konstrukcje. Kodeks postępowania karnego z 1928 r., w swej pierwotnej wersji, określał mianem oskarżyciela posiłkowego zarówno pokrzywdzonego oskarżającego subsydiarnie (zastępczo) względem prokuratora, jak również pokrzywdzonego konkurującego z prokuratorem w zakresie prawa skargi⁵ (art. 70 i art. 71 k.p.k. z 1928 r.).

⁴ T. Grzegorzcyk, (w:) T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. 8, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 312; zob. szerzej np. R. Kmiecik, *Pojęcie oskarżyciela posiłkowego w teorii i ustawodawstwie karnym procesowym w Polsce*, „Annales UMCS” 1973, nr 20, s. 199–216; B. Wójcicka, *W kwestii uprawnień oskarżycielskich pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu*, (w:) *Nowe prawo karne procesowe, Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza*, red. T. Nowak, Printer, Poznań 1999, s. 363–371.

⁵ J. Kosonoga, *Instytucja skargi subsydiarnej – zarys problematyki*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 9, s. 476.

Pierwszy typ oskarżyciela posiłkowego można określić zgodnie ze stosowaną obecnie w doktrynie terminologią jako oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, drugi zaś jako oskarżyciela posiłkowego konkurującego. Dopiero z wejściem w życie k.p.k. z 1969 r. za oskarżyciela posiłkowego został uznany także oskarżyciel uboczny, mogący wystąpić tylko wówczas, gdy skargę wniósł oskarżyciel główny⁶. Kodeks z 1969 r. w art. 44 przyjmował bowiem, że oskarżycielem posiłkowym był pokrzywdzony, który przyłączył się do procesu obok oskarżyciela publicznego.

Obecnie wszystkie trzy konstrukcje oskarżenia posiłkowego przewiduje Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia z 2001 r.⁷ Kodeks postępowania karnego z 1997 r. stanowi natomiast, że w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego pokrzywdzony może działać jako strona w charakterze oskarżyciela posiłkowego obok oskarżyciela publicznego lub zamiast niego (art. 53 k.p.k.). W sytuacji gdy pokrzywdzony wstępuje do postępowania wszczętego przez oskarżyciela publicznego i działa „obok” niego, staje się oskarżycielem posiłkowym ubocznym. Z działaniem „zamiast” oskarżyciela publicznego mamy natomiast do czynienia w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, gdy oskarżyciel publiczny odstąpił od popierania oskarżenia, co nie wpływa na pozycję pokrzywdzonego działającego już w roli oskarżyciela posiłkowego ubocznego (art. 54 § 2 k.p.k.); działa on więc wciąż w tym samym charakterze, gdyż mimo że nie ma już w procesie oskarżyciela publicznego, nadal jest wytoczone przez niego oskarżenie publiczne⁸. Druga sytuacja to wytoczenie oskarżenia subsydiarnego w przypadku określonym w art. 55 § 1 k.p.k., gdzie pokrzywdzony od początku wstępuje zamiast oskarżyciela publicznego⁹. Status oskarżyciela posiłkowego ma też pokrzywdzony, który przyłączył się do oskarżyciela subsydiarnego w trybie wskazanym w art. 55 § 3 k.p.k.¹⁰ Charakter prawny tego podmiotu jest w doktrynie kwestią sporną, należy jednak opowiedzieć się za dominującym poglądem, traktującym pokrzywdzonego wykonującego uprawnienia z art. 55 § 3 k.p.k. jako oskarżyciela posiłkowego ubocznego¹¹. Konkludując, należy stwierdzić, że obowiązujący Kodeks postępowania karnego w obecnym brzmieniu dopuszcza dwie postaci oskarżenia posiłkowego: oskarżenie posiłkowe uboczne i subsydiarne¹².

Po krótkiej charakterystyce koncepcji oskarżenia posiłkowego, które dotąd pojawiały się w polskich Kodeksach postępowania karnego, zwłaszcza w obecnie obowiązującej ustawie z 1997 r., czas powrócić do postawionego wcześniej pytania. Jakim więc rodza-

⁶ Zob. W. Daszkiewicz, *Oskarżyciel w polskim procesie karnym*, PWN, Warszawa 1960, s. 24.

⁷ Zob. o tym np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 121–128.

⁸ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 215.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Tak np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom I, red. P. Hofmański, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 415; T. Grzegorzczak, *Odstąpienie oskarżyciela od oskarżania w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdły*, red. J. Skorupka, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 308; J. Kosonoga, *Instytucja*, s. 481; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 91.

¹² Zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, s. 401; T. Grzegorzczak, *Oskarżyciel posiłkowy w nowym kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, z. 1, s. 41.

jem oskarżyciela posiłkowego będzie oskarżyciel, który pojawi się w procesie w warunkach wskazanych w art. 54 § 2 k.p.k. w projektowanym brzmieniu?

Nie budzi w tym kontekście żadnych zastrzeżeń zdanie pierwsze projektowanego brzmienia przepisu, zgodnie z którym cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego nie pozbawia uprawnień oskarżyciela posiłkowego. Chodzi tu o sytuację, gdy pokrzywdzony przed rozpoczęciem przewodu sądowego złożył oświadczenie, że będzie działał w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego obok oskarżyciela publicznego. Nie ulega zatem wątpliwości, że mamy tu do czynienia z oskarżeniem posiłkowym typu ubocznego. Zdanie pierwsze projektowanego art. 54 § 2 k.p.k. ma istotne znaczenie, gdyż statuuje możliwość dalszego działania tej strony w postępowaniu. Wyrażenie tej możliwości *expressis verbis* w treści art. 54 § 2 k.p.k. *in principio* było konieczne, aby umożliwić wspomnianemu podmiotowi kontynuowanie swych działań w procesie. W braku takiej regulacji, po skutecznym cofnięciu aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, sąd musiałby umorzyć postępowanie, a uprawnienia oskarżyciela posiłkowego wygasłyby, natomiast na mocy proponowanej treści art. 54 § 2 k.p.k. zdanie pierwsze, jeśli w toku procesu oskarżyciel publiczny skutecznie cofnie akt oskarżenia, nie pozbawi to uprawnień oskarżyciela posiłkowego ubocznego. Będzie on więc dalej działał w postępowaniu w tym samym charakterze, jego sytuacja będzie zaś taka sama jak obecnie w przypadku odstąpienia przez oskarżyciela publicznego od oskarżenia. Reasumując powyższe rozważania, w konsekwencji proponowanej regulacji w razie cofnięcia przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia w sprawie, w której występuje oskarżyciel posiłkowy uboczny, postępowanie nie zostanie w wyniku tego cofnięcia umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., a pokrzywdzony zachowa swoje uprawnienia oskarżycielskie i będzie dalej działał w procesie jako oskarżyciel posiłkowy.

Bardziej skomplikowaną sytuację kreuje zdanie drugie projektowanego brzmienia art. 54 § 2 k.p.k. Dotyczy ono pokrzywdzonego, który nie działał dotąd w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Jak już zostało wspomniane, w sytuacji gdy oskarżyciel publiczny cofnie akt oskarżenia, zgodnie z projektowaną treścią przepisu taki pokrzywdzony będzie mógł w terminie 14 dni od powiadomienia go o takim cofnięciu oświadczyć, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy. Jest to regulacja analogiczna do tej, jaką art. 60 § 4 k.p.k. przewiduje w przypadku odstąpienia prokuratora od objętego wcześniej oskarżenia w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego. W takim przypadku pokrzywdzony może w terminie 14 dni od daty powiadomienia go o odstąpieniu prokuratora od oskarżania złożyć akt oskarżenia lub oświadczenie, że podtrzymuje oskarżenie jako prywatne, a jeżeli takiego oświadczenia nie złoży, sąd umarza postępowanie (art. 60 § 4 k.p.k.). Zgodnie z założeniami projektu podobnie ma wyglądać sytuacja pokrzywdzonego przestępstwem publicznoskargowym, gdy oskarżyciel publiczny zrezygnuje z oskarżania. Po skutecznym cofnięciu skargi przez prokuratora pokrzywdzony będzie mógł przystąpić do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy i realizować w toczącym się procesie swoje interesy, nie dopuszczając tym samym do jego umorzenia.

Służące ochronie interesów pokrzywdzonego i zasługujące z tego powodu ze wszelkich miar na aprobatę rozwiązanie kreuje jednak oskarżenie posiłkowe, które zdaje się wyrywać z ram zarówno oskarżenia posiłkowego ubocznego, jak i subsydiarnego.

W proponowanej regulacji można dostrzec podobieństwa do obu wymienionych ty-

pów oskarżenia posiłkowego, od razu jednak widoczne są również daleko idące różnice. Do oskarżenia posiłkowego ubocznego omawianą konstrukcją upodabnia najbardziej fakt, że pokrzywdzony, który ma działać w charakterze oskarżyciela posiłkowego, nie wnosi własnego, subsydiarnego aktu oskarżenia, a jedynie składa oświadczenie, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy. W tej sytuacji nie zostaje jednak spełniona przesłanka „działania obok oskarżyciela publicznego”, gdyż oskarżyciela publicznego w procesie już nie ma. Już ta odrębność jest na tyle istotna, że niezasadne jednak wydaje się uznanie omawianej konstrukcji za oskarżenie posiłkowe uboczne. Pewne różnice w stosunku do „czystej postaci” oskarżenia posiłkowego ubocznego pojawiają się też w przypadku konstrukcji przewidzianej w art. 55 § 3 k.p.k. (przyłączenie się innych pokrzywdzonych do oskarżenia subsydiarnego), nie są jednak one tak daleko idące, jak w omawianej sytuacji i nie wypaczają istoty konstrukcji oskarżenia posiłkowego ubocznego, jest to bowiem wciąż oskarżyciel posiłkowy działający „obok” oskarżyciela „głównego”, który zainicjował postępowanie przed sądem, wnosząc publiczny akt oskarżenia.

Można by więc próbować uznać oskarżenie posiłkowe z projektowanego art. 54 § 2 k.p.k. za jego szczególną odmianę. Trzeba by wtedy przyjąć koncepcję, że pokrzywdzony, składając wspomniane oświadczenie, nie przystępuje wprawdzie do oskarżyciela publicznego, ale przystępuje do skargi publicznej, która przez to oświadczenie pozostaje w procesie. Cofnięta przez oskarżyciela publicznego skarga w okresie 14 dni, które pokrzywdzony ma na złożenie oświadczenia o przystąpieniu do postępowania, tkwi więc w zawieszeniu. Sąd czeka bowiem na decyzję pokrzywdzonego, która przesądzi o kontynuacji lub umorzeniu postępowania. Ponieważ pokrzywdzony ma przystąpić do postępowania, które jest w toku, z oczywistych przyczyn w omawianym przypadku inny jest termin do złożenia wspomnianego oświadczenia. Pokrzywdzony ma na to 14 dni od momentu zawiadomienia go o cofnięciu przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia. Kiedy już wstąpi do postępowania, będzie się znajdował w podobnej sytuacji procesowej jak oskarżyciel posiłkowy, który działał w procesie od początku, obok oskarżyciela publicznego, który w trakcie procesu odstąpił od oskarżania/cofnął skargę.

Trzeba zwrócić uwagę na jeszcze jedną istotną różnicę. Jak się wydaje, w przypadku śmierci i odstąpienia oskarżyciela posiłkowego działającego na podstawie projektowanego art. 54 § 2 k.p.k. zastosowanie znajdą przepisy art. 57 § 2 i art. 58 § 2 k.p.k., które regulują następstwa odstąpienia i śmierci oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego¹³. W sytuacji gdy oskarżyciel publiczny cofnął skargę, postępowanie nie zostaje umorzone tylko dlatego, że inicjatywę w popieraniu oskarżenia przejął pokrzywdzony, który „podtrzymał” publiczny akt oskarżenia, wcielając się w rolę oskarżyciela posiłkowego. Wobec tego nie jest możliwe, aby postępowanie sądowe toczyło się dalej po jego odstąpieniu, w takim bowiem przypadku sąd będzie musiał umorzyć je z powodu braku skargi uprawnionego oskarżyciela, chyba że pomimo wcześniejszego cofnięcia skargi przez prokuratora zdecyduje się on jednak (na skutek zmiany okoliczności) przystąpić do postępowania. Podobnie w razie śmierci tego oskarżyciela posiłkowego sąd będzie zmuszony zawiesić postępowanie, a następnie je umorzyć, jeśli nie wstąpią do niego osoby najbliższe dla zmarłego oskarżyciela.

¹³ Tak np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, s. 422, 424.

Wobec wskazanych rozbieżności niezasadne wydaje się uznanie przewidzianej w projekcie konstrukcji za oskarżenie posiłkowe uboczne. Czy wobec tego należy uznać ją za oskarżenie posiłkowe subsydiarne? Wprawdzie oskarżyciel posiłkowy z projektowanego art. 54 § 2 k.p.k. działa w postępowaniu zamiast oskarżyciela publicznego i w sytuacji, gdy ten ostatni nie chce dłużej oskarżać w sprawie o przestępstwo publicznoskargowe, ale zaniechanie ścigania nie ma miejsca na etapie postępowania przygotowawczego, jak w klasycznym przypadku oskarżenia posiłkowego subsydiarnego, lecz dopiero na etapie postępowania przed sądem. Największe podobieństwo pomiędzy omawianymi konstrukcjami zachodzi więc w sytuacji śmierci i odstąpienia od oskarżania, których skutki w obu przypadkach będą tożsame. Pomimo tych podobieństw nie sposób jednak nie zauważyć także różnic. Oskarżyciel posiłkowy z art. 54 § k.p.k. w projektowanym brzmieniu składa oświadczenie, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy. Nie wnosi on więc własnego aktu oskarżenia. Co więcej, nie przebywa całej skomplikowanej procedury, jaka się z tym wiąże (zob. art. 55 § 1 k.p.k. w zw. z art. 306 § 1 i art. 330 § 2 k.p.k.). Jest to oczywistą konsekwencją faktu, że po przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego oskarżyciel publiczny skierował do sądu akt oskarżenia, a więc nie wydał decyzji o odmowie wszczęcia czy umorzeniu tej fazy postępowania, tak więc pokrzywdzony nie miał czego zaskarżyć, a w konsekwencji nie zaistniała ani potrzeba, ani możliwość wystąpienia z subsydiarnym aktem oskarżenia. Sytuacje pokrzywdzonego, który wnosi oskarżenie w warunkach wskazanych w art. 55 § 1 k.p.k., i pokrzywdzonego przystępującego do postępowania na podstawie art. 54 § 2 k.p.k. w projektowanym brzmieniu są więc różne – pierwszy występuje z własnym aktem oskarżenia, a drugi „przejmuje” skargę wniesioną przez oskarżyciela publicznego. Fakt, że ten oskarżyciel nie wnosi własnego aktu oskarżenia, wydaje się dyskredytować go jako oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, mimo że znajdują w stosunku do niego zastosowanie niektóre regulacje dotyczące tego ostatniego.

W tym kontekście rozważenia wymaga również kwestia wielości pokrzywdzonych tym samym czynem. Nie znajdzie do nich zastosowania art. 55 § 3 k.p.k., gdyż nawet jeśli pominiemy fakt, że postępowanie zostało wszczęte na podstawie skargi oskarżyciela publicznego, a nie posiłkowego subsydiarnego, to wskazany tam termin prekluzyjny już upłynął. Nie będą więc oni mogli przyłączyć się do postępowania na podstawie wskazanego przepisu (w charakterze oskarżycieli posiłkowych ubocznych). W takiej sytuacji zasadne wydaje się przyjęcie, że wszyscy pokrzywdzeni będą mogli wykorzystać uprawnienie, jakie przewiduje projektowane brzmienie art. 54 § 2 k.p.k., i przystąpić do procesu w charakterze oskarżycieli posiłkowych tego samego rodzaju, a w przypadku ich znacznej liczby i wystąpienia przesłanek z art. 56 § 1 k.p.k. sąd będzie mógł ograniczyć ich liczbę. Wydaje się, że w takim przypadku, kiedy wszyscy oskarżyciele posiłkowi mieliby takie same prawa, sąd mógłby umorzyć postępowanie dopiero w przypadku odstąpienia od oskarżania czy śmierci wszystkich tych oskarżycieli (a nie – jak ma to miejsce obecnie – po odstąpieniu/śmierci oskarżyciela posiłkowego, który wniósł akt oskarżenia, która pozbawia oskarżycieli posiłkowych ubocznych możliwości dalszego działania w procesie¹⁴), ich sytuacja procesowa byłaby

¹⁴ Tak np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego*, s. 222, 223; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, s. 423, 424.

bowiem taka sama. Również tutaj ujawnia się więc odmienność sytuacji oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego i oskarżyciela posiłkowego z art. 54 § 2 k.p.k. o treści proponowanej w projekcie.

Omawiana konstrukcja wydaje się więc wymykać nie tylko z ram oskarżenia posiłkowego ubocznego, lecz również z ram oskarżenia posiłkowego subsydiarnego *sensu stricto*. Można by ewentualnie uznać ją za jego szczególny rodzaj, bowiem poza brakiem skargi subsydiarnej sytuacja procesowa tego podmiotu wydaje się być bardziej zbliżona do sytuacji oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego niż ubocznego. Oskarżyciel posiłkowy subsydiarny, nawet szczególnego rodzaju, który nie wnosi subsydiarnego aktu oskarżenia, wydaje się jednak być tworem trudnym do zaakceptowania, gdyż konstrukcja ta zostałaby w tej sytuacji pozbawiona swej istoty.

Oskarżenie posiłkowe z projektowanego art. 54 § 2 k.p.k. nie daje się sklasyfikować ani jako oskarżenie posiłkowe uboczne, ani subsydiarne, gdyż zawiera niektóre cechy każdej z tych konstrukcji, nie zawierając jednak zarazem elementów będących ich istotą. Może więc zasadne byłoby uznanie tego oskarżenia za inny, trzeci rodzaj oskarżenia posiłkowego, który *de facto* byłby czymś pośrednim pomiędzy oskarżeniem posiłkowym ubocznym a subsydiarnym, łącząc w sobie wybrane cechy obu wspomnianych konstrukcji. Takie oskarżenie posiłkowe wydawałby się mieścić w swej dyspozycji art. 53 k.p.k., który zezwala pokrzywdzonemu na działanie w charakterze oskarżyciela posiłkowego obok oskarżyciela publicznego lub zamiast niego. Obecnie za „działanie pokrzywdzonego zamiast oskarżyciela publicznego” uznajemy tylko wykonywanie uprawnień oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, o którym mowa w art. 55 § 1 k.p.k. Kodeks nie zawiera bowiem innej regulacji, która również wpisywałaby się w to sformułowanie. Za taką regulację można by zaś uznać treść projektowanego art. 54 § 2 k.p.k. Byłby to drugi, obok oskarżenia posiłkowego subsydiarnego, rodzaj oskarżyciela posiłkowego, który działałby „zamiast” oskarżyciela publicznego.

Projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego przewiduje także kilka innych zmian w rozdziale 5 wymienionej ustawy, poświęconym oskarżeniu posiłkowemu. Miałoby zmienić treść art. 55 § 1 zdanie trzecie k.p.k. poprzez usunięcie zastrzeżenia o wyłączeniu stosowania do subsydiarnego aktu oskarżenia art. 397 k.p.k., co jest konsekwencją planowanego skreślenia tego przepisu z kodeksu. W § 2 art. 55 k.p.k., przewidującym przymus adwokacko-radcowski dla sporządzenia skargi subsydiarnej, słowa „adwokata lub radcę prawnego” zostaną zastąpione przez określenie „pełnomocnika”. Są to więc jedynie zmiany o charakterze technicznym, redakcyjnym. Pewnym doprecyzowaniem obecnej regulacji jest także planowana zmiana art. 56 § 3 k.p.k., który wskazuje, kiedy nie przysługuje zażalenie na postanowienie sądu o niedopuszczeniu oskarżyciela posiłkowego. Zgodnie z projektem ma on się odnosić nie do całego art. 54 k.p.k., a jedynie do jego § 1, czyli tej części, która wskazuje, o jaki rodzaj oskarżyciela posiłkowego chodzi w tym przepisie.

Nieco bardziej istotną zmianą o znaczeniu praktycznym jest natomiast projekt dodania do art. 57 § 2 k.p.k. trzeciego zdania, zgodnie z którym postanowienie o umorzeniu postępowania, z przyczyn określonych w tym przepisie, będzie mógł wydać referendarz sądowy. Ta modyfikacja jest rezultatem proponowanego w projekcie stworzenia możliwości wykonywania zadań z zakresu ochrony prawnej przez referendarzy sądowych, którzy mogliby wydawać polecenia, a w wypadkach wskazanych w ustawie także po-

stanowienia i zarządzenia¹⁵ (proponowany art. 93a k.p.k.). Wspomniana sytuacja byłaby właśnie jednym z wypadków wskazanych w ustawie, w którym postanowienie mógłby wydać również referendarz sądowy.

Konkludując, należy stwierdzić, że większość zmian, jakie projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego przewiduje w stosunku do oskarżyciela posiłkowego, ma charakter jedynie techniczny czy redakcyjny. Problematyczna wydaje się tylko projektowana treść art. 54 § 2 k.p.k., który daje pokrzywdzonemu możliwość wcielenia się w rolę oskarżyciela posiłkowego w sytuacji cofnięcia aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego. Propozycja ta jest niewątpliwie słuszną reakcją na projektowaną zmianę art. 14 § 2 k.p.k., która zakłada przyznanie oskarżycielowi publicznemu wspomnianego wyżej uprawnienia do cofnięcia skargi, gdyż stanowi gwarancję ochrony interesów pokrzywdzonego, w sytuacji gdy oskarżyciel publiczny postanowi z niego skorzystać. Gdyby nie projektowana regulacja, pokrzywdzony nie miałby w tej sytuacji żadnej możliwości ochrony swych praw, gdyż sąd umarzałby proces, a on, nie będąc stroną, nie mógłby nawet tego rozstrzygnięcia zaskarżyć. Projektowany art. 54 § 2 k.p.k., realizując powyższe cele, tworzy jednak konstrukcję oskarżenia posiłkowego, która nie daje się zaklasyfikować ani jako oskarżenie posiłkowe uboczne, ani jako oskarżenie posiłkowe subsydiarne, które przewiduje rozdział 5 Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. w obecnym brzmieniu. Można więc albo, pomimo zasadniczej różnicy w postaci braku aktu oskarżenia wnoszonego samodzielnie przez pokrzywdzonego, upatrywać w nim szczególnego rodzaju oskarżenia posiłkowego subsydiarnego, albo – co wydaje się być trafniejsze – uznać go za *sui generis* oskarżyciela posiłkowego działającego „zamiast” oskarżyciela publicznego, będącego połączeniem oskarżenia posiłkowego ubocznego z subsydiarnym.

¹⁵ Por. uzasadnienie projektu, s. 33–38.

Summary

Marta Goss

AUXILIARY PROSECUTION ON THE GROUND OF THE PROPOSED AMENDMENTS TO THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

The publication presents the problems of the proposed amendments to chapter 5 of the Code of Criminal Procedure. The main object of consideration is the solution contained in proposed art. 54 § 2 of the Code of Criminal Procedure, which enables harmed person to join the penal proceedings in the capacity of auxiliary prosecutor in case of the withdrawal of the act of accusation by the public prosecutor and the doubts which occur due to this regulation concerning the type of auxiliary prosecution which this regulation creates.

KEY WORDS: auxiliary prosecutor, withdrawal of the act of accusation

POJĘCIA KLUCZOWE: oskarżyciel posiłkowy, cofnięcie aktu oskarżenia

STATUS POKRZYWDZONEGO A POPEŁNIENIE CZYNU ZABRONIONEGO

Zgodnie z przepisem art. 49 § 1 k.p.k. pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub osoba prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Jak wskazuje się w literaturze procesu karnego¹, podana legalna definicja pokrzywdzonego zawarta w art. 49 § 1 k.p.k. składa się z kilku elementów, które przy łącznym spełnieniu umożliwiają przyznanie danemu podmiotowi legitymacji procesowej do wystąpienia w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego. Do elementów tych zaliczamy:

- 1) dobro prawne naruszone lub zagrożone przez przestępstwo,
- 2) bezpośrednio naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego,
- 3) podmiot, którego dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone.

Należy zauważyć, że do elementów przedmiotowo istotnych dla definicji pokrzywdzonego należy również przestępstwo, będące czynnikiem powodującym bezpośrednie naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego danej jednostki. Jest to element tak „naturalny”, że wielokrotnie w rozważaniach pomijany, bowiem oczywisty. Nie przecząc tej oczywistości, można poczynić także i w tym przedmiocie kilka uwag.

Ustawodawca nie bez powodu posługuje się w Kodeksie postępowania karnego pojęciem „przestępstwo”, a nie określeniem „czyn zabroniony”. Wykładnia literalna przepisu art. 49 § 1 k.p.k. przesądza o przyznaniu legitymacji procesowej osobie, która może wystąpić w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego. Tym samym oznacza to, że jednostka, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez czyn o znamionach określonych w ustawie karnej, niebędący jednak przestępstwem, nie ma w procesie karnym, z samego tytułu pokrzywdzenia, uprawnień do dochodzenia swoich praw związanych z faktem pokrzywdzenia. Może wydawać się to społecznie niesprawiedliwe².

¹ Szerzej o trójelementowej definicji pokrzywdzonego pisali m.in. L. Falandysz, *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa 1980; B. Gronowska, *Ochrona uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym. Zagadnienia karnoprosesowe i wiktymologiczne*, Toruń 1989; R. Kmieciak, *Ustawowa definicja pokrzywdzonego (uwagi na tle art. 40 k.p.k.)*, Annales UMCS 1977, Vol. XXIV, Sectio G, s. 162–172; S. Oczki, *Pojęcie pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym*, „Służba MO” 1978, nr 6, s. 681–691; W. Posnow, *Rozważania nad pojęciem pokrzywdzonego w procesie karnym*, PiP 1979, z. 8–9, s. 135–145; T. Bojarski, *Pokrzywdzony w procesie karnym*, Annales UMCS 1992, Sectio G, Vol. XXXIX, 1, s. 1–14; W. Daszkiewicz, *Refleksje nad pojęciem pokrzywdzonego przestępstwem*, (w:) *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Jusudowicza*, Toruń 2004, s. 88–111; A. Rybak-Starczak, *Pokrzywdzony w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 7–8, s. 73–85.

² Wskazywał na to R. Kmieciak, pisząc: „Zróznicowanie to – korzystne dla osoby niepoczytalnej, wobec której zwyczajny proces karny staje się niedopuszczalny i ulega umorzeniu (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.) – z punktu widzenia pokrzywdzonego i jego najbliższych może być niekiedy oceniane jako przejaw sprzecznego z Konstytucją RP ograniczenia prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy (art. 45), a nawet ograniczenia prawnej ochrony życia”, *Pokrzywdzony w postępowaniu karnym przeciwko osobie niepoczytalnej (art. 31 § 1 k.k.)*, (w:) *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 477.

R. Kmieciak³ wypowiadał się na wskazany temat w sposób następujący: „Użycie w art. 40 § 1 [obecny art. 49 § 1 k.p.k. – M. Ż.] wyrazu «przestępstwo» (a nie «czyn zabroniony») wydaje się trafne. Pokrzywdzenie, które jest wynikiem czynu zabronionego, nie będącego wszakże przestępstwem, znajduje się już poza sferą «zainteresowania» materialnego prawa karnego. Udział «hipotetycznie» pokrzywdzonych w sprawach o czyny, nie będące z tych czy innych względów w istocie przestępstwami, nie jest więc materialnie uzasadniony”. *Prima facie* może wydawać się, że polski ustawodawca zdecydował o tym, iż pokrzywdzonym może być tylko i wyłącznie osoba, której dobro prawne zostało naruszone lub zagrożone w sposób bezpośredni przez przestępstwo. Co za tym idzie, wszystkie sytuacje, które stanowią o popełnieniu czynu zabronionego o znamionach określonych w ustawie karnej, wykluczają możliwość uznania tego, że w procesie karnym występuje pokrzywdzony (tu: odwołanie do wykładni literalnej przepisu art. 49 § 1 k.p.k.). Czy takie stwierdzenie istotnie pozostaje jednak stwierdzeniem właściwym na tle przepisów ustawy – Kodeks postępowania karnego? Należy uznać, że odpowiedź twierdząca byłaby zaprzeczeniem postanowień zawartych w licznych przepisach szczegółowych ustawy, a mianowicie w przepisach proceduralnych normujących postępowanie w sprawie zastosowania wobec osoby niepoczytalnej środków zabezpieczających. I tak np. zgodnie z art. 324 § 1 k.p.k., jeżeli zostanie ustalone, że podejrzany dopuścił się czynu w stanie niepoczytalności, a istnieją podstawy do zastosowania środków zabezpieczających, prokurator po zamknięciu śledztwa kieruje sprawę do sądu z wnioskiem o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających. Przepis art. 321 k.p.k. stosuje się odpowiednio. Gdy mowa o osobie niepoczytalnej (art. 31 § 1 k.p.k.), mowa również o czynie zabronionym (a nie przestępstwie), nie można bowiem takiej osobie przypisać winy w czasie czynu (art. 1 § 3 k.k.). Skoro nie występuje w tym miejscu przestępstwo, to nie występuje również pokrzywdzony, w treści przepisu art. 49 § 1 k.p.k. mowa jest bowiem o przestępstwie. Co za tym idzie, należałoby stosować przepis art. 321 k.p.k., z tym zastrzeżeniem, że w terminie 3 dni od daty zaznajomienia podejrzanego z materiałami postępowania to podejrzany (a nie strony) mógłby składać wnioski o uzupełnienie śledztwa. Dotyczyłoby to również przepisu art. 315 § 2 k.p.k. (o którym stanowi art. 321 k.p.k.). Możliwość ta nie przysługiwałaby pokrzywdzonemu, którego w tej sytuacji brak. Przyjęcie takiego rozumowania byłoby niewątpliwie niedopuszczalne.

Podobne przykłady znaleźć można na tle innych przepisów ustawy karnoprocesowej. Należy zwrócić uwagę również na przepis art. 354 k.p.k., zgodnie z którym w wypadku złożenia wniosku przez prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie środków zabezpieczających stosuje się odpowiednio przepisy rozdziału 41 k.p.k. (przygotowanie do rozprawy głównej), z tym zastrzeżeniem, że nie stosuje się przepisów o oskarżycielu posiłkowym, a powództwo cywilne jest niedopuszczalne. Pewną niekonsekwencję ustawodawcy można byłoby zauważyć w pkt 2 art. 354 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem wniosek (o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających) kieruje się na rozprawę, chyba że w świetle materiałów postępowania przygotowawczego popełnienie czynu zabronionego przez podejrzanego i jego niepoczytalność w chwili czynu nie budzą wątpliwości, a prezes sądu uzna za celowe rozpoznanie sprawy na posiedzeniu z udziałem prokuratora, obrońcy i podejrzanego; podejrzany nie bierze udziału w posiedzeniu, jeżeli z opinii

³ R. Kmieciak, *Ustawowa definicja*, s. 166.

biegłych wynika, że byłoby to niewskazane, chyba że sąd uzna jego udział za konieczny; pokrzywdzony ma prawo wziąć udział w posiedzeniu. Niekonsekwencją ustawodawcy, w zderzeniu z art. 49 § 1 k.p.k., jest wskazanie, że w przewidzianym posiedzeniu ma prawo wziąć udział pokrzywdzony, skoro w przedstawionym przypadku w ogóle nie mamy do czynienia z pokrzywdzonym, nie zostało bowiem popełnione przestępstwo (a jedynie został popełniony czyn zabroniony, o czym ustawodawca stanowi *expressis verbis* w niniejszym przepisie). Takich przykładów na tle Kodeksu postępowania karnego można znaleźć więcej. Jak zatem pogodzić treść przepisu art. 49 § 1 k.p.k. z innymi, szczegółowymi przepisami ustawy?

Z wcześniej przytoczonej wypowiedzi R. Kmiecika wypływa istotny wniosek, pozwalający na wyodrębnienie dwóch odmiennych pojęć. Są nimi pojęcie pokrzywdzonego i pojęcie pokrzywdzenia. Przez pokrzywdzenie A. Rybak-Starczak rozumie zdarzenie, „które to postępowanie może wywołać, zainicjować. Definiuje się je jako naruszenie, bądź zagrożenie dobra prawnego przez zdarzenie określone jako przestępstwo; «stan naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego», które jest biernym, wiktymologicznym korelatem sprawstwa; obiektywnie zaistniały stan, będący wynikiem przestępstwa”⁴. Choć Autorka definiuje pokrzywdzenie jako immanentny element legalnej definicji pokrzywdzonego zawartej w art. 49 § 1 k.p.k., to jednak należy zwrócić uwagę na znacznie szerszy (niż wskazała to Autorka) zakres określenia „pokrzywdzenie”, które wykracza poza zdarzenie w postaci przestępstwa, które to pokrzywdzenie powoduje. Innymi słowy, przez pokrzywdzenie uznać należy subiektywnie odczuwalny, acz obiektywnie stwierdzalny, stan naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej jednostki bądź w postaci czynu zabronionego wypełniającego znamiona określone w ustawie karnej, bądź w postaci przestępstwa.

Wzajemny stosunek dwóch wyżej wskazanych pojęć obecnie przedstawia się następująco: gdy mowa o pokrzywdzonym, również mowa (zawsze) o pokrzywdzeniu, lecz gdy mowa o pokrzywdzeniu, to niekoniecznie (zawsze) jest mowa o pokrzywdzonym na gruncie Kodeksu postępowania karnego⁵. Zatem umieszczenie w treści przepisu art. 49 § 1 k.p.k. określenia „przestępstwo” nie neguje faktu realnego (rzeczywistego) pokrzywdzenia jakiejś osoby przez czyn innej osoby o znamionach określonych w ustawie karnej, ale powoduje odebranie jej (ze względu na brak przestępstwa) możliwości karnoprocesowego dochodzenia swoich praw, wynikających z tytułu pokrzywdzenia, w zakresie analogicznym do dochodzenia swoich praw przez pokrzywdzonego⁶. Pozostaje jednak wziąć pod rozwagę, czy sytuacja prawna podmiotu pokrzywdzonego czynem zabronionym faktycznie pozostaje poza sferą zainteresowania prawa karnego. W chwili obecnej dominuje pogląd⁷ o tym, że przepis art. 49 § 1 k.p.k. kreuje pokrzywdzonego również w sytuacji, gdy został popełniony czyn zabroniony powodujący naru-

⁴ A. Rybak-Starczak, *Pokrzywdzony w postępowaniu*, s. 73.

⁵ Ponadto należy zauważyć, że określenie „pokrzywdzenie” jest wyrażeniem języka prawniczego, albowiem Kodeks postępowania karnego nie posługuje się nim w żadnym miejscu.

⁶ Dotyczy to m.in. niemożności występowania w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego czy powoda cywilnego (art. 354 pkt 1 k.p.k.).

⁷ Tak np. A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty instytucji przestępstwa ściganego na wniosek*, SP 1986–1987, z. 3–4, s. 438; R. Kmiecik, *Pokrzywdzony w postępowaniu karnym*, s. 479 i n.; K. Zgryzek, *Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Katowice 1989, s. 9 i n.

zenie lub zagrożenie dobra prawnego danej jednostki. Takie rozumowanie przełamuje wykładnię literalną analizowanego w tym miejscu przepisu ustawy. Jednak przyjmując założenie o racjonalności prawodawcy, można by uznać, że słowo „przestępstwo” zostało użyte w treści wskazanego przepisu w sposób przemyślany i celowy. Rodzi to wszak pytanie o możliwe oraz dopuszczalne metody wyjścia poza literalny kształt przepisów ustawy, a w szczególności o potrzebę zmiany interpretacyjnej przepisu art. 49 § 1 k.p.k. Na tle tych rozważań pojawia się również pytanie o to, czy wskazany problem właściwie jest rozstrzygnąć na płaszczyźnie interpretacyjnej, czy pojawia się w tym miejscu konieczność zmiany legislacyjnej? Wydaje się, że istnieje jednak potrzeba normatywnej zmiany w tym zakresie. Jedną z proponowanych zmian legislacyjnych może być zmiana przepisu art. 49 § 1 k.p.k. *De lege ferenda* można by ów przepis ukształtować w sposób następujący: „Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez czyn o znamionach określonych w ustawie karnej”. Rozwiązałoby to wszelkie wątpliwości we wskazanym zakresie oraz pozwoliłoby uznać, że z pokrzywdzonym, na gruncie Kodeksu postępowania karnego, mamy do czynienia zarówno w razie popełnienia przestępstwa, jak i w sytuacji popełnienia czynu zabronionego.

Pojawia się także pytanie o to, co począć z normatywnym stanem obowiązującym. *De lege lata* na gruncie prawa karnego procesowego można wyróżnić dwa rodzaje podmiotów. Są nimi: pokrzywdzony przestępstwem oraz pokrzywdzony czynem zabronionym. W związku z powyżej wskazanymi pojęciami może również pojawić się potrzeba wyróżnienia pokrzywdzonego *sensu stricto* oraz pokrzywdzonego *sensu largo*. O ile pierwszy z nich zdefiniowany jest w art. 49 § 1 k.p.k. (pokrzywdzony przestępstwem), o tyle drugim jest zarówno pokrzywdzony *sensu stricto*, jak i pokrzywdzony czynem zabronionym. Zarówno pokrzywdzony czynem zabronionym, jak i pokrzywdzony przestępstwem pozostają hipotetycznie pokrzywdzonymi aż do momentu – w pierwszym przypadku – umorzenia postępowania albo umorzenia postępowania i zastosowania środków zabezpieczających bądź – w drugim przypadku – wydania wyroku skazującego albo wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne. A zatem sama hipoteza pokrzywdzenia rodzi domniemanie lub prawdopodobieństwo, że dana osoba jest pokrzywdzonym czynem zabronionym lub pokrzywdzonym przestępstwem.

Czynienie rozróżnienia na pokrzywdzonego przestępstwem i pokrzywdzonego czynem zabronionym z pozoru wydaje się bezcelowe (zwłaszcza że Kodeks postępowania karnego nie posługuje się w żadnym miejscu pojęciem pokrzywdzonego czynem zabronionym), jednak przy głębszym zastanowieniu taka potrzeba może się pojawić. Wskazano wcześniej, że literalnie ujmując, pokrzywdzony w ujęciu karnym (materialno-procesowym) nie występuje w sytuacji, w której jakaś osoba dopuszcza się czynu zabronionego (nie zaś przestępstwa). Zgodnie z tym w polskim prawie karnym nie występuje pokrzywdzony wówczas, gdy został popełniony czyn zabroniony (zagrożający lub naruszający jego dobro prawne w sposób bezpośredni) przez osobę, która z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mogła w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31 § 1 k.k.). Aby zobrazować konsekwencje przyjęcia takiego rozumowania, można posłużyć się następującym przykładem. Przypuśćmy w tym miejscu, że doszło do popełnienia zgwałcenia (czyn z art. 197 § 1 k.k.) przez osobę niepo-

czytelną (a ściślej, przez osobę, co do której zachodzi wysokie prawdopodobieństwo co do jej niepoczytalności)⁸. Jak wskazuje art. 12 § 1 k.p.k., w sprawach o przestępstwa ścigane na wniosek postępowanie z chwilą złożenia wniosku toczy się z urzędu. Organ ścigania poucza osobę uprawnioną do złożenia wniosku o przysługującym jej uprawnieniu. Osobą uprawnioną do złożenia wniosku o ściganie jest wyłącznie pokrzywdzony *sensu stricto*, a zatem pokrzywdzony w znaczeniu karnym (materialno-procesowym) oraz w razie śmierci pokrzywdzonego podmioty, o których mowa w art. 52 k.p.k.⁹ W analizowanym przykładzie nie ma jednak ani pokrzywdzonego *sensu stricto*, ani przestępstwa. W związku z tym pojawia się pytanie natury zasadniczej, a mianowicie czy osoba pokrzywdzona czynem zabronionym (a nie przestępstwem) ma uprawnienie do złożenia wniosku o ściganie?¹⁰ Czy złożenie takiego wniosku w sprawach o czyny zabronione, których dopuściła się osoba niepoczytalna, jest warunkiem koniecznym – niezbędnym do wszczęcia postępowania karnego (art. 12 k.p.k. stanowi bowiem

⁸ Rozważania w zakresie wniosku o ściganie odnoszą się także do nieletniego sprawcy czynu zabronionego, któremu nie można przypisać winy w czasie czynu. Zgodnie z art. 10 § 1 k.k. na zasadach określonych w tym kodeksie odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat. Wyjątkiem jest art. 10 § 2 k.k., zgodnie z którym nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuszcza się czynu zabronionego, taksatywnie wymienionego w tym przepisie, może odpowiadać na zasadach określonych w tym kodeksie, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. W katalogu czynów określonych w art. 10 § 2 k.k. nie ma art. 197 § 1 k.k., co aktualizuje problem podniesiony w niniejszej pracy, a związany z możliwością złożenia wniosku o ściganie przez osobę pokrzywdzoną czynem zabronionym. Zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2002 r. nr 11, poz. 109 z późn. zm.) w sprawie o czyn ścigany na wniosek sędziego rodzinnego wszczęcie postępowanie w razie złożenia wniosku; postępowanie toczy się wówczas z urzędu. W doktrynie można spotkać się z poglądem, że co prawda niedopuszczalne jest wszczęcie postępowania z urzędu o czyn karalny ścigany na wniosek, jednak nie ma przeszkód ku temu, by w braku stosownego wniosku wszczęć z urzędu postępowanie o demoralizację. Tak np. P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 87. W tym zakresie może nasuwać się jednak uwaga, którą wyraził A. Wąsek (*Instytucja przestępstwa*, s. 439), że tego rodzaju stanowisko prowadzi do obejścia wnioskowego trybu ścigania takich czynów. Więcej na temat statusu pokrzywdzonego w świetle ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich pisze T. Grzegorzczak, *Pokrzywdzony w postępowaniu w sprawach nieletnich*, NP 1986, nr 3, s. 43–57.

⁹ Art. 52 § 1 k.p.k. stanowi, że w razie śmierci pokrzywdzonego prawa, które by mu przysługiwały, mogą wykonywać osoby najbliższe, a w wypadku ich braku lub nieujawnienia – prokurator, działając z urzędu. Inaczej H. Rajzman, który pisze, że „dysponowanie wolą ścigania karnego, gdy chodzi o przestępstwo przeciwko dobru osobistemu, nie przechodzi w żadnym wypadku na wyliczone w art. 66 k.p.k. osoby pozostałe po zmarłym pokrzywdzonym. Osobom tym służy w tych sprawach prawo reprezentowania na zewnątrz woli pokrzywdzonego, jeżeli on by ją wyraził. Możliwość wystąpienia z akcją karną np. syna, który by zapragnął, bez upoważnienia swej matki, ścigać karnie po śmierci sprawcę dokonanego w stosunku do niej przestępstwa z art. 204 k.k., daje przykład skutków ewentualnej odmiennej wykładni art. 66 k.p.k.” (*Ściganie karne na wniosek*, PIP 1948, z. 9–10, s. 76). Warto także wskazać, że w tym miejscu pominięte zostały zarówno akceptowane, jak i kontrowersyjne rozważania nad możliwością złożenia z urzędu przez prokuratora wniosku o ściganie w razie śmierci pokrzywdzonego.

¹⁰ Pomijam w tym miejscu rozważania nad tym, czy przestępstwo zgwałcenia powinno być czynem ściganym na wniosek, czy czynem ściganym z urzędu. Więcej na ten temat pisze K. Dudka, *W sprawie zasadności propozycji zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia*, (w:) *Reforma prawa karnego, propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 337–343; H. Pracki, *Czy zgwałcenie powinno pozostać przestępstwem ściganym na wniosek pokrzywdzonego?*, „Problemy Praworządności” 1981, nr 8–9, s. 33 i n.; M. Lipczyńska, *Wniosek o ściganie w sprawach o przestępstwo zgwałcenia w świetle ustawy i praktyki*, „Palestra” 1973, nr 11, s. 52–53.

o przestępstwie ściganym na wniosek)? Na wskazane pytanie można odpowiedzieć dwojako. Po pierwsze, można uznać, że złożenie wniosku o ściganie jest konieczne, a to ze względu na charakter (specyfikę) czynów o znamionach określonych w ustawie karnej ściganym na wniosek. Po drugie, można uznać, że złożenie wniosku o ściganie nie jest warunkiem niezbędnym do wszczęcia postępowania karnego przeciwko osobie, która dopuściła się czynu zabronionego. Przyjęcie pierwszego rozwiązania, że złożenie wniosku o ściganie jest niezbędne, rodzi konieczność postawienia założenia, iż w owym przypadku ów wniosek o ściganie nie mógłby zostać złożony, a to ze względu na brak pokrzywdzonego *sensu stricto* (arg. z art. 49 § 1 k.p.k.) uprawnionego do złożenia owego wniosku. Należy wziąć jednak pod uwagę, że stan niepoczytalności osoby dopuszczającej się czynu zabronionego o znamionach określonych w ustawie karnej musi zostać stwierdzony każdorazowo w toczącym się procesie karnym, a zatem już po wszczęciu postępowania karnego. Wcześniej (np. na etapie czynności sprawdzających) można jedynie domniemywać, że osoba, która dopuściła się danego czynu, w czasie jego popełnienia (*tempore criminis*) nie była w stanie rozpoznać znaczenia tego czynu lub pokierować swoim postępowaniem. Skoro tak, postępowanie wszczęte na podstawie złożonego wcześniej wniosku o ściganie, już po wydaniu opinii przez biegłych lekarzy psychiatrów oraz stwierdzeniu w niej stanu niepoczytalności, musiałoby zostać umorzone, a to ze względu na brak wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.), w tym wypadku od pokrzywdzonego, ze względu na brak tego pokrzywdzonego (tutaj pokrzywdzonego *sensu stricto*). W związku z poważnymi konsekwencjami takiego rozumowania pojawił się pogląd¹¹, że wniosek „pokrzywdzonego” o ściganie czynu zabronionego popełnionego przez osobę niepoczytalną nie jest w ogóle wymagany do zastosowania środka zabezpieczającego, ponieważ art. 12 § 1 k.p.k. dotyczy tylko przestępstw ściganym na wniosek (a nie czynów zabronionych). Należy zauważyć, że owo założenie, pomimo jego praktycznego uzasadnienia, należy odrzucić z kilku powodów¹². W pierwszej kolejności można wskazać, że nie ma ono oparcia na tle ustawy – Kodeks postępowania karnego, w której to żaden przepis nie daje podstawy do przyjęcia takiego rozumowania. Wskazanie, że wszelkie czyny zabronione niebędące przestępstwami winny być ścigane z urzędu tylko dlatego, iż przepis art. 12 § 1 k.p.k. ma zastosowanie do przestępstw (a nie do czynów zabronionych), nie ma dostatecznej mocy argumentacji. Dodatkowo, z punktu widzenia osoby pokrzywdzonej (tu mam na myśli pokrzywdzonego *sensu largo*), jej emocjonalnego stosunku do czynu oraz chęci ścigania bez znaczenia pozostaje fakt, czy sprawcą czynu jest osoba poczytalna, czy osoba niepoczytalna. Co za tym idzie, osoba pokrzywdzona czynem zabronionym również może wyrazić chęć złożenia wniosku o ściganie skutkującego wszczęciem postępowania karnego bądź przeciwnie – dezaprobatę. Czyny ścigane na wniosek mają specyficzny charakter, osoby pokrzywdzone znajdują się zaś

¹¹ Pogląd ten wyraził S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 82.

¹² W tym miejscu można wskazać, że H. Rajzman pośrednio wyraził niegdyś pogląd o tym, iż również w stosunku do czynów zabronionych konieczne jest złożenie wniosku o ściganie przez osobę do tego uprawnioną, pisząc: „Jeżeli uprawniony do złożenia wniosku zażąda nie wymierzenia kary, ale zastosowania jednego ze środków zabezpieczających, wnioskowi takiemu nie można odmówić charakteru wniosku o ściganie” (*Ściganie karne*, s. 77).

w tak wyjątkowej sytuacji, że ustawodawca, dostrzegłszy to, daje im możliwość wyboru – złożenia bądź niezłożenia wniosku o ściganie, ściganie z urzędu takich czynów pozostaje zaś niedopuszczalne. Należy wyrazić głęboką wątpliwość co do tego, czy ustawodawca, powracając do wyżej wskazanego przykładu, chciał zróżnicować sytuację osoby, wobec której dopuszczono się czynu zgwałcenia, które to zgwałcenie stanowiło przestępstwo, od sytuacji osoby, wobec której dopuszczono się czynu zgwałcenia, które to zgwałcenie stanowiło czyn zabroniony. Uzasadnienie dla ścigania tego typu czynów jest bowiem tożsame w obu przypadkach. W obu przypadkach mowa jest o tym samym czynie, a mianowicie czynie zgwałcenia, różnica leży zaś po stronie podmiotu dopuszczającego się tego czynu, a zatem po stronie sprawcy czynu. Uściślając, dyferencjacja obu powyżej wskazanych sytuacji zasadza się na warunkach podmiotowych sprawcy czynu, a konkretnie w elemencie zawinięcia (czy można danej osobie przypisać winę w czasie czynu). Szeroko rozumiane prawo karne powinno chronić i taką osobę – pokrzywdzonego czynem zabronionym o znamionach określonych w ustawie karnej. Skłania to do uznania, że sfera zainteresowania prawa karnego obejmuje także osobę pokrzywdzoną czynem zabronionym. Bez wątplenia przyjęcie założenia, że w przewidzianym przypadku konieczne jest złożenie wniosku o ściganie czynu zabronionego, stawia organy ścigania w sytuacji bez wyjścia. Z jednej bowiem strony uznaje się, że złożenie wniosku o ściganie jest konieczne dla wszczęcia postępowania karnego, z drugiej zaś, że nie ma tu zastosowania art. 12 § 1 k.p.k., który tyczy się wyłącznie sytuacji, w której zostało popełnione przestępstwo. Doprowadza to do konstatacji, że w obowiązującym Kodeksie postępowania karnego brak jest wskazania, czy w przypadku popełnienia czynów zabronionych, będących odpowiednikiem przestępstw ściganych na wniosek, konieczne jest złożenie wniosku o ściganie przez osobę do tego uprawnioną. Uznając, że taka konieczność istnieje, należałoby wyrazić postulat zmiany przepisu art. 12 § 1 k.p.k. Przepis ten mógłby przybrać kształt następujący: „W sprawach o czyny o znamionach określonych w ustawie karnej, ścigane na wniosek, postępowanie z chwilą złożenia wniosku toczy się z urzędu. Organ ścigania poucza osobę uprawnioną do złożenia wniosku o przysługującym jej uprawnieniu”. Przyjęcie takiego założenia daje podstawę do wyróżnienia wskazanego wcześniej pokrzywdzonego *sensu largo*. Na gruncie Kodeksu postępowania karnego doszłoby bowiem do wyróżnienia nowego podmiotu, a mianowicie osoby pokrzywdzonej czynem zabronionym o znamionach określonych w ustawie karnej, która miałaby uprawnienie do złożenia wniosku o ściganie takich czynów.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zauważyć, że obecne rozwiązanie przewidziane w treści przepisu art. 49 § 1 k.p.k. pozostaje niespójne z wieloma ustawowymi rozwiązaniami szczegółowymi. Analiza przepisów Kodeksu postępowania karnego skłania do uznania, że osoba o statusie pokrzywdzonego występuje w procesie karnym nie tylko wówczas, gdy jej dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo, ale także gdy takie naruszenie lub zagrożenie powoduje czyn zabroniony o znamionach określonych w ustawie karnej. Rodzi to konieczność zmiany przepisów art. 49 § 1 i art. 12 § 1 k.p.k., tak aby nie było żadnych wątpliwości co do tego, komu przysługuje legitymacja procesowa do wystąpienia w procesie karnym w charakterze pokrzywdzonego, a zatem również komu przysługuje uprawnienie do złożenia wniosku o ściganie czynów o znamionach określonych w ustawie karnej.

Summary

Małgorzata Żbikowska

THE STATUS OF THE AGGRIEVED PARTY
BUT COMMITTING THE FORBIDDEN ACT

The article was devoted to the possibility of acting in the role of the aggrieved party in criminal proceedings by the wronged person with forbidden act. The article is describing the procedural position of the aggrieved party with forbidden act and is comparing her with the procedural position of the aggrieved party with crime.

KEY WORDS: the aggrieved party, the aggrieved party but committing the forbidden act, victim

SŁOWA KLUCZOWE: pokrzywdzony, pokrzywdzony czynem zabronionym, ofiara

FAKULTATYWNE ODROCZENIE WYKONANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI

1. UWAGI OGÓLNE

Wymogiem ustawowym, szczególnie wyeksponowanym po zmianach Kodeksu karnego wykonawczego obowiązujących od 1 stycznia 2012 r.¹, jest szybkie kierowanie do wykonania orzeczeń wydawanych w postępowaniu karnym. Wyrazem tego jest obecne brzmienie art. 9 § 1 k.k.w., zgodnie z którym postępowanie wykonawcze wszczynają się bezzwłocznie, gdy orzeczenie stało się wykonalne. Rozwinięcie tej zasady znajduje wyraz w kolejnych paragrafach art. 9 k.k.w., poprzez stwierdzenie, że wyrok oraz postanowienia wydane w trybie art. 420 k.p.k. stają się wykonalne z chwilą uprawomocnienia, chyba że ustawa stanowi inaczej (§ 2) i – co jest nowością – poprzez dyspozycję, zgodnie z którą postanowienie w postępowaniu wykonawczym staje się wykonalne z chwilą wydania, chyba że ustawa stanowi inaczej lub sąd wydający postanowienie albo sąd powołany do rozpoznania zażalenia wstrzyma jego wykonanie (§ 3).

Zwrot „bezzwłocznie” należy rozumieć jako „bez zbędnej zwłoki”, „natychmiast, gdy tylko jest to możliwe”. Pojęcie to precyzują, stanowiąc jego wykładnię, przepisy wykonawcze, w myśl których każde orzeczenie powinno być skierowane do wykonania bezzwłocznie, nie później niż w ciągu 14 dni od daty jego uprawomocnienia lub od daty zwrotu akt sądowi pierwszej instancji. Określają też one, że postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym, wykonalne z chwilą wydania, powinny być skierowane do wykonania w dniu ich wydania². Chociaż wymienione terminy kierowania orzeczeń do wykonania są terminami regulaminowymi, a więc instrukcyjnymi, to jednak reguła bezzwłocznego wykonania orzeczenia wymaga ich bezwzględności przestrzegania, nawet pod rygorem konsekwencji służbowych.

Jedynym odstępstwem od obowiązku bezzwłocznego wykonania kary jest instytucja odroczenia wykonania kary.

Jako sytuacja szczególna, wymaga, aby jej stosowanie odbywało się w granicach ściśle określonych przepisami, a zatem wynikające z tych przepisów przesłanki odroczenia wykonania kary nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej³.

Z drugiej jednak strony nie można zapominać, że jedną z naczelnych zasad prawa karnego wykonawczego jest zasada humanitaryzmu i poszanowania godności ludzkiej skazanego. Jednym z przejawów tej zasady są przepisy, które umożliwiają

¹ Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 240, poz. 1431), dalej: ustawa z 2011 r.

² § 357 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. nr 38, poz. 249 z późn. zm.).

³ Por. postanowienie SA w Krakowie z 14 marca 2001 r., II AKz 69/01, Prok. i Pr. 2002, z. 2, poz. 33.

odroczenie wykonania kary, gdy przesłankami stosowania tych instytucji są m.in. okoliczności wpisujące się w treść tej zasady⁴.

Rozwazze sędziego pozostawione jest każdorazowo godzenie obu tych wymagań. Przepisy o odroczeniu, szczególnie gdy jest ono fakultatywne, pozostawią sądowi dość duży luz decyzyjny.

W tym aspekcie na uwagę zasługuje stanowisko, że „odwlekание wykonania kary, w tym także poprzez przerwy w karze czy odracanie jej wykonania bez dostatecznie poważnych powodów, jest sprzeczne z zasadą osądzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) czy rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie (art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) oraz z powinnością bezzwłocznego wykonania wyroku (art. 9 § 1 k.k.w.). Choć zgodne z doraźnym życzeniem skazanego, odwlekание kary sprawia, że po latach staje się ona dolegliwością abstrakcyjną, odczuwaną przez skazanego i jego bliskich bardziej jako krzywda niż jako odpłata za skrzywdzenie innej osoby”⁵.

Należy też podzielić pogląd, że efektywność kary osłabia każdy przypadek oddalonego w czasie przystąpienia do jej odbycia. Pomijając odniesienia i relacje o charakterze psychologicznym, zawsze to niepotrzebnie wydłuża okres readaptacji społecznej, bowiem możliwość osiągnięcia stabilizacji życiowej – zwykle wbrew woli skazanego – następuje później⁶.

W związku z tak rozumianą istotą odroczenia wykonania kary można spotkać stanowisko, że jest ono faktyczną modyfikacją kary w postępowaniu wykonawczym⁷. Takie postrzeganie odroczenia nie wydaje się słuszne, bowiem na skutek odroczenia ani wymiar kary, ani forma jej wykonania nie ulegają zmianie, a jedynie następuje czasowe wstrzymanie rozpoczęcia jej odbywania⁸. Taką modyfikacją jest natomiast przewidziane w art. 152 k.k.w. warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, możliwe do orzeczenia po rocznym okresie odroczenia i spełnieniu warunków wymienionych w tym przepisie.

Kodeks karny wykonawczy przewiduje odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności (art. 150 i 151 k.k.w.) oraz kary ograniczenia wolności (art. 62 k.k.w.). Z uwagi na obszerność tematyki dalsze uwagi zostaną zawężone tylko do odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności, a konkretnie do zasad fakultatywnego jej odroczenia, a więc z pominięciem rozważań na temat obligatoryjnego odroczenia przewidzianego w art. 150 k.k.w. Temu ostatniemu poświęcono w piśmiennictwie sporo uwagi⁹.

Poza tym w praktyce najczęściej mamy do czynienia ze sprawami, których przed-

⁴ T. Kalisz, *Zasady prawa karnego wykonawczego*, NKPK, t. XVII, Wrocław 2005, s. 319; zob. też S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze, Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 66.

⁵ Postanowienie SA w Krakowie z 29 października 2004 r., II AKZw 688/04, KZS 2004, z. 11, poz. 20.

⁶ G. Wiciński, *Przeludnienie zakładów karnych jako przesłanka odroczenia wykonania kary (art. 151 § 1 k.k.w. in fine)*, „*Probacja*” 2011, nr II, s. 126.

⁷ T. Leško, *System środków karnych*, Warszawa 1974, s. 159.

⁸ K. Postulski, *Odroczenie wykonania kary*, NP 1989, nr 7–8, s. 115.

⁹ Zob. np. K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, PiP 2010, z. 12, s. 53; S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, tezy do art. 150 k.k.w.; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, tezy do art. 150 k.k.w.

miotem jest fakultatywne odroczenie wykonania kary, a właśnie aspekt praktyczny ma niniejsze opracowanie.

Przed przystąpieniem do wglębiania się w tajniki fakultatywnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności nieco miejsca należy poświęcić relacjom między odroczeniem wykonania kary i inną instytucją przewidującą odwlekanie w czasie jej wykonania, jaką jest przerwa w wykonaniu kary.

O odroczeniu wykonania kary pozbawienia wolności sąd orzeka wtedy, kiedy skazany nie rozpoczął jeszcze odbywania kary, a więc przed przyjęciem go do aresztu śledczego. Po tym fakcie w miejsce odroczenia pojawia się instytucja przerwy w wykonaniu kary.

Należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego, w myśl którego, w sytuacji gdy skazany złoży wniosek o odroczenie wykonania kary, będąc jeszcze na wolności, a przed rozpoznaniem wniosku zostanie przyjęty do jednostki penitencjarnej, to wniosek ten należy przekazać właściwemu sądowi penitencjarnemu, jako wniosek o udzielenie przerwy w wykonaniu kary¹⁰.

Natomiast złożenie wniosku o dalsze (kolejne) odroczenie wykonania kary, w sytuacji gdy nie minął jeszcze okres roku od dnia wydania pierwszego postanowienia o odroczeniu, musi skutkować wstrzymaniem czynności zmierzających do osadzenia skazanego w zakładzie karnym, ale tylko w sytuacji, gdy wniosek jest złożony przed zakończeniem okresu poprzednio udzielonego odroczenia, zmierza on bowiem do przedłużenia trwającego jeszcze odroczenia na dalszy okres¹¹.

Jest to sytuacja odmienna od tej, gdy skazany (jego obrońca) składa pierwszy wniosek o odroczenie wykonania kary. Złożenie pierwszego wniosku o odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności nie wstrzymuje z mocy prawa wykonania tej kary. Mimo złożenia takiego wniosku, stosownie do wymogu wynikającego z art. 9 § 4 k.k.w., wyrok podlega bezzwłocznemu wykonaniu¹². Jednakże w znowelizowanym w 2011 r. art. 9 § 4 *in fine* k.k.w. przewidziano, że sąd w szczególnie uzasadnionych przypadkach może postanowić inaczej. Może to nastąpić jedynie wyjątkowo, gdy ujawnią się okoliczności świadczące o tym, że bezzwłoczne podjęcie czynności wykonawczych pociągnie za sobą nieodwracalne i niepowetowane skutki dla skazanego¹³.

Inaczej należy postąpić, gdy skazany rozpocznie odbywanie kary po wydaniu postanowienia odmawiającego odroczenia wykonania kary, ale przed rozpoznaniem przez sąd odwoławczy zażalenia na to postanowienie. Nie zachodzi w takiej sytuacji żadna z podstaw do odmowy przyjęcia zażalenia przez prezesa sądu pierwszej instancji (art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.), ani też do pozostawienia tego zażalenia bez rozpoznania przez sąd odwoławczy (art. 430 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.) bądź do umorzenia postępowania w przedmiocie odroczenia (art. 15 § 1 k.k.w.). Takie zażalenie należy rozpoznać merytorycznie, oceniając jego zasadność według sytuacji istniejącej w chwili orzekania przez sąd pierwszej instancji. W przypadku uznania jego trafności sąd odwoławczy utrzyma je w mocy. Jeżeli natomiast zaistnieje podstawa do jego

¹⁰ Postanowienie SN z 15 lutego 2008 r., WZ 2/08, R-OSNKW 2008, poz. 378.

¹¹ Postanowienie SA w Lublinie z 26 października 2011 r., II AKz w 1029/11, LEX nr 1163181.

¹² Zob. też K. Postulski, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 15/08*, Prok. i Pr. 2008, z. 12, s. 160.

¹³ Postanowienie SN z 26 września 2012 r., V KK 218/12, LEX nr 1220962.

uchylenia, sąd odwoławczy uczyni to, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania sądowi penitencjarnemu, traktując wniosek jako wniosek o udzielenie przerwy w wykonaniu kary¹⁴.

Z takiego pojęcia „odroczenie wykonania kary”, w odróżnieniu od „przerwy w wykonaniu kary”, wynikają inne jeszcze konsekwencje.

Po pierwsze: kara pozbawienia wolności, której wykonanie najpierw zostało przerwane, nie może w późniejszym okresie być przedmiotem odroczenia, nawet wówczas, gdy do rozpoczęcia jej odbywania nie przystąpiono z powodu odbywania kary orzeczonej w innej sprawie¹⁵.

Po drugie: skazany, wobec którego odwołano warunkowe przedterminowe zwolnienie, może ubiegać się o odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności na zasadach ogólnych. W takim przypadku nie wchodzi w rachubę udzielenie przerwy w odbywaniu kary. Z istoty przerwy wynika bowiem, że może być ona udzielona tylko osobie, co do której kara jest faktycznie wykonywana, wskutek czego następuje „przerwanie” tego wykonywania.

W tym ostatnim przypadku skazanemu przysługuje prawo ubiegania się o warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności, o ile zaistnieją przesłanki określone w art. 152 k.k.w., a nie o warunkowe przedterminowe zwolnienie na szczególnych warunkach określonych w art. 155 k.k.w.¹⁶

2. PRZESŁANKI ODROCZENIA

A. UWAGI WSTĘPNE

Przepis art. 151 k.k.w. przewiduje fakultatywne odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności w trzech sytuacjach:

- a) jeżeli natychmiastowe wykonanie kary pociągnęłoby dla skazanego lub jego rodziny zbyt ciężkie skutki;
- b) gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekracza w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów;
- c) w okresie ciąży lub w okresie 3 lat po urodzeniu dziecka, jeżeli skazany samotnie sprawuje opiekę nad dzieckiem.

Pozytywne ustalenie przez sąd istnienia wymienionych w poprzedniej tezie okoliczności nie oznacza obowiązku odroczenia wykonania kary, a jedynie stwarza taką możliwość. Przedmiotem rozważań sądu powinno być bowiem nie tylko istnienie tych przesłanek, ale też takie okoliczności, jak: rzeczywista niezbędność pozostawiania skazanego na wolności dla zrealizowania wskazanych we wniosku celów, realność wykorzystywania przez skazanego odroczenia w celu, jaki deklaruje we wniosku, dotychczasowe zachowanie się skazanego w aspekcie oceny, czy będzie na wolności przestrzegał porządku prawnego, a także możliwość zrealizowania celów, jakim ma służyć odroczenie wykonania kary w inny sposób, bez bezpośredniego udziału skazanego w ich realizacji bądź

¹⁴ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy*, s. 592.

¹⁵ Postanowienie SA we Wrocławiu z 25 stycznia 2010 r., II AKz w 1346/09, KZS 2010, z. 4, poz. 62.

¹⁶ K. Postulski, *Glosa do uchwały SN z dnia 29 października 2002 r., I KZP 29/2002*, Prok. i Pr. 2003, z. 2, s. 127.

poprzez krótkoterminowe zezwolenie na opuszczenie zakładu karnego. Uwagi sądu nie mogą też ująć okoliczności związane z przedmiotem przestępstwa i osobą sprawcy, a więc to, co bywa nazywane społecznym poczuciem sprawiedliwości.

W piśmiennictwie zauważono, że odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności jest instytucją konkurencyjną wobec odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego. Gdy kara nie przekracza roku, udzielenie zezwolenia na odbywanie jej w tym systemie jest dla skazanego korzystniejsze, gdyż odbędzie tę karę na wolności, natomiast jej odroczenie tylko odwleka wykonanie kary, i to nawet wówczas, gdy na podstawie art. 152 k.k.w. sąd warunkowo zawiesi jej wykonanie¹⁷.

W zmienionym ustawą z 2011 r. art. 151 k.k.w. dodany został § 4, dający sądowi możliwość zobowiązania skazanego, któremu odroczone wykonanie kary, do podjęcia starań o znalezienie pracy zarobkowej, zgłaszania się do wskazanej jednostki Policji w określonych odstępach czasu lub poddania się odpowiedniemu leczeniu lub rehabilitacji, oddziaływaniom terapeutycznym lub uczestnictwu w programach korekcyjno-edukacyjnych. Sąd zobligowany jest nadzorować wykonywanie przez skazanego tych obowiązków, zarządzając okresowe zbieranie informacji w drodze wywiadu środowiskowego (art. 151 § 5 k.k.w.). Przepis ten ma zastosowanie do wszystkich przesłanek odroczenia wymienionych w art. 151 k.k.w.

Użycie w art. 151 § 4 k.k.w. alternatywy „lub” oznacza, że sąd może orzec wszystkie obowiązki jednocześnie, jeden, jak też niektóre z nich. Wydaje się, że istotnym kryterium przy ocenie zasadności nałożenia obowiązku i jego rodzaju powinny być właściwości osobiste skazanego, warunki środowiskowe, w jakich będzie przebywał w okresie odroczenia, jak też deklarowany cel, jakiemu ma ono służyć.

Niewykonywanie obowiązków określonych w art. 151 § 4 k.k.w. stanowi podstawę fakultatywnego (art. 156 § 1 k.k.w.) lub obligatoryjnego (art. 156 § 3 k.k.w.) odwołania odroczenia.

Oprócz art. 151 k.k.w. o fakultatywnym odroczeniu wykonania kary pozbawienia wolności mówi art. 336 § 1 k.k., w myśl którego sąd może odroczyć żołnierzowi służby zasadniczej wykonanie kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 6 miesięcy do czasu ukończenia służby.

Na koniec trzeba podnieść, że w braku odmiennego uregulowania przepisy o odroczeniu wykonania kary pozbawienia wolności dotyczą także zastępczej kary zarządzonej w zamian za karę grzywny lub ograniczenia wolności.

B. ZBYT CIĘŻKIE SKUTKI NATYCHMIASTOWEGO WYKONANIA KARY

Przepis art. 151 § 1 zd. pierwsze k.k.w. jako podstawową przesłankę fakultatywnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności wymienia zbyt ciężkie skutki, jakie pociągnęłyby dla skazanego lub jego rodziny natychmiastowe wykonanie kary.

Spójnik „lub” użyty w art. 151 § 1 k.k.w. powoduje, że do odroczenia wystarczy wystąpienie jednej z nich¹⁸.

Zamieszczony w omawianym przepisie zwrot „skutki zbyt ciężkie” to typowa klau-

¹⁷ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy*, s. 642.

¹⁸ K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary*, s. 53.

zula generalna, pozostawiająca sądowi wypełnienie jej treścią, wynikającą z ocen sędziowskich¹⁹.

Z uwagi na ogólnikowość omawianej przesłanki nie jest możliwe podanie w sposób wyczerpujący wszystkich sytuacji stanowiących podstawę do oceny, czy ich zaistnienie można utożsamić ze zbyt ciężkimi skutkami dla skazanego lub jego rodziny w razie osadzenia go w zakładzie karnym. Do tych stanów faktycznych można – jedynie przykładowo – zaliczyć (z zastrzeżeniem jednak tego, o czym będzie mowa niżej):

a) chorobę członka rodziny, wymagającego opieki, którą może zapewnić tylko skazany;

b) konieczność wykonania pilnych prac polowych, ogrodniczych itp.;

c) okresowe pozostawanie rodziny skazanego bez środków do życia;

d) potrzebę uregulowania spraw zawodowych, majątkowych lub osobistych skazanego;

e) wydarzenie losowe, wymagające pilnego podjęcia czynności eliminujących jego skutki;

f) wiek lub kalectwo członków rodziny skazanego, z którymi wspólnie zamieszkuje lub którymi się opiekuje, a opieki tej nie mogą zapewnić inne osoby.

W piśmiennictwie jako przykłady „zbyt ciężkich skutków” wymienia się też: zdawanie ważnych egzaminów kończących cykl nauki, dokończenie ważnej dla skazanego pracy (tymczasowej umowy o dzieło), prac związanych z budową domu itp.²⁰

Nie każdy z wymienionych przypadków będzie uzasadniał w konkretnej sytuacji odroczenie wykonania kary. Oprócz istnienia tej przesłanki sąd każdorazowo ma obowiązek ocenić to, o czym była już mowa, a więc w szczególności istnienie przekonania, że skazany wykorzysta odroczenie w celu, jaki deklaruje, i czy nie istnieje obawa nieprzestrzegania przez niego porządku prawnego. Wprawdzie obie te okoliczności wymienione są w art. 156 § 1 k.k.w. jako podstawa do odwołania odroczenia, ale retoryczne wydaje się pytanie, po co odraczać skazanemu wykonanie kary, skoro już w momencie podejmowania decyzji w tym przedmiocie istnieją wystarczające powody do oceny, że obawy te są uzasadnione.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych pokazuje konkretne sytuacje i kryteria ich oceny, niezbędne do podjęcia decyzji w przedmiocie odroczenia wykonania kary. Wiele tych sytuacji zdefiniowano na gruncie przepisów o udzieleniu przerwy, jednak wobec zbliżonych przesłanek fakultatywnego odroczenia i przerwy uzasadnione jest wskazanie również i ich.

Stanowisko, jakie wyłania się po analizie tego orzecznictwa, jest na tyle jednoznaczne i przekonujące, że wystarczające wydaje się poprzestanie na jego przedstawieniu.

Zacznijmy zatem jego prezentację od kwestii bardziej ogólnych. Słusznie podkreśla się, że odroczenie wykonania kary ma charakter wyjątku od zasady niezwłocznego odbywania kary pozbawienia wolności, a więc przesłanki jego udzielania muszą być ściśle interpretowane. Dopóki zatem istnieje przekonanie, że obecność skazanego na

¹⁹ Zob. też L. Bogunia, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, (w:) A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 943.

²⁰ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy*, s. 629.

wolności nie jest absolutnie konieczna, a jedynie wskazana do realizacji określonych celów, dopóty udzielenie odroczenia nie jest uzasadnione²¹.

Osadzenie w celu odbycia orzeczonej kary pozbawienia wolności zawsze wywołuje pewne negatywne następstwa w życiu osobistym, zawodowym i rodzinnym skazanego. Sytuacja taka stanowi jednak naturalną konsekwencję izolacji więziennej. Przy ocenie zasadności wniosku o udzielenie przerwy należy zatem zawsze zastanowić się, czy ciężar gatunkowy ujemnych skutków osadzenia w zakładzie karnym jest tego rodzaju, że w żaden inny sposób niż przez udzielenie przerwy w karze nie można im zaradzić²².

Idąc tą linią interpretacyjną, trzeba stwierdzić, że za względy rodzinne jako przesłankę odroczenia wykonania kary można uznać ciężką sytuację życiową najbliższej rodziny skazanego, nadającą się do poprawienia wyłącznie przez obecność skazanego i jego osobiste starania²³. Celem odroczenia wykonania kary jest zatem likwidacja zbyt ciężkich (cięższych niż typowe) skutków, jakie niesie za sobą pozbawienie wolności dla skazanego lub (i) jego rodziny, nie zaś odwlekanie w czasie zwyczajnych trudności i niedogodności płynących z powinności wykonania kary pozbawienia wolności, jakie dotyczą również bliskich osób skazanych²⁴.

Konieczność wąskiego rozumienia przesłanek odroczenia wykonania kary uzasadnia zwrócenie uwagi na fakt, który słusznie wyeksponował w jednym z orzeczeń Sąd Apelacyjny w Krakowie, stwierdzając²⁵, że orzekanie sądów – zwłaszcza w karnym postępowaniu wykonawczym – nie ma na celu wyłącznie ochrony rodziny, lecz wymierzanie sprawiedliwości. Dobro rodziny jest wartością konstytucyjną, wszelako adresatem tej normy jest państwo, które powinno to uwzględniać w swej polityce społecznej i gospodarczej (art. 71, 175 ust. 1 i art. 177 Konstytucji RP). Osadzenie w celu odbycia kary pozbawienia wolności zawsze wywołuje pewne ujemne konsekwencje dla rodziny skazanego. Nie można jednak zapomnieć, że są to naturalne konsekwencje izolacji więziennej. Osoba popełniająca przestępstwa musi liczyć się z tym, że będzie musiała ponieść za swoje czyny przewidzianą prawem karę, która może stanowić dolegliwość nie tylko dla niej, ale również dla jej rodziny²⁶.

Orzecznictwo dostarcza też przykładów konkretnych stanów faktycznych, w których nie stwierdzono podstaw do odroczenia wykonania kary, albo taka możliwość zaistniała przy spełnieniu pewnych warunków.

W nawiązaniu do zaprezentowanego wyżej stanowiska w piśmiennictwie dotyczącego pobierania nauki jako przesłanki odroczenia wykonania kary trzeba przywołać pogląd, że brak możliwości kontynuowania nauki w zakładzie karnym może być uznany za „ciężki skutek” w myśl art. 151 § 1 k.k.w. tylko wówczas, gdy natychmiastowe wykonanie kary powoduje przerwanie edukacji, której koniec lub wyodrębniony jej fragment (klasa, semestr) jest nieodległy. Inaczej natomiast należy ocenić sytuację, w której skazany podejmuje dalszą naukę w trakcie toczącego się postępowania karnego, a termin zakończenia nauki znacznie przekracza okres, na jaki – stosownie do art. 151 § 3 k.k.w. – możliwe jest odro-

²¹ Zob. postanowienie SA w Lublinie z 25 marca 2009 r., II AKZw 223/09, KZS 2009, z. 7–8, poz. 103.

²² Postanowienie SA w Lublinie z 23 września 2009 r., II AKZw 758/09, KZS 2010, z. 1, poz. 76.

²³ Postanowienie SA w Krakowie z 13 września 2001 r., II AKz 326/01, KZS 2001, z. 9, poz. 21.

²⁴ Postanowienie SA w Lublinie z 19 maja 2010 r., II AKZw 354/10, LEX nr 593375.

²⁵ Postanowienie SA w Krakowie z 13 marca 2002 r., II AKz 62/02, KZS 2002, z. 3, poz. 22.

²⁶ Postanowienie SA w Lublinie z 12 grudnia 2007 r., II AKZw 939/07, KZS 2008, z. 5, poz. 96.

czenie wykonania kary²⁷. Dlatego chęć kontynuowania przez skazanego nauki w zakresie szkoły wyższej nie może być traktowana jako okoliczność szczególna, wyjątkowa, uzasadniająca konieczność odstąpienia od zasady nieprzerwanego odbywania kary. Ciężar gatunkowy ujemnych skutków osadzenia w zakładzie karnym musi być tego rodzaju, że w żaden inny sposób niż przez odroczenie wykonania kary nie można im zaradzić²⁸.

W kilku orzeczeniach sądy apelacyjne wypowiedziały się odnośnie do ograniczonych możliwości odraczania wykonania kary uzasadnianego koniecznością prowadzenia prac polowych.

Wskazuje się w nich, że potrzeba wykonania przez skazanego prac rolniczych i ogrodniczych nie przemawia w zasadzie za odroczeniem wykonania kary. Fakt, że skazany nie może zajmować się działalnością rolniczą, stanowi naturalną konsekwencję odbywania przez niego kary pozbawienia wolności. Skazany może wydzierżawić gospodarstwo rolne i w ten sposób czerpać z niego dochody, a po odbyciu kary zająć się ponownie działalnością rolniczą²⁹. Podkreślono też, że „gospodarstwo rolne jest rodzajem zakładu gospodarczego, który można prowadzić i przez osoby najemne bądź zaniechać prowadzenia go, gdy nie ma po temu możliwości”³⁰.

Można zatem stwierdzić, że konieczność wykonywania prac polowych lub ogrodniczych, jeśli miałyby doprowadzić do odroczenia wykonania kary, musi wynikać z potrzeby wykonania prac rzeczywiście pilnych, doraźnych, krótkotrwałych, których nikt inny poza skazanym nie może wykonać, a ich niewykonanie grozi spowodowaniem wymiernej szkody.

Kończąc analizę przypadków, w których sądy dopatrzyły się braku podstaw do odroczenia wykonania kary, można wskazać przykładowo następujące:

a) przeprowadzenie rozwodu i zawarcie małżeństwa nie stanowi podstawy odroczenia wykonania kary, gdyż czynności te można przeprowadzić bez konieczności opuszczenia zakładu karnego lub podczas zezwoleń na czasowe opuszczenie jednostki penitencjarnej³¹;

b) nie powinno się odraczać wykonania kary tylko po to, by skazany wykonał obowiązek, którego niewykonanie spowodowało zarządzenie wykonania kary³²;

c) sąd nie jest władny do odroczenia, na podstawie art. 151 § 1 k.k.w., wykonania kary z powodu związanego wyłącznie z zamierzonym czy faktycznym wniesieniem kasacji³³;

f) w jednym z postanowień brak podstaw do odroczenia wykonania kary wywieziono z konstatacji, że „choć ostatnio zachorowali ojciec, matka i babka skazanego, a ta ostatnia wymaga opieki, to szczęśliwie choroby ominęły siostrę skazanego, może więc ona się babką opiekować”³⁴.

²⁷ Postanowienie SA we Wrocławiu z 13 października 2004 r., II AKz w 837/04, OSA 2005, z. 4, poz. 32.

²⁸ Postanowienie SA w Lublinie z 25 września 2006 r., II AKz w 677/06, KZS 2007, z. 2, poz. 79.

²⁹ Postanowienie SA w Lublinie z 23 września 2009 r., II AKz w 758/09, KZS 2010, z. 1, poz. 76.

³⁰ Postanowienie SA w Krakowie z 21 września 2000 r., II AKz 344/00, KZS 2000, z. 9, poz. 44.

³¹ Postanowienie SA w Lublinie z 31 grudnia 2007 r., II AKz w 1051/07, KZS 2008, z. 5, poz. 99.

³² Postanowienie SA w Krakowie z 12 września 2008 r., II AKz w 709/08, KZS 2008, z. 9, poz. 37.

³³ Postanowienia SN: z 4 lutego 1999 r., II KKN 526/98, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 35 i z 4 sierpnia 2004 r., II KK 6/04, R-OSNKW 2004, poz. 1382.

³⁴ Postanowienie SA w Krakowie z 25 czerwca 2004 r., II AKz w 299/04, KZS 2004, z. 7–8, poz. 62.

g) również ewentualna niemożność spłaty zobowiązań kredytowych spowodowana rozpoczęciem odbywania przez skazanego kary nie stanowi wystarczającej podstawy do odroczenia jej wykonania. Jeżeli umowa kredytu została zawarta, kiedy toczyło się przeciwko skazanemu postępowanie karne, skazany, decydując się na jego zaciągnięcie, powinien być liczyć się z możliwością orzeczenia wobec niego kary bezwzględnego pozbawienia wolności, której wykonanie uniemożliwi mu spłatę kredytu³⁵.

C. CIAŻA I SPRAWOWANIE OPIEKI NAD DZIECKIEM

Odroczenie wykonania kary w okresie ciąży i 3 lat po urodzeniu dziecka jest fakultatywne. W razie rozpoznawania sprawy w tym przedmiocie uwagi sądu nie może ująć – w przypadku kobiety – możliwość osadzenia skazanej w zakładzie karnym, przy którym funkcjonuje szpitalny oddział położniczy lub jest zorganizowany dom dla matki i dziecka (zob. art. 87 § 4 k.k.w.).

Normą jest, że do aresztu śledczego nie przyjmuje się kobiety od 28 tygodnia ciąży. Zasady tej nie stosuje się jednak do kobiety, która zgłosiła się albo została doprowadzona do aresztu śledczego, przy którym funkcjonuje szpital z oddziałem mogącym zapewnić tej osobie specjalistyczną opiekę lekarską. Przyjęcie do takiego aresztu następuje także wówczas, gdy w nakazie przyjęcia wskazano inną jednostkę penitencjarną³⁶. Taką jednostką, do której mogą być przyjmowane kobiety w zaawansowanej (od 7 miesięcy) ciąży, jest Zakład Karny nr 1 w Grudziądzu, w którym istnieją warunki umożliwiające urodzenie dziecka. Kobiecie ciężarnej lub karmiącej zapewnia się w zakładzie karnym opiekę specjalistyczną (art. 87 § 3 k.k.w.).

Powołana regulacja prawna wskazuje na potrzebę istnienia szczególnych okoliczności, które uzasadniają pobyt kobiety do chwili urodzenia dziecka na wolności poprzez odroczenie jej wykonania kary. Wydaje się, że chodzić będzie szczególnie o względy zdrowotne i patologiczne wymagające wysoko kwalifikowanej pomocy i bezwzględną konieczność unikania stresu, jaki wiąże się z pewnością z pobytem kobiety ciężarnej w zakładzie karnym.

Możliwość odroczenia wykonania kary kobiecie ciężarnej nie jest uzależniona od zaawansowania ciąży, ale od istnienia tych szczególnych okoliczności, chociaż wspomniana wyżej, określona prawnie, granica w postaci 28 tygodnia ciąży nie jest tu bez znaczenia.

Słusznie zauważa się, że w takiej sytuacji nie zachodzi potrzeba wykazywania, że natychmiastowe wykonanie kary pociągnęłoby dla skazanej skutki zbyt ciężkie³⁷.

Inaczej trzeba widzieć przesłankę odroczenia wykonania kary w postaci osobistego sprawowania opieki nad dzieckiem do 3 lat po jego urodzeniu. Z możliwości uzyskania odroczenia może korzystać także inna osoba niż matka. Przesłanką stosowania tego przepisu jest fakt sprawowania przez osobę skazaną osobistej opieki nad dzieckiem przy jednoczesnym ustaleniu, że osadzenie jej w zakładzie karnym pociągnęłoby zbyt ciężkie skutki dla dziecka lub innych członków rodziny tej osoby. Wynika stąd, że wy-

³⁵ Postanowienie SA w Lublinie z 15 grudnia 2010 r., II AKz w 845/10, LEX nr 785268.

³⁶ § 34 ust. 2, 4 i 7 rozporządzenia 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. poz. 1153).

³⁷ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy*, s. 639.

mogiem jest ustalenie, że nikt inny poza tą osobą nie jest w stanie zapewnić dziecku takiej opieki.

Ale nawet takie ustalenie nie obliguje sądu do odroczenia wykonania kary, wystarczające bowiem może okazać się zrealizowanie przez sąd powinności przewidzianej w art. 17 § 1 pkt 1 k.k.w., polegającej na zawiadomieniu sądu opiekuńczego o potrzebie opieki nad dzieckiem osoby skazanej. Trzeba jednak zwrócić uwagę na to, że powołany przepis dotyczy tylko opieki ze strony rodzica, a nie innych osób, o których mowa w art. 151 § 1 zd. drugie k.k.w., ma więc ograniczony zasięg jako alternatywa wobec odroczenia wykonania kary.

Szczególne zasady postępowania, mogące powodować niecelowość odroczenia wykonania kary, ale tylko matce sprawującej osobistą opiekę nad dzieckiem, określa art. 87 § 4 k.k.w. Przewiduje on, że w celu umożliwienia matce pozbawionej wolności sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem organizuje się przy wskazanych zakładach karnych domy dla matki i dziecka, w których dziecko może przebywać na życzenie matki do ukończenia trzeciego roku życia, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki albo za przedłużeniem lub skróceniem tego okresu. Decyzje dyrektora zakładu karnego w tym przedmiocie wymagają zgody sądu opiekuńczego.

Przyjmowanie kobiet zgłaszających się lub doprowadzonych wraz z dzieckiem do jednostki penitencjarnej, przy której zorganizowano dom dla matki i dziecka, regulują przepisy wykonawcze, które wskazują też dwa zakłady karne, przy których zorganizowane są takie domy (Zakład Karny nr 1 w Grudziądzu i Zakład Karny w Krzywańcu)³⁸.

Nie jest jednoznacznie uregulowana w art. 151 § 1 k.k.w. wzajemna relacja pomiędzy przesłanką w postaci zbyt ciężkich skutków, które mogą wyniknąć z wykonania kary, a ciężką i osobistą opieką nad dzieckiem. Pozwala to na uznanie tych przesłanek za niezależne od siebie, niewykluczające się.

Tak interpretując art. 151 § 1 k.k.w., nie sposób oponować przeciwko stanowisku, że odroczenie wykonania kary kobiecie ciężarnej i w okresie 3 lat po urodzenia dziecka może nastąpić również po wykorzystaniu przez nią rocznego okresu odroczenia wykonania kary, uzasadnionego przesłankami wymienionym w art. 151 § 1 zd. pierwsze k.k.w. Kodeks nie wyłącza takiej możliwości³⁹.

Nie ma też przeszkód do uznania, że odroczenie wykonania kary może być ponawiane w przypadku kolejnych cięż skazanej lub sprawowania osobistej opieki nad kolejnym dzieckiem.

D. PRZELUDNIENIE ZAKŁADÓW KARNYCH

Przepis art. 151 § 2 k.k.w. daje sądowi prawo odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności w razie przeludnienia zakładów karnych. Jest to jeden z mechanizmów postępowania organów postępowania wykonawczego, stanowiących reakcję na to zjawisko.

³⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek (Dz.U. z 2003 r. nr 175, poz. 1709).

³⁹ Zob. też G. Wiciński, *Instytucja przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności w świetle nowego prawa karnego wykonawczego*, PWP 1996, nr 12–13, s. 22.

Trzeba jednak zauważyć, że taki sam cel, chociaż na podstawie innych przesłanek, może być spełniony poprzez udzielenie przerwy w wykonaniu kary lub warunkowe przedterminowe zwolnienie.

O przeludnieniu można mówić wówczas, gdy liczba osadzonych zakwaterowanych w zakładach karnych lub aresztach śledczych oraz podległych im oddziałach zewnętrznych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów⁴⁰. Warunki bytowe określone w art. 110 § 2 k.k.w. (m.in. określenie, że powierzchnia celi mieszkalnej wynosi nie mniej niż 3 m²) stanowią standard minimalny, który administracja zakładu karnego musi zapewnić skazanym.

Przestrzeganie tej reguły wynika chociażby z wymogu, by warunki wykonywania kary nie były źródłem dolegliwości innych niż związane bezpośrednio z pozbawieniem wolności⁴¹. Dlatego umieszczenie skazanego w celi, w której przekroczone są normy metrażowe, może stanowić naruszenie godności i prawa do prywatności, chociaż nie jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia żądania zasądzenia zadośćuczynienia⁴².

Ustawa z 2011 r. wyłączyła możliwość odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności z powodu przekroczenia w skali kraju ogólnej pojemności zakładów karnych lub aresztów śledczych nie tylko – jak dotąd – wobec skazanego, który dopuścił się przestępstwa z zastosowaniem przemocy lub groźby jej użycia, ale także wobec skazanych określonych w art. 64 § 1 lub 2 i art. 65 k.k., a także skazanych za przestępstwa określone w art. 197–203 k.k. popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, jeżeli orzeczono karę przekraczającą 2 lata pozbawienia wolności.

Ograniczone możliwości odraczania wykonania kary na podstawie art. 151 § 2 k.k.w. wynikają z uznania celowości stosowania przesłanki w postaci przeludnienia zakładów karnych do odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności tylko do przypadków drobniejszych przestępstw oraz mniej zdemoralizowanych i niebezpiecznych przestępców.

Przesłanka fakultatywnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności przewidziana w art. 151 § 2 k.k.w., odmiennie niż wszystkie pozostałe, nie pozostaje w związku z sytuacją osobistą skazanego lub jego rodziny. Przeludnienie zakładów karnych taką okolicznością nie jest, co jest niewątpliwie słabością tej instytucji⁴³.

Inny mechanizm postępowania – w przypadku przeludnienia – wprowadzony został w art. 110 k.k.w. Ostatnia zmiana brzmienia tego przepisu wprowadzona w 2009 r.⁴⁴, polegająca na dodaniu w tym przepisie § 2a–2i i § 5, wynika z konieczności dostosowania stanu prawnego do wymogu wynikającego z konieczności wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego⁴⁵. Jednocześnie z tą zmianą uległ nowelizacji art. 151 k.k.w.

W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 248 § 1 k.k.w., dopuszczają-

⁴⁰ § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie trybu postępowania właściwych organów w wypadku, gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów, Dz.U. z 2009 r. nr 202, poz. 1564.

⁴¹ Zob. N. Pawłowska, *Prawo podmiotowe więźniów do powierzchni mieszkalnej*, PiP 2007, z. 6, s. 76.

⁴² Wyrok SA we Wrocławiu z 6 grudnia 2007 r., I ACa 499/07, OSAW 2009, nr 2, poz. 128.

⁴³ Obszernie na temat tej przesłanki zob. G. Wiciński, *Przeludnienie zakładów karnych*, s. 124.

⁴⁴ Art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 października 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 190, poz. 1475).

⁴⁵ Wyrok TK z 26 maja 2008 r., SK 25/07 (Dz.U. nr 96, poz. 620).

cy tzw. „przeludnienie” w zakładach karnych, jest niezgodny z art. 40, 41 ust. 4 i art. 2 Konstytucji RP.

Realizację wyroku Trybunału stanowi uchylene art. 248 k.k.w., zmiana brzmienia art. 151 k.k.w. oraz precyzyjne określenie w art. 110 § 2a i 2b k.k.w. przesłanek umieszczenia osadzonych w warunkach, w których powierzchnia w celi na jedną osobę wynosi poniżej 3 m², tak aby nie było wątpliwości co do wyjątkowości sytuacji, w których może to nastąpić.

Zgodnie z treścią art. 110 § 2a k.k.w. skazany może być umieszczony na czas określony, nie dłuższy jednak niż 90 dni, w celi mieszkalnej, w której powierzchnia przypadająca na skazanego wynosi poniżej 3 m², nie mniej jednak niż 2 m², w razie m.in. wprowadzenia stanu wojennego, wyjątkowego lub klęski żywiołowej albo w czasie ich obowiązywania lub ogłoszenia na terenie położenia zakładu karnego lub aresztu śledczego stanu zagrożenia epidemiologicznego lub stanu epidemii albo wystąpienia w zakładzie karnym lub areszcie śledczym stanu zagrożenia epidemiologicznego lub stanu epidemii⁴⁶. Decyduje o tym dyrektor zakładu karnego.

Dopuszczalne jest też ograniczenie powierzchni celi mieszkalnej poniżej normy określonej w art. 110 § 2 k.k.w. w przypadku, w którym skazanego lub tymczasowo aresztowanego trzeba przyjąć do zakładu karnego lub aresztu śledczego nawet wówczas, gdy brak w nim wolnych miejsc (art. 110 § 2b k.k.w.).

Powyższy wywód dotyczący problematyki postępowania w sytuacji przeludnienia zakładów karnych, z konieczności skrótowy, był niezbędny dla wykazania, że odroczenie z tego tytułu wykonania kary jest tylko jednym ze sposobów zapobiegania temu zjawisku. Stąd wynika fakultatywność decyzji w tym przedmiocie, uwarunkowanej nie tylko istnieniem przeludnienia, ale też oceną skali tego zjawiska, możliwości jego zapobieżenia w inny sposób i oceną właściwości osobistych skazanego, tak jak w każdym innym przypadku fakultatywnego odroczenia wykonania kary. Praktyka pokazuje, że z tej możliwości sądy korzystają niezwykle rzadko.

E. ZASADNICZA SŁUŻBA WOJSKOWA

W art. 336 § 1 k.k. przewidziana jest możliwość odroczenia żołnierzowi służby zasadniczej wykonania kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 6 miesięcy do czasu ukończenia służby. Dotyczy to także osoby powołanej do służby wojskowej (art. 336 § 6 k.k.)

Zasadnicza służba wojskowa jest jedną z form czynnej służby wojskowej, odbywaną na skutek poboru zarówno w jednostce wojskowej, jak i w formacjach obrony cywilnej⁴⁷.

Ten rodzaj odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności niesie za sobą dalej idące korzyści dla skazanego niż odroczenie na podstawie art. 151 k.k.w. Zgodnie bowiem

⁴⁶ Stany nadzwyczajne, o których mowa w art. 110 § 2a k.k.w., są regulowane następującymi ustawami: z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U. nr 62, poz. 558 z późn. zm.), z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. nr 113, poz. 985 z późn. zm.), z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 156, poz. 1301 z późn. zm.), z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. nr 234, poz. 1570 z późn. zm.).

⁴⁷ Art. 59 i 141 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 461 z późn. zm.).

z treścią art. 336 § 3–5 k.k. sąd, po zapoznaniu się z opinią dowódcy jednostki, może zwolnić skazanego od tej kary, jeżeli okres odroczenia trwał co najmniej 6 miesięcy, a żołnierz w tym okresie wyróżnił się w wykonywaniu obowiązków służbowych albo wykazał się odwagą, a jeżeli przemawiają za tym szczególnie ważne powody, zwolnienie może nastąpić nawet, gdy okres odroczenia trwał krócej. Zwolnienie od kary pociąga za sobą zatarcie skazania z mocy prawa.

Zgodnie przyjmuje się, że odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 336 § 1 k.k. jest instytucją zarówno prawa karnego wykonawczego, jak i materialnego, może ono bowiem nastąpić zarówno w postępowaniu wykonawczym, jak też w wyroku⁴⁸. Mamy tu do czynienia z odstępstwem od zasady, że do odroczenia wykonania kary niezbędna jest prawomocność wyroku (art. 9 § 2 k.k.w.).

U podstaw stosowania instytucji określonej w art. 336 § 1 k.k. leży przekonanie, że żołnierz – sprawca przestępstwa, wobec którego orzeczono bezwzględną karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 6 miesięcy, będzie w dalszym ciągu (w okresie odroczenia wykonania tej kary) pełnił służbę⁴⁹. Uznaje się, że względ na potrzeby obronności kraju, wymagający odbycia przez żołnierza zasadniczej służby wojskowej w sposób nieprzerwany, jest ważniejszy od bezzwłocznego wykonania wobec niego krótkoterminowej kary pozbawienia wolności. Odstąpienie od tego priorytetu może nastąpić tylko w szczególnie uzasadnionych wypadkach⁵⁰.

Skrótowe przedstawienie problematyki związanej z tą przesłanką odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności uzasadnia jej charakter raczej historyczny, bez praktycznego zastosowania. Ostatni pobór do zasadniczej służby wojskowej miał miejsce w grudniu 2008 r., a z dniem 1 stycznia 2010 r. została ona zawieszona w związku z profesjonalizacją Sił Zbrojnych RP. Zresztą już od czasu po uchwaleniu Kodeksu karnego z 1997 r. kwestie związane ze stosowaniem art. 336 k.k. nie znajdowały odzwierciedlenia ani w orzecznictwie Sądu Najwyższego, ani – poza komentarzami – w piśmiennictwie⁵¹.

F. WAŻNE WZGLĘDY ZDROWOTNE?

Znak zapytania postawiony w podtytule oznacza istnienie wątpliwości, czy i ewentualnie w jakich przypadkach stan zdrowia skazanego, inny niż ciężka choroba, może być przesłanką odroczenia wykonania kary. Wątpliwość ta wynika z wykładni językowej, ale przede wszystkim z wykładni systemowej, poprzez porównanie treści art. 151 § 1 k.k.w. z art. 153 § 2 k.k.w., przewidującym wprawdzie nieco inaczej sformułowane, ale pod względem semantycznym takie same przesłanki udzielenia przerwy ze względów osobistych i rodzinnych skazanego.

Do czasu wejścia w życie ustawy z 2011 r. jako przesłankę udzielenia przerwy, oprócz „ważnych względów rodzinnych i osobistych”, art. 153 § 2 k.k.w. wymieniał także „ważne względy zdrowotne”. Rozróżnione więc były pojęcia „względów osobistych”

⁴⁸ Wyrok SN z 10 czerwca 1986 r., N 15/86, OSNKW 1986, nr 3–4, poz. 28; W. Sieracki, *Z rozważań nad przepisem art. 301 k.k.*, WPP 1974, nr 4, s. 455.

⁴⁹ Postanowienie SN z 17 sierpnia 1989 r., WR 298/89, OSNKW 1990, nr 4–6, poz. 20.

⁵⁰ Wyrok SN z 17 października 1972 r., Rw 1003/72, OSNKW 1973, nr 1, poz. 16.

⁵¹ Obszernie na ten temat zob. w szczególności: J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, t. III, Warszawa 2006, s. 1042 i n.

i „względów zdrowotnych”. W tych pierwszych nie mieściły się zatem problemy zdrowotne. O względach zdrowotnych art. 151 § 1 k.k.w. nie wspomina.

Ustawą z 2011 r. wyeliminowano z art. 153 § 2 k.k.w. jedną z przesłanek fakultatywnej przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności, tj. ważne względy zdrowotne. Zmiana brzmienia art. 153 § 2 k.k.w. została zinterpretowana w orzecznictwie jednoznacznie. Uznaje się, że przerwa w karze pozbawienia wolności ze względów zdrowotnych zawężona jest obecnie tylko do przypadków przewidzianych w art. 150 § 1 k.k.w., to jest do wystąpienia ciężkiej choroby uniemożliwiającej wykonanie kary⁵².

Takie rozumienie nowego brzmienia art. 153 § 2 k.k.w. odpowiada intencji ustawodawcy. Z lektury uzasadnienia projektu ustawy z 2011 r. wynika, że było nią wyeliminowanie z treści tego przepisu zwrotu „ważne względy zdrowotne”, gdyż w poprzedniej treści dawał on zbyt dużą możliwość interpretacyjną, a co za tym idzie – możliwość manipulowania nim w celu uzyskania przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności (druk sejmowy nr 3961).

Nie istnieje zatem obecnie możliwość uzyskania fakultatywnej przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności z uwagi na względy zdrowotne inne niż „ciężka choroba”. Nie ma podstaw, by rozumieć je jako „ważne względy osobiste”⁵³.

Obowiązki związane z zapewnieniem skazanemu stosownych świadczeń zdrowotnych i diagnostycznych spoczywają przede wszystkim na administracji zakładów karnych. Wynika to z art. 2 ust. 2 pkt 3 ustawy o Służbie Więziennej⁵⁴, który przewiduje, że jednym z podstawowych zadań Służby Więziennej jest zapewnienie osobom skazanym na karę pozbawienia wolności lub tymczasowo aresztowanym, a także osobom, wobec których są wykonywane kary pozbawienia wolności i środki przymusu skutkujące pozbawieniem wolności, opieki zdrowotnej. Wyłączenie możliwości leczenia w warunkach wolnościowych jest naturalną konsekwencją izolacji więziennej, co skazany winien mieć na uwadze, decydując się na popełnienie przestępstwa.

Skazany ma prawo do odpowiednich – ze względu na zachowanie zdrowia – świadczeń zdrowotnych w zakładzie karnym (art. 102 pkt 1 k.k.w.). Przepis art. 115 k.k.w. określa zasady, na jakich to prawo ma być skazanemu zapewnione. Obecne jego brzmienie stwarza bardzo duże możliwości udzielenia skazanemu opieki zdrowotnej w warunkach izolacji⁵⁵.

Istnieją w naszym systemie penitencjarnym liczne zakłady karne z oddziałami szpitalnymi różnych specjalności, w znacznej części zakładów zapewniona jest całodobowa opieka lekarska, są też zakłady karne przeznaczone np. dla osób upośledzonych fizycznie, poruszających się na wózkach inwalidzkich. Przepis art. 115 § 5

⁵² Postanowienie SA w Krakowie z 15 maja 2012 r., II AKz w 479/12, KZS 2012, z. 7–8, poz. 6 i postanowienie SA w Lublinie z 6 czerwca 2012 r., II AKz w 558/12, niepubl.

⁵³ Inaczej S. Lelental (*Kodeks karny wykonawczy*, s. 649), który uważa, że wykreślenie „ważnych względów zdrowotnych” nie będzie miało wpływu na orzekanie w sprawach o udzielenie przerwy, ponieważ „względy zdrowotne” skazanego sąd uwzględni w ramach oceny jego warunków osobistych; stanowisko to nie odpowiada jednak wspomnianej już intencji ustawodawcy i wykładni art. 151 § 1 k.k.w. wynikającej ze zmiany jego brzmienia.

⁵⁴ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. nr 79, poz. 523 z późn. zm.).

⁵⁵ Zob. postanowienie SA w Lublinie z 11 stycznia 2012 r., II AKz w 1397/11, LEX nr 1210840 i w nieco innej wersji: KZS 2012, z. 9, poz. 78.

k.k.w. przewiduje nadto szerokie współdziałanie więziennej i pozawięziennej służby zdrowia⁵⁶.

Powyższy kontekst był niezbędny, aby podkreślić, że także art. 151 § 1 k.k.w. nie przewiduje wśród przesłanek fakultatywnego odroczenia wykonania kary względów zdrowotnych, a więc – co do zasady – nie stanowi podstawy do odroczenia wykonania kary z powodu choroby skazanego. Nie mieści się ona w pojęciu „zbyt ciężkich skutków” jako przesłanki takiego odroczenia.

Należy stąd wyprowadzić wniosek, że wszystko to, o czym była wyżej mowa, ma odniesienie także do odroczenia wykonania kary.

Problem ten trzeba jednak widzieć też w nieco innym aspekcie. W myśl przepisów wykonawczych⁵⁷ do aresztu śledczego nie przyjmuje się osoby wymagającej leczenia szpitalnego z powodu ostrej psychozy, a także osoby wymagającej natychmiastowego leczenia szpitalnego ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia. Tego zakazu nie stosuje się do osoby, która zgłosiła się albo została doprowadzona do aresztu śledczego, przy którym funkcjonuje szpital z oddziałem mogącym zapewnić jej specjalistyczną opiekę lekarską. Decyzję w tym przedmiocie podejmuje się na podstawie doręczonego przez organ doprowadzający dokumentu sporządzonego przez lekarza. Dokument może być również wystawiony przez lekarza podmiotu leczniczego dla osób pozbawionych wolności w areszcie śledczym, do którego nastąpiło doprowadzenie. Na podstawie tego dokumentu wskazuje się ponadto areszt śledczy, przy którym funkcjonuje szpital z oddziałem mogącym zapewnić tej osobie specjalistyczną opiekę lekarską.

W przypadku decyzji dyrektora odmawiającej przyjęcia skazanego do aresztu śledczego wyjściem z sytuacji może być rozciągnięcie na nią pojęcia „zbyt ciężkich skutków dla skazanego”. Podstawą odroczenia nie będzie w takim przypadku sam fakt choroby skazanego, ale niemożliwość zapewnienia mu opieki zdrowotnej w czasie odbywania kary.

Podobnie należałoby postąpić, gdyby z ustaleń sądu w sprawie o odroczenie wykonania kary wynikała jednoznacznie bezwzględna konieczność zakończenia leczenia kontynuowanego w warunkach wolnościowych, a jej przerwanie spowodowałoby zbyt ciężkie skutki zdrowotne dla skazanego.

3. OKRES ODROCZENIA

Istotna zmiana wprowadzona ustawą z 2011 r., gdy chodzi o okres, na jaki może być udzielone odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności, polega na rezygnacji z zapisu, że jednorazowe odroczenie wykonania kary może nastąpić na okres „do 6 miesięcy”. Zmiana ma na celu wyeliminowanie kilkakrotnego orzekania w przedmiocie

⁵⁶ Obszernie na ten temat zob. K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy*, s. 502 i n.

⁵⁷ § 34 rozporządzenia 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 23 października 2012 r., poz. 1153).

odroczenia wykonania kary w przypadkach, kiedy z ustaleń sądu wynika, że konieczne jest orzeczenie o odroczeniu na okres dłuższy niż 6 miesięcy.

W zmienionym art. 151 § 3 k.k.w. znalazło się też uściślenie, że okres odroczenia biegnie od dnia wydania pierwszego postanowienia w tym przedmiocie. Pozwoli to na usunięcie dotychczasowych wątpliwości, w jaki sposób należy liczyć okres odroczenia kary pozbawienia wolności w przypadkach, kiedy sąd udzielał go kilkakrotnie na krótsze okresy. Dotychczasowe brzmienie art. 151 § 2 k.k.w. rodziło problem szczególnie w sytuacji, kiedy kolejne postanowienia były wydawane po upływie okresu wyznaczonego w pierwszym postanowieniu.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 2000–2008 ujawniła się zasadnicza rozbieżność stanowisk, jak – w przypadku złożenia kolejnego wniosku o odroczenie wykonania kary na dalszy okres – należy traktować czas pomiędzy upływem terminu pierwszego odroczenia a datą wydania kolejnego postanowienia o dalszym jej odroczeniu, i jaki wpływ ma ten okres na bieg rocznego terminu odroczenia oraz na uprawnienie do ubiegania się o warunkowe zawieszenie wykonania kary na podstawie art. 152 k.k.w.

Z uwagi na to Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Sądu Najwyższego z wnioskiem o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego dotyczącego tej kwestii. Sąd Najwyższy rozwiął te wątpliwości w uchwale z 25 lutego 2009 r.⁵⁸ W tezie uchwały stwierdził, że do łącznego okresu odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności, określonego w treści art. 151 § 3 k.k.w., stwarzającego możliwość ubiegania się o warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 152 k.k.w., okres pomiędzy datą zakończenia wcześniej udzielonego odroczenia a datą kolejnego postanowienia o odroczeniu wlicza się tylko wówczas, gdy wniosek o kolejne odroczenie został złożony przed zakończeniem wcześniej udzielonego okresu odroczenia, przy czym łączny okres udzielonego kilkakrotnie odroczenia nie może, w żadnej sytuacji, przekroczyć roku od dnia wydania pierwszego postanowienia o odroczeniu, chyba że chodzi o kobietę ciężarną lub w okresie 3 lat po urodzeniu dziecka lub sprawowania nad nim opieki.

Uchwałę Sąd Najwyższy podjął w składzie 7 sędziów i nadał jej moc zasady prawnej. Wiąże więc ona inne składy tego Sądu, a tym samym *de facto* ustala kierunki orzecznictwa sądów powszechnych.

Celowe jest zacytowanie jeszcze jednego stwierdzenia wyartykułowanego w uchwale Sądu Najwyższego, dotyczącego sytuacji, gdy sąd udziela kilkakrotnie odroczenia wykonania kary, każdorazowo na okresy krótsze niż rok.

Ponieważ bieg odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności rozpoczyna się w dacie wydania pierwszego postanowienia o odroczeniu, to kolejne postanowienia, niezależnie od tego, kiedy zostaną wydane, nie mogą na nowo określać biegu odroczenia, a jedynie dają podstawę do przedłużenia odroczenia. W wypadku wydania kolejnych postanowień o odroczeniu data ich wydania nie ma znaczenia dla określenia biegu okresu odroczenia. Z przepisu art. 151 § 3 k.k.w. jednoznacznie wynika, że łączny okres odroczenia nie może przekroczyć roku. Łączny okres rocznego odroczenia wykonania kary, z uwzględnieniem faktu, że bieg odroczenia zostaje rozpoczęty w dniu wydania

⁵⁸ Uchwała SN z dnia 25 lutego 2009 r., I KZP 32/08, OSNKW 2009, nr 4, poz. 25; podobnie postanowienie SN z 11 stycznia 2012 r., II KK 328/11, Biuletyn Prawa Karnego SN 2012, nr 1, s. 48.

pierwszego postanowienia, oznacza więc, że zostaje on zakończony rok później w dniu, który odpowiada kalendarzowo terminowi początkowemu.

Należy też przypomnieć wcześniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego⁵⁹ stwierdzające, że w sytuacji gdy kolejny wniosek jest złożony przed zakończeniem okresu poprzednio udzielonego odroczenia, wniosek ten zmierza do przedłużenia trwającego jeszcze odroczenia na dalszy okres. Wszczęcie postępowania o kolejne odroczenie następuje przecież jeszcze przed upływem poprzedniego okresu odroczenia i już ten fakt skutkuje wstrzymaniem czynności zmierzających do osadzenia skazanego w zakładzie karnym, a prawem skazanego jest rozstrzygnięcie tego wniosku przez sąd. W tym układzie data wydania postanowienia o dalszym odroczeniu nie może wyznaczać żadnej granicy dla obliczania łącznego okresu, także dlatego, że fakt ten nie jest praktycznie zależny od skazanego. Okres dalszego odroczenia będzie biegł w dalszym ciągu, oczywiście od dnia następnego po zakończeniu poprzedniego odroczenia.

Przepis art. 151 § 1 zd. drugie k.k.w. przewidujący możliwość odroczenia wykonania kary kobiecie ciężarnej oraz osobie samotnie sprawującej opiekę nad dzieckiem stanowi odstępstwo od zasady, że okres odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności nie może przekraczać roku. Jest to odstępstwo o charakterze podmiotowym. Maksymalny okres odroczenia wykonania kary w takim przypadku nie może trwać dłużej, niż wynosi okres ciąży, z której powodu nastąpiło odroczenie, a następnie 3-letni okres liczony od dnia urodzenia dziecka. Nie ma ustawowych przeszkód, aby oba te okresy łączyć, udzielając kolejno odroczenia na podstawie każdej z tych przesłanek.

Z brzmienia art. 151 § 1 zd. drugie k.k.w. nie wynika, aby przewidziane w nim odroczenie wykonania kary, maksymalnie na okres 3 lat liczony od dnia urodzenia dziecka miało charakter jednorazowy. Jeżeli po wykorzystaniu tego okresu lub w trakcie korzystania z odroczenia wykonania kary skazana ponownie nabędzie status „kobiety ciężarnej” lub będzie ona lub inna osoba skazana ponownie sprawowała osobiście opiekę nad dzieckiem, które nie ukończyło 3 lat, zaistnieją podstawy do odroczenia wykonania kary z tego powodu na kolejne okresy wymienione w art. 151 § 3 k.k.w.

4. PROBLEMY PROCESOWE

W przedmiocie odroczenia wykonania kary Sąd orzeka na wniosek prokuratora, skazanego albo jego obrońcy oraz z urzędu (art. 19 § 1 k.k.w.), a także na wniosek sądowego kuratora zawodowego (art. 173 § 2 pkt 6 k.k.w.).

Wniosek skazanego o odroczenie wykonania kary podlega opłacie. Nie mają obowiązku uiszczania opłaty inne podmioty uprawnione do składania wniosków⁶⁰.

W postępowaniu wykonawczym ma zastosowanie art. 17 ust. 3 powołanej wyżej ustawy o opłatach w sprawach karnych (w zw. z art. 623 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.), przewidujący możliwość zwolnienia od opłaty, które następuje w formie postanowienia.

⁵⁹ Postanowienie SN z 1 października 2007 r., V KK 270/07, OSNKW 2007, nr 12, poz. 93 i uchwała SN z 30 czerwca 2008 r., I KZP 15/08, OSNKW 2008, nr 7, poz. 54.

⁶⁰ Art. 15 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz.U. z 1983 r. nr 49, poz. 223 z późn. zm.).

Przyspieszeniu postępowania ma służyć dodanie ustawą z 2011 r. art. 19 § 3 k.k.w., przenoszącego ciężar dowodowy w zakresie składanych wniosków o wszczęcie postępowania wykonawczego przed sądem na podmioty uprawnione do inicjowania tego postępowania. Z treści powołanego przepisu wynika konieczność należytego wykazania zawartych we wniosku żądań oraz wskazania dowodów na ich poparcie, w szczególności do dołączenia odpowiednich dokumentów.

W przypadku gdy wniosek o odroczenie wykonania kary nie będzie należycie uzasadniony lub nie będzie wskazywał dowodów na poparcie zawartych w nim żądań, istnieje możliwość pozostawienia go bez rozpoznania.

Pozostawienie wniosku bez rozpoznania jest fakultatywne i wymaga formy niezaskarżalnego postanowienia sądu.

Ponieważ nieuzasadnienie zawartych we wniosku żądań oraz niewskazanie dowodów na ich poparcie jest brakiem formalnym wniosku, ewentualną decyzję w przedmiocie pozostawienia go bez rozpoznania powinno poprzedzać wezwanie do usunięcia tego braku w trybie art. 120 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.

Złożenie wniosku bez należytego udokumentowania nie będzie mogło jednak skutkować pozostawieniem go bez rozpoznania, w sytuacji gdy sam charakter wniosku uniemożliwia jego udokumentowanie przez skazanego (np. przez przedstawienie wywiadu kuratora, opinii biegłych itp.); w takiej sytuacji konieczne będzie podjęcie przez sąd działań z urzędu, mających na celu uzupełnienie materiału dowodowego.

Wniosek o odroczenie wykonania kary, jak każdy inny – a także jego uzupełnienie na skutek wezwania w trybie art. 120 k.p.k. – może być zgłoszony ustnie w sekretariacie sądowym (art. 19 § 2 k.k.w.). W takim przypadku kierownik sekretariatu lub upoważniony pracownik spisuje protokół, w którym – poza wskazaniem czasu i miejsca jego sporządzenia oraz osób uczestniczących w jego spisaniu – zamieszcza oznaczenie osoby zgłaszającej wniosek, dokładne jego określenie, istotne okoliczności faktyczne sprawy i zawnioskowane dowody na poparcie poszczególnych twierdzeń. Protokół podpisuje osoba zgłaszająca wniosek oraz pracownik sporządzający ten dokument⁶¹.

Sąd, rozpoznając wniosek, powinien na posiedzeniu przeprowadzić postępowanie dowodowe. Swobodna ocena dowodów prowadzi do wyrobienia przekonania sądu, a to powinno być podstawą postanowienia sądu⁶².

Dowodami w postępowaniu o odroczenie wykonania kary mogą być nie tylko dokumenty w postaci opinii, wywiadów środowiskowych, orzeczeń lekarskich lub zaświadczeń właściwych podmiotów, ale też zeznania świadków, wyjaśnienia skazanych i ich obrońców, informacje składane przez kuratora w toku posiedzenia itp. Powyższe dowody przeprowadza się przy odpowiednim stosowaniu przepisów działu V Kodeksu postępowania karnego.

Podstawę postanowienia sądu o odroczeniu wykonania kary może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w postępowaniu, utrwalonych w sposób przewidziany przez przepisy procesowe (art. 92 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

⁶¹ § 27 ust. 1 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz.Urz. Min. Sprawiedl. nr 5, poz. 22 z późn. zm.).

⁶² Z. Świda-Łagiewska, *Podstawa faktyczna postanowień sądu penitencjarnego*, NP 1986, nr 10, s. 60.

Jeżeli wniosek o odroczenie wykonania kary odpowiada wymogom formalnym, po przeprowadzeniu wymienionych czynności procesowych sąd decyduje o uwzględnieniu lub nieuwzględnieniu wniosku w formie postanowienia.

Możliwe są też decyzje innego rodzaju:

a) z chwilą osadzenia skazanego w zakładzie karnym nierozpoznany wniosek o odroczenie wykonania kary powinien być potraktowany jako wniosek o udzielenie przerwy w jej odbywaniu i przekazany według właściwości sądowi penitencjarnemu (art. 35 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.)⁶³;

b) stwierdzenie, że skazany wykorzystał już maksymalny okres, na jaki mogło być udzielone odroczenie wykonania kary, stanowi okoliczność wyłączającą postępowanie w tym przedmiocie, skutkującą koniecznością umorzenia tego postępowania (art. 15 § 1 k.p.k.)⁶⁴;

c) jeżeli podmiot uprawniony do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania w przedmiocie odroczenia wykonania kary cofnie wniosek, sąd powinien przyjąć do wiadomości oświadczenie woli cofnięcia wniosku i w zależności od własnej oceny rozpoznać wniosek z urzędu bądź też – co powinno być regułą – odstąpić od prowadzenia dalszego postępowania, umarzając je na podstawie art. 15 § 1 k.k.w.;

d) złożenie wniosku przez osobę nieuprawnioną (np. przez żonę skazanego) jest przyczyną wyłączającą możliwość prowadzenia postępowania incydentalnego w przedmiocie, którego dotyczy wniosek (art. 15 § 1 k.k.w.), o ile sąd nie uzna jego treści za podstawę wszczęcia takiego postępowania z urzędu. W takim więc wypadku sąd umarza postępowanie w przedmiocie odroczenia wykonania kary.

Ranga decyzji w przedmiocie odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności, a więc decyzji dotyczącej pozbawienia wolności, powoduje, że w art. 153a § 1 k.k.w., dodanym ustawą z 2011 r., przewidziano prawo skazanego oraz jego obrońcy, a także prokuratora, do udziału w posiedzeniu sądu (jako wyjątek od zasady wynikającej z art. 22 § 1 k.k.w.). Prawo takie przysługuje też sądowemu kuratorowi zawodowemu.

Na postanowienie w przedmiocie odroczenia lub przerwy przysługuje zażalenie. Przewiduje to art. 153a § 2 k.k.w., stanowiący o istnieniu kolejnego wyjątku od zasady niezaskarżalności postanowień wyrażonej w art. 6 § 1 k.k.w.

⁶³ Postanowienie SN z 15 lutego 2008 r., WZ 2/08, R-OSNKW 2008, poz. 378.

⁶⁴ Postanowienia SA w Lublinie: z 27 stycznia 2010 r., II AKzW 11/10, LEX nr 577162 i z 21 stycznia 2009 r., II AKzW 1101/08, LEX nr 517194.

Summary

Kazimierz Postulski

OPTIONAL POSTPONEMENT OF EXECUTION OF A SENTENCE OF IMPRISONMENT

The article is a detailed interpretation of the provisions on the optional postponement of the execution of imprisonment. Particular emphasis is placed on the practical aspect of the issue by pointing out factual situations that justify the postponement, and those that do not provide grounds for doing so.

When performing these analysis, the author points out the complexity of the issues discussed. On the one hand, postponement of imprisonment is a derogation from the requirement of immediate execution of the judgment, and therefore – as any derogation from the principle – should not be subject to broad interpretation. On the other hand we must not forget that among the main principles of criminal law are principle of humanity and respect for human dignity and the postponement of sentence is one of the manifestations of these principles.

It is left to the consideration of a judge to combine both of these requirements. Provisions in question leave abroad discretion to a judge.

KEY WORDS: pregnancy, convicted disease, imprisonment, Executive Penal Code, postponement of execution of a sentence, the period of postponement, childcare, overcrowding of prisons, military service, consequences of the sentence, the request for postponement of execution of the sentence, enforceability of the judgment

POJĘCIA KLUCZOWE: ciąża, choroba skazanego, kara pozbawienia wolności, Kodeks karny wykonawczy, odroczenie wykonania kary, okres odroczenia, opieka nad dzieckiem, przeludnienie zakładów karnych, służba wojskowa, skutki wykonania kary, wnioszek o odroczenie wykonania kary, wykonalność wyroku

WSPÓLNY SĄD PATENTOWY DLA UNII EUROPEJSKIEJ (cz. 1)

WPROWADZENIE

W dniu 19 lutego 2013 r. w Brukseli przy okazji posiedzenia Rady UE ds. Konkurencyjności odbyła się ceremonia podpisania umowy międzynarodowej o Jednolitym Sądzie Patentowym (JSP), w której Polska wzięła udział jedynie w charakterze obserwatora. Umowę o JSP podpisały 24 państwa członkowskie UE. Oprócz Polski umowy o JSP nie podpisały jedynie Hiszpania i Bułgaria, która jednak oświadczyła, że wkrótce po zakończeniu procedur wewnętrznych będzie gotowa do podpisania tej umowy. Ku zaskoczeniu Polska, dla której utworzenie JSP było jednym z priorytetów prezydencji w UE, dołączyła do grupy państw-outsiderów przeciwników JSP, którymi do tej pory były Hiszpania i Włochy², które jednak umowę o JSP podpisały.

Oficjalny komunikat o ceremonii podpisania umowy międzynarodowej o JSP opublikowany został na stronie Ministerstwa Gospodarki³, co świadczy o tym, że sprawą JSP zajmuje się nie Ministerstwo Sprawiedliwości, lecz Ministerstwo Gospodarki, które także nadzoruje działalność Urzędu Patentowego RP.

RYS HISTORYCZNY

Unia Europejska, jak również jej poprzedniczka EWG, od co najmniej lat 70. XX w. prowadziła intensywne prace mające na celu harmonizację i udoskonalenie systemu ochrony własności intelektualnej. W 1969 r. Francja zaproponowała stworzenie dwóch konwencji dotyczących:

- procedury udzielania przez nowo powstały Europejski Urząd Patentowy (EPO) „krajowych” patentów europejskich w jednej procedurze,
- stworzenia europejskiego patentu dla całego Wspólnego Rynku⁴.

¹ Adwokat, europejski i polski rzecznik patentowy specjalizujący się w zagadnieniach zakresu i wykonywania praw z patentu. Jest m.in. autorem pracy pt. *Zakres prawa z patentu*, ZNUJ, seria „Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej”, z. 39, PWN Warszawa–Kraków 1985; Przewodniczącym Specjalnego Komitetu AIPPI Q224 *Wykonywanie praw*; AIPPI to międzynarodowa pozarządowa organizacja (stowarzyszenie) z siedzibą w Zurychu, zrzeszająca około 9000 członków; por. www.aippi.org; 26 października 2012 r. wygłosił referat pt. *Unified Patent and Single Patent Court in Europe – Myth or Reality (Patent jednolity i wspólny sąd patentowy w Unii Europejskiej – mit czy rzeczywistość)* na międzynarodowej konferencji pt. *Global Trends and Task of Intellectual Property Rights (Globalne trendy i kierunki ochrony własności intelektualnej)*, zorganizowanej przez Uniwersytet IHNA w Incheon koło Seulu.

² Szerzej o tym będzie mowa w dalszym ciągu wywodów.

³ <http://www.mg.gov.nodel/17702>.

⁴ Por. informację Ministerstwa Gospodarki opublikowaną na stronie <http://www.mg.gov.pl/Wspieranie+przedsiębiorczosci/Jednolity+patent+europejski/Historia+prac+nad+jednolitym+patentem+UE>

Pierwszym znaczącym krokiem w tym kierunku było podpisanie w Monachium w dniu 5 października 1973 r. konwencji o patencie europejskim⁵, do której Polska przystąpiła w 2004 r.⁶ Obecnie do konwencji o patencie europejskim należy 37 państw, w tym wszystkie 27 krajów członkowskich UE.

Konwencja o patencie europejskim została podpisana w trzech językach: angielskim, francuskim i niemieckim. Zgodnie z art. 177 ust. 1 konwencji te trzy wersje językowe konwencji są jednakowo autentyczne, czyli mają takie samo znaczenie prawne. Powoduje to oczywiście problemy interpretacyjne, mimo bowiem wielkich wysiłków i najwyższej staranności nie da się ze 100% dokładnością tekstu zapisanego w jednym języku przetłumaczyć na inny język. Kwestia ta z całą ostrością ujawniła się przy definiowaniu zakresu prawa płynącego z patentu europejskiego, co było jedną z podstawowych kwestii uregulowanych w tej konwencji. W pierwotnym tekście konwencji art. 69 ust. 1 stanowił, że „zakres ochrony wynikający z europejskiego patentu lub europejskiego zgłoszenia patentowego określają **sformułowania** zastrzeżeń patentowych”. Termin „sformułowania” w tekście angielskim konwencji to *terms*, francuskim – *teneur*, niemieckim – *Inhalt*. Znaczenia tego terminu w poszczególnych językach różnią się, więc zakres prawa z patentu w pewnym stopniu zależy od tekstu konwencji⁷, którym dany podmiot czy organ (sąd) się posługuje. Dlatego też przy okazji rewizji tekstu konwencji o patencie europejskim dokonanej w 2000 r. z art. 69 wykreślono termin „sformułowania” i obecnie „zakres ochrony wynikający z europejskiego patentu lub europejskiego zgłoszenia patentowego określają zastrzeżenia patentowe”.

System udzielania patentów europejskich zgodnie z konwencją o patencie europejskim opiera się na następujących podstawowych założeniach.

Europejskie patenty są udzielane przez Europejski Urząd Patentowy (EUP) z siedzibą w Monachium, przy czym zgłaszający w zgłoszeniu musi wskazać kraje, w których udzielony europejski patent ma być skuteczny. W EUP zatrudniani są eksperci z różnych krajów członkowskich konwencji o patencie europejskim. Początkowo obawiano się, że narodowość ekspertów EUP będzie miała wpływ na wyniki ich pracy. Szczególnie obawiano się tendencji reprezentowania przez EUP interesów poszczególnych krajów członkowskich, ale te obawy nie potwierdziły się. Regulacje wewnętrzne EUP są na tyle precyzyjne, że narodowość eksperta nie ma wpływu na rozstrzygane przez niego sprawy.

Europejskie patenty są udzielane w jednym z trzech języków urzędowych EUP, tj. angielskim, francuskim lub niemieckim, jednakże europejski patent jest publikowany z tłumaczeniem zastrzeżeń patentowych na dwa pozostałe języki. Tak więc jeżeli patent europejski udzielany jest np. w języku angielskim, to opis i zastrzeżenia publikowane są w języku angielskim, a ponadto zastrzeżenia patentowe są publikowane z tłumaczeniem na język francuski i niemiecki.

Skuteczność europejskiego patentu w poszczególnych krajach uzależniona była od przeprowadzenia tzw. walidacji patentu europejskiego w danym kraju. Walidacja po-

⁵ Konwencja ta weszła w życie w dniu 7 października 1977 r., por. *News Items*, IP 10/1977, s. 222.

⁶ Dz.U. z 2004 r. nr 79, poz. 737.

⁷ Por. C. Sijp, *Scope of Protection Afforded by a European Patent*, IIC/1974, s. 433.

legała na dostarczeniu w ciągu trzech miesięcy do urzędu patentowego danego kraju tłumaczenia europejskiego patentu na język urzędowy danego państwa⁸.

Konwencja o patencie europejskim nie reguluje kwestii dochodzenia naruszenia patentów europejskich. Dochodzenie naruszenia patentu wymaga wystąpienia przez uprawnionego w poszczególnych krajach, w których patent europejski jest skuteczny, z roszczeniem o naruszenie patentu, co powodowało, że w tej samej sprawie przed sądami różnych państw mogły zapadać różne wyroki, w jednym kraju stwierdzano naruszenie patentu, a w innym kraju nie.

Konwencja o patencie europejskim okazała się wielkim sukcesem państw członkowskich. W 2012 r. do EUP wpłynęło około 258 000 zgłoszeń o udzielenie patentu. Europejski Urząd Patentowy udzielił 65 700 patentów⁹. W tej liczbie były 552 zgłoszenia o udzielenie patentu europejskiego z Polski, co stanowiło wzrost o 38% w porównaniu z rokiem poprzednim, oraz 80 udzielonych patentów dla rezydentów w Polsce, co stanowiło wzrost o 68% w porównaniu z 2011 r. Liczby te mówią same za siebie.

Dalszym krokiem w kierunku stworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w UE było podpisanie w 1975 r. w Luksemburgu Konwencji o patencie wspólnotowym (tzw. konwencja luksemburska), która przewidywała, że patent europejski będzie skuteczny we wszystkich krajach UE. Konwencja luksemburska nie weszła w życie z powodu nieratyfikowania jej przez wszystkie państwa członkowskie, co było warunkiem *sine qua non*. Spowodowane to było przede wszystkim brakiem akceptacji przedstawionych rozwiązań w zakresie systemu rozstrzygania sporów (jurysdykcji) oraz wprowadzeniem obowiązkowego tłumaczenia patentów na języki urzędowe wszystkich państw członkowskich, których językiem urzędowym nie jest jeden z trzech języków proceduralnych EUP, co zdaniem niektórych państw członkowskich znacznie podniosłoby koszt uzyskania patentu wspólnotowego¹⁰.

W 2003 r. pojawił się projekt uzupełnienia konwencji o patencie europejskim o protokół dotyczący rozstrzygania sporów (*European Patent Litigation Agreement – EPLA*), którego założeniem było powierzenie rozstrzygania sporów dotyczących patentów europejskich jednemu sądowi patentowemu¹¹. Protokół ten nie wszedł w życie i jak się przyjmuje, EPLA jest obecnie martwym projektem.

Prace nad przygotowaniem i wdrożeniem europejskiego patentu wspólnego dla

⁸ W dniu 1 maja 2012 r. w stosunku do 14 krajów należących do konwencji o patencie europejskim wszedł w życie Protokół londyński do konwencji o patencie europejskim, który ograniczył obowiązek dostarczenia tłumaczeń całego zgłoszenia. Dania, Francja, Luksemburg i Wielka Brytania zrezygnowały całkowicie z jakichkolwiek formalności związanych z walidacją patentu europejskiego na ich terytorium. Por. Commission Staff Working Document *Summary of the Impact Assessment Accompanying document for a Council Regulation on the translation arrangements for the European Union patent*, Brussels 30.6.2012 SEC(2010) 797. Polska do tej pory nie przystąpiła do protokołu londyńskiego.

⁹ B. Battistelli: *All-time high for activities of the European Patent Office in 2012: 258 000 filings (+5.7% over 2011) and 65 700 granted patents (+5.8%)*, informacja opublikowana 17 stycznia 2013 r. na <http://www.epo.org/news-issues/news/2013/20130117.html>

¹⁰ Por. informację Ministerstwa Gospodarki opublikowaną na stronie <http://www.mg.gov.pl/Wspieranie+przedsiębiorczosci/Jednolity+patent+europejski/Historia+prac+nad+jednolitym+patentem+UE>

¹¹ Por. *Assesment of the impact of the European patent litigation agreement (EPLA) on litigation of European patents*, [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/CFCE3624CD11025AC125795700511874/\\$File/impact_assessment_2006_02_v1_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/CFCE3624CD11025AC125795700511874/$File/impact_assessment_2006_02_v1_en.pdf)

wszystkich krajów członkowskich UE oraz wspólnego sądu patentowego toczyły się przez lata, jednak bez zauważalnych postępów. Wymagana jednomyślność była warunkiem nie do przecięcia dla uchwalenia konwencji o patencie wspólnoty. Sytuacja ta zmieniła się po wejściu w życie traktatu lizbońskiego¹², który wprowadził możliwość współpracy w pewnych kwestiach niektórych państw członkowskich i do przyjęcia tych regulacji nie była wymagana jednomyślność wszystkich krajów członkowskich UE.

W dniu 10 marca 2011 r. Rada Europy zaakceptowała propozycję, aby dalsze prace nad patentem jednolitym dla UE oraz wspólnym sądem prowadzone były w ramach tzw. wzmocnionej współpracy, do której przystąpienie zadeklarowało 25 państw członkowskich UE, w tym Polska¹³. Wzmocnioną współpracę w zakresie patentu o jednolitym skutku i wspólnego sądu patentowego zaskarżyły do Trybunału Wspólnot Europejskich w Luksemburgu Hiszpania i Włochy, które zażądały unieważnienia decyzji o akceptacji wzmocnionej współpracy, jako sprzecznej z prawem UE¹⁴, powołując w uzasadnieniu nieco inne podstawy prawne, co oczywiście wskazywało, że kwestia ta wcale nie jest jednoznaczna.

Mimo skarg Hiszpanii i Włoch prace nad nowym systemem postępowały nadal. W 2011 r. zostało opublikowane przez Komisję Europejską sześć różnych projektów dotyczących patentu europejskiego o jednolitym skutku oraz wspólnego sądu patentowego dla UE. Każdy z tych projektów miał po kilka wersji, co oczywiście utrudniało dyskusję nad nimi, zanim bowiem dany projekt został omówiony, okazywało się, że jest już jego nowa wersja. Projekty te spotkały się z masową krytyką specjalistów z zakresu własności intelektualnej. Spowodowało to, że dalsze prace nad tymi projektami utrzymywane były w tajemnicy, co jeżeli chodzi o działanie UE było sprawą bez precedensu¹⁵.

Niemniej jednak prace postępowały naprzód i na zakończenie polskiej prezydentury w UE zaplanowano nawet w Warszawie na dzień 22 grudnia 2011 r. międzynarodową konferencję, na której miało dojść do podpisania pakietu nowych porozumień w sprawie patentu jednolitego oraz JSP. Konferencja ta została w ostatniej chwili odwołana, państwa członkowskie UE nie mogły bowiem dojść do porozumienia co do siedziby JSP. Zgłaszano kandydatury Monachium, Paryża i Londynu popierane przez rządy zainteresowanych państw, które nie były skłonne do kompromisu. Przyczyna tego stanu rzeczy miała charakter ekonomiczny. Jak podano, w wypadku gdyby siedzibą JSP nie został Londyn, ulokowane tam firmy prawnicze straciłyby do 3 mld funtów rocznie przychodów¹⁶. To samo pewnie dotyczyło Monachium i w mniejszym stopniu Paryża. Zgodnie z tym, co się podaje, rocznie w państwach UE prowadzonych jest około 1500 spraw o naruszenie patentu. W 9 krajach UE nie ma w ogóle spraw o naruszenie patentu, w 14 krajach jest poniżej 10 spraw o naruszenie patentu rocznie, w Holandii – 50 spraw rocznie, w Wielkiej Brytanii – 54 sprawy rocznie, a w Niemczech 1250 spraw rocznie¹⁷, z czego około 60% rozstrzyganych jest przez sądy w Monachium, Mannheim

¹² Traktat lizboński został podpisany 13 grudnia 2007 r. i wszedł w życie 1 grudnia 2009 r.

¹³ Council decision 2011/167/EU.

¹⁴ Sprawa C-274/11 *Królestwo Hiszpanii przeciw Radzie Unii Europejskiej*, wniesiona 3 czerwca 2011 r.; sprawa C-295/11 *Włochy przeciw Radzie Unii Europejskiej*, data wniesienia 10 czerwca 2011 r.

¹⁵ Por. J. Pagenberg, *The EU Patent Package. Politics vs. Quality and the New Practice of Secret Legislation*.

¹⁶ *Patently obvious? You'd think so*, „The Law Gazette” z 30 maja 2012 r., <http://www.lawgazette.co.uk/print/65894>

¹⁷ T. Kühnen, *Which model is appropriate for the future patent court system*, referat wygłoszony w czasie pub-

i Düsseldorfie¹⁸. Bez wątplenia Niemcy dominują na rynku spraw o naruszenie patentu w UE i tamtejsze sądy rozstrzygające te sprawy mają największe w tym względzie doświadczenie.

Kompromis w sprawie siedziby JSP uzyskano dopiero na posiedzeniu Rady Europy w dniu 29 czerwca 2012 r., podczas którego ustalono, że Paryż będzie siedzibą Prezydenta sądu pierwszej instancji i jego sekretariatu. Jednolity Sąd Patentowy będzie miał dwa oddziały: w Monachium, który będzie rozpoznawał sprawy o naruszenie patentów z dziedziny mechaniki, oraz w Londynie, który będzie rozpoznawał sprawy o naruszenia patentów z dziedziny farmacji. Sąd Apelacyjny dla orzeczeń JSP będzie miał siedzibę w Luksemburgu.

Oprócz sądu pierwszej instancji mają być powołane sądy regionalne oraz sądy krajowe. Polska nie wystąpiła z wnioskiem o powołanie sądu krajowego w Polsce, więc jeżeli Polska przystąpi do umowy o JSP, to sprawy naruszeń patentów w Polsce będzie rozstrzygał sąd regionalny w Budapeszcie.

Na wspomnianym posiedzeniu Rady Europy w dniu 29 czerwca 2012 r. oprócz ustalenia siedziby sądu pierwszej instancji i sądu apelacyjnego zgodzono się także, że m.in. Centrum Kształcenia Sędziów nowego sądu będzie miało siedzibę w Budapeszcie, centrum arbitrażu i mediacji w sprawach patentowych zlokalizowane będzie w Lizbonie i Lublanie. W Budapeszcie będzie miał siedzibę także sąd regionalny.

Na początku grudnia 2012 r. przyjęto podstawowe akty dotyczące nowego systemu patentu o jednolitym skutku, których polska wersja językowa została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Są to:

- rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady EU nr 1257/2012 z 17 grudnia 2012 r. wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej¹⁹,
- rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady EU nr 1260/2012 z 17 grudnia 2012 r. wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej w odniesieniu do mających zastosowanie ustaleń dotyczących tłumaczeń²⁰.

Zgodnie z art. 4 rozporządzenia Rady EU nr 1260/2012 w przypadku sporu dotyczącego domniemanego naruszenia patentu europejskiego o jednolitym skutku właściciel patentu przedstawi, na żądanie i zgodnie z wyborem domniemanego sprawcy naruszenia, pełne tłumaczenie patentu europejskiego o jednolitym skutku na język urzędowy uczestniczącego państwa członkowskiego. Tak więc pojawiające się w prasie i literaturze fachowej twierdzenia, że polski przedsiębiorca pozwany o naruszenie patentu europejskiego będzie miał do dyspozycji wyłącznie patent obcojęzyczny, mija się z prawdą i świadczy jedynie o tym, że dyskutanci zabierający głos w dyskusji o nowym systemie nie byli zorientowani w temacie.

Według Komisji Europejskiej koszt uzyskania patentu europejskiego z walidacją dla

licznego przesłuchania „On the threshold of patent protection in Europe” w Parlamencie Europejskim w dniu 11 października 2011 r., <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events.html>

¹⁸ Dane te podał m.in. sędzia Klaus Grabinski w czasie konferencji nt. nowego systemu w dniu 27 września 2011 r., zorganizowanej na zlecenie Rządu Polskiego w Warszawie przez ERA w Tier.

¹⁹ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 31 grudnia 2012 (PL), L. 361/1.

²⁰ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 31 grudnia 2012 (PL), L. 361/89.

13 państw wynosi obecnie ok. 20 000 EUR, z czego ok. 14 000 EUR to koszty tłumaczeń (dla porównania: koszt uzyskania patentu w USA wynosi ok. 1850 USD). Po wprowadzeniu patentu jednolitego, który będzie obowiązywał na terytorium wszystkich 27 państw członkowskich UE, koszty uzyskania tego patentu będą wynosić tylko 6200 EUR, z czego jedynie 10% obejmowałoby koszty tłumaczenia²¹. Taka obniżka kosztów powoduje, że nowy system jest bardzo atrakcyjny dla polskich przedsiębiorstw, dla których do tej pory koszty ochrony patentowej ograniczały możliwość zgłaszania patentów europejskich.

Wydawać się może, że patent europejski o jednolitym skutku jest niezależny od podpisania umowy międzynarodowej o Jednolitym Sądzie Patentowym. Tak nie jest. Zgodnie z art. 18 rozporządzenia nr 1257/2012 patent europejski wywołuje jednolity skutek jedynie w tych uczestniczących państwa członkowskich, w których JSP ma wyłączną jurysdykcję w odniesieniu do patentów o jednolitym skutku w dniu wpisania patentu do rejestru. Czyli podpisanie i ratyfikacja umowy o JSP jest warunkiem koniecznym, aby patent europejski o jednolitym skutku obowiązywał w danym kraju.

Dlatego niepodpisanie umowy międzynarodowej o utworzeniu JSP przez Polskę spowoduje, że nowe patenty europejskie o jednolitym skutku nie będą obowiązywać w Polsce. W Polsce wobec tego będzie można uzyskać jedynie patent europejski zgodnie z dotychczasowym systemem, tj. z obowiązkową walidacją, czyli dostarczeniem do Urzędu Patentowego RP tłumaczenia udzielonego patentu europejskiego na język polski.

Równoległe do prac nad nowym systemem w ramach polskiej prezydencji w UE rozpoczęto w Polsce intensywną kampanię dezinformacji. Nowy system uderzy przede wszystkim w dwie duże jak na nasze warunki kancelarie rzeczników patentowych, PATPOL i Polservice. Kancelarie te w czasach monopolu handlu zagranicznego miały wyłączność na dokonywanie za granicą zgłoszeń polskich znaków towarowych i wynalazków, jak również na reprezentowanie podmiotów zagranicznych w postępowaniu przed Urzędem Patentowym RP związanym ze zgłaszaniem zagranicznych wynalazków i znaków towarowych. Dzięki temu kancelarie te posiadają portfel klientów, dla których obecnie m.in. dokonują walidacji patentów europejskich w Polsce, z czym wiąże się konieczność dokonania tłumaczenia tego patentu na język polski. Dla tych kancelarii utrzymanie systemu walidacji patentów europejskich w Polsce to – jak się wydaje – walka o przetrwanie, chociaż niechęć do nowego systemu przedstawiana jest jako przejaw troski o ochronę polskiego przemysłu przed zalewem obcych patentów. Problem jednak tkwi w tym, że polski przemysł obecnie to także firmy należące do kapitału zagranicznego, jak np. zakłady Opla w Gliwicach czy zakłady Fiata w Bielsku, firmy należące do ABB, ALSTOM, TEVA itd. Firmy te chyba nie obawiają się patentu o jednolitym skutku i powołania JSP.

W kampanię dezinformacji o nowym systemie i jego wpływie na polską gospodarkę zostały wciągnięte różne instytucje, w tym Polska Akademia Nauk. W dniu 14 maja 2012 r. Wiceprezes PAN podpisał zaproszenie na konferencję poświęconą zagadnieniom Jednolitej Ochrony Patentowej oraz Jednolitemu Sądowi Patentowemu. Konferencja ta odbyła się w siedzibie PAN w Warszawie w dniu 17 maja 2012 r., a więc w trzy dni po

²¹ Informacja ta została podana na stronie Ministerstwa Gospodarki, <http://www.mg.gov.pl/Wspieranie+przedsiębiorczosci/Jednolity+patent+europejski/Historia+prac+nad+jednolitym+patentem+UE>

podpisaniu zaproszenia. Zaproszenie do części uczestników, m.in. do niżej podpisanego, zostało wysłane e-mailem w dniu 16 maja 2013 r., czyli w przeddzień konferencji.

Z treści zaproszenia m.in. wynikało, że „konferencja była skierowana do szerokiego kręgu odbiorców – decydentów, naukowców, ekspertów, przedstawicieli przemysłu organizacji międzynarodowych oraz do szerokiej publiczności. Organizatorzy mieli nadzieję, że wnioski wynikające z przeprowadzonej dyskusji pomogą w podjęciu świadomej decyzji o przystąpieniu Polski do jednolitego systemu ochrony patentowego, którą Polska powinna była podjąć do końca maja 2012 r.”.

Oczywiście wysłanie zaproszenia na 3 dni przed konferencją spowodowało, że cele konferencji nie mogłyby być osiągnięte, bo reprezentacja poszczególnych grup zawodowych była zupełnie przypadkowa.

Szczegółowe omawianie przebiegu tej konferencji nie jest celowe i przekracza ramy niniejszego opracowania. Zwrócić należy jedynie uwagę na szczególnie rażące niedociągnięcia w jej organizacji.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że w konferencji tej nie wzięli udziału przedstawiciele Instytutu Nauk Prawnych PAN, a więc jednostki, która w ramach PAN specjalizuje się w kwestiach prawnych, w tym zagadnieniach ochronny własności przemysłowej²². Konferencję tę z ramienia PAN prowadził Wiceprezes, który oświadczył na początku, że problemów ochrony patentowej nie zna.

Na konferencji Prezes Polskiej Izby Rzeczników Patentowych przedstawiła negatywne stanowisko rzeczników patentowych w stosunku do jednolitego systemu patentowego. Problem jednak tkwi w tym, że w sprawie jednolitego systemu patentowego nie ma stanowiska Polskiej Izby Rzeczników Patentowych, w ramach władz statutowych tej korporacji nie została bowiem do tej pory przeprowadzona dyskusja nad stanowiskiem korporacji w sprawie patentu jednolitego i JSP. W programie konferencji przewidziana była krótka dyskusja nad nowym systemem, która miała obejmować także przedstawienie alternatywnych rozwiązań, jednakże ze względu na przedłużenie się wystąpień referentów na dyskusję nie było dużo czasu.

Z uwagi na sposób organizacji konferencji wzięli w niej udział głównie przeciwnicy nowego systemu, którzy byli na tej konferencji licznie reprezentowani, co uzasadnia wniosek, że wiedzieli oni o tej konferencji wcześniej, jeszcze przed wysłaniem zaproszeń.

Zdecydowanie przeciw przystąpieniu Polski do umowy o JSP wypowiedzieli się także przedstawiciele nauki²³. Szczególnie negatywne stanowisko w tej kwestii przedstawił S. Sołtysiński²⁴, który twierdzi m.in., że JSP nie mieści się w strukturze polskiego wymiaru sprawiedliwości, nie jest bowiem sądem ani trybunałem w rozumieniu przepisów rozdziału VII Konstytucji, co więcej – JSP narusza art. 174 Konstytucji RP, bo JSP nie będzie wydawał wyroków w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto umowa o JSP

²² M.in. w 2012 r. ukazał się w ramach *Systemu Prawa Prywatnego* tom 14A *Prawo własności przemysłowej*, wydany przez wydawnictwo C.H. Beck przy współpracy Instytutu Nauk Prawnych PAN.

²³ Por. *List otwarty w sprawie jednolitej ochrony patentowej i Jednolitego Sądu Patentowego* podpisany przez S. Sołtysińskiego, A. Szajkowskiego, J. Szwałę, R. Markiewicza, A. Nowicką i R. Skubisza, opublikowany m.in. na stronie Polskiej Izby Rzeczników Patentowych, www.pirp.pl

²⁴ S. Sołtysiński: *O projekcie jednolitej ochrony patentowej w Unii Europejskiej*, (w:) *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego – Księga Pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, Lex Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 401 i n.

jest sprzeczna z Konstytucją RP, sędziów JSP nie będzie bowiem mianował Prezydent RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (naruszenie art. 179), ani też sędziowie JSP nie będą korzystać z gwarancji niezawisłości określonej w art. 178 ust. 1 Konstytucji. Ponadto projekt umowy o JSP nie uwzględnia wymogów odnośnie do obywatelstwa polskiego sędziów określonych w ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych, jak również narusza art. 27 Konstytucji mówiący o tym, że językiem urzędowym w Polsce jest język polski, a przecież postępowanie przed JSP może toczyć się w innym języku.

Z przykrością stwierdzić należy, że stanowisko S. Soltysińskiego nie jest trafne. Podnoszone przez niego argumenty przeciw JSP w praktyce można zastosować również przeciw Trybunałowi Wspólnot Europejskich w Luksemburgu czy też Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka z siedzibą w Strasburgu. Sądy te działają na podstawie umowy międzynarodowej ratyfikowanej przez Polskę i nikt rozsądny nie powie, że ich sposób działania czy też sposób powoływania sędziów naruszają Konstytucję RP.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że nie ma prawnych przeciwwskazań odnośnie do przystąpienia Polski do JSP. Kwestie związane z organizacją i procedurą w sprawach o naruszenie patentu przed JSP zostaną omówione w następnej części niniejszego artykułu.

Summary

Janusz Fiołka

COMMON PATENT COURT FOR THE EUROPEAN UNION

The author presents history of more than 40 years negotiations regarding European patent with unitary protection in EU and common patent court for EU, fundamental rules of protection emerging from European patents currently granted by the European Patent Office and enforcement of these patents. Basic rules of the new system are also presented with focus on situation of Poland in relation to the new system. The article contains critical presentation of the discussion regarding the new system, which has taken in Poland, especially discussion in the scientific literature and the thesis that new common patent court would violate the Polish Constitution. The author is of the opinion, that there is no obstacles for joining by Poland to the new system.

KEY WORDS: patent with unitary effect in EU, common patent court for EU, history of negotiations regarding European patent with unitary protection in EU and common patent court for EU, statistics regarding patent application and patents granted by the European Patent Office, enforcement of European patents, desirability of Poland's accession to patent with unitary effect in EU, common patent court for EU

POJĘCIA KLUCZOWE: patent jednolity dla UE, wspólny sąd patentowy dla UE, historia negocjacji w sprawie patentu jednolitego i wspólnego sądu patentowego, statystyki zgłoszeń i patentów udzielonych przez Europejski Urząd Patentowy, statystyki spraw o naruszenie patentu w krajach UE, dochodzenie roszczeń o naruszenie patentu w UE, celowość przystąpienia Polski do patentu jednolitego i wspólnego sądu patentowego

UZNANIE I STWIERDZENIE WYKONALNOŚCI WYROKU SĄDU POLUBOWNEGO LUB UGODY PRZED NIM ZAWARTEJ (ZAGADNIENIA WYBRANE)

1. ŚRODKI ZASKARŻENIA POSTANOWIENIA O UZNANIU LUB STWIERDZENIU WYKONALNOŚCI

O uznaniu krajowego wyroku sądu polubownego lub ugody zawartej przed sądem polubownym sąd państwowy orzeka postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym¹, na które służy zażalenie (art. 1214 § 1 k.p.c.), niezależnie czy postanowienie to uwzględnia, czy nie wnioszek o uznanie². Sąd stwierdza wykonalność wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej, możliwych do wykonania w drodze egzekucji, nadając im klauzulę wykonalności³. Na postanowienie sądu stwierdzającego wykonalność wyroku sądu polubownego przysługuje zażalenie (art. 1214 § 2 k.p.c.)⁴. Sąd stwierdza wykonalność wyroku na posiedzeniu niejawnym (art. 766 k.p.c.), chyba że zachodzi potrzeba wyznaczenia rozprawy⁵. Postanowienie o nadaniu klauzuli wyrokowi arbitrażowemu wywołuje podwójny skutek. Jeżeli przepisy dopuszczają możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie o nadaniu klauzuli wykonalności, to jednocześnie zażalenie może się opierać na braku podstaw do stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego⁶.

¹ W doktrynie uznaje się, że sąd może jednak w każdym przypadku wyznaczyć rozprawę na podstawie art. 148 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. – por. M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie postarbitrażowe*, (w:) *System Prawa Handlowego*, red. S. Włodyka, *Arbitraż handlowy*, t. 8, red. A. Szumański, Warszawa 2010, s. 679.

² Por. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 366.

³ Szerzej na ten temat zob. M. Sorysz, *Nadanie klauzuli wykonalności wyrokowi i ugodzie sądu polubownego – zagadnienia wybrane*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011, nr 4; Ł. Błaszczak, J. Kuźmicka-Sulikowska, *Wniosek o nadanie klauzuli wykonalności i wniosek o stwierdzenie wykonalności a przerwanie biegu przedawnienia roszczeń*, „Polski Proces Cywilny” 2012, nr 2, s. 209–244.

⁴ Regulacja ta weszła w życie na skutek nowelizacji k.p.c. dokonanej ustawą z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2010 r. nr 155, poz. 1037). Przed nowelizacją doktryna uważała, że sąd orzekał w tej materii postanowieniem (art. 354 k.p.c.): Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 295; B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie w sprawach o uznanie i stwierdzenie wykonalności orzeczeń sądów polubownych w Polsce. Uwagi na tle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 2, s. 553; A. Zieliński, (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1694; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 374; Ł. Błaszczak, *Krajowy i zagraniczny wyrok sądu polubownego jako tytuł egzekucyjny (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2009, nr 9, s. 19, na które przysługiwało zażalenie (art. 795 k.p.c.): Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 295; B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 553; A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 1694; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 366; Ł. Błaszczak, *Krajowy*, s. 19; M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 679.

⁵ Por. M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 679.

⁶ Por. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 553; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 366; Ł. Błaszczak, *Krajowy*, s. 20.

Ani aktualne, ani wcześniejsze przepisy arbitrażowe nie regulują kwestii dopuszczalności skargi kasacyjnej od postanowienia sądu drugiej instancji, oddalającego zażalenie na postanowienie o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności krajowych orzeczeń arbitrażowych lub ugód zawartych przed takimi sądami. Według postanowienia Sądu Najwyższego, wydanego jeszcze pod rządami nieznowelizowanych przepisów arbitrażowych, a odnoszącego się do krajowych orzeczeń polubownych, „od postanowienia sądu drugiej instancji oddalającego zażalenie na postanowienie co do stwierdzenia wykonalności orzeczenia polubownego kasacja (obecnie: skarga kasacyjna – dop. D. K.) nie przysługuje”⁷. Teza i argumentacja SN zachowują swoją aktualność i należy zgodzić się z poglądem, że również w aktualnym stanie prawnym skarga kasacyjna od postanowienia sądu drugiej instancji oddalającego zażalenie co do uznania lub stwierdzenia wykonalności nie przysługuje⁸.

Sąd Najwyższy stwierdził także, że: „na postanowienie sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania w sprawie o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego w Polsce lub ugody zawartej przed takim sądem w Polsce nie przysługuje zażalenie”⁹.

O uznaniu i stwierdzeniu wykonalności zagranicznego wyroku sądu polubownego lub ugody zawartej przed sądem polubownym sąd państwowy orzeka postanowieniem (art. 354 k.p.c.)¹⁰, na które służy zażalenie (art. 795 k.p.c.)¹¹. Postanowienie o nadaniu klauzuli wyrokowi arbitrażowemu wywołuje podwójny skutek. Jeżeli przepisy dopuszczają możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie o nadaniu klauzuli wykonalności, to jednocześnie zażalenie może się opierać na braku podstaw do stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego¹².

Nowelizacja przepisów k.p.c.¹³ usankcjonowała wyrażane przed nowelizacją poglądy

⁷ Postanowienie SN z 22 września 1999 r., I CKN 654/99, OSNC 2000, nr 3, poz. 61.

⁸ Por. A. Tyneł, *Uznanie i stwierdzenie wykonalności wyroku Sądu Polubownego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 9, s. 16; R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183¹–183¹⁵, 1154–1217 KPC)*, Warszawa 2006, s. 383; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 296; A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 1695; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 368; K. Weitz, *Skarga kasacyjna w sprawach o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody zawartej przed takim sądem*, „Palestra” 2009, nr 3–4, s. 231; orzeczenie SN z 13 października 2004 r., I CZ 102/04 (niepubl.); postanowienie SN z 4 lipca 2008 r., I CZ 139/07, OSNC-ZD A/2009, poz. 18, s. 91, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 10; postanowienie Sądu Najwyższego z 20 maja 2011 r., IV CZ 18/11, opubl. Legalis.

⁹ Postanowienie SN z 4 lipca 2008 r., I CZ 139/07, OSNC-ZD A/2009, poz. 18, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 10.

¹⁰ Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 300; B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 553; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 374; Ł. Błaszczak, *Krajowy*, s. 19.

¹¹ Por. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 553; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 366; T. Erciński, *Postępowanie o stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego (zagadnienia wybrane)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 1, s. 71; Ł. Błaszczak, *Krajowy*, s. 19–20. „Do uznania i stwierdzenia wykonalności wyroków i ugód zagranicznych zastosowanie mają, co do zasady, przepisy zawarte w art. 1214 § 1 k.p.c., w zakresie, w jakim dana kwestia nie została inaczej uregulowana w art. 1215 k.p.c. Art. 1215 k.p.c. wprowadza bowiem regulację szczególną w stosunku do ogólnych reguł określonych w art. 1214 k.p.c. dotyczącą wyłącznie wyroków i ugód zagranicznych” – M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 709–710.

¹² Por. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 553; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 366; T. Erciński, *Postępowanie*, s. 71; Ł. Błaszczak, *Krajowy*, s. 20.

¹³ Ustawa z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2010 r. nr 155, poz. 1037).

doktryny i judykatury opowiadające się za dopuszczalnością skargi kasacyjnej od postanowienia sądu drugiej instancji, oddalającego zażalenie na postanowienie o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych lub ugód zawartych przed takimi sądami. W obecnym stanie prawnym od postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą lub ugody zawartej przed sądem polubownym za granicą przysługuje skarga kasacyjna; można także żądać wznowienia postępowania zakończonoego prawomocnym postanowieniem w przedmiocie uznania lub stwierdzenia wykonalności oraz stwierdzenia niezgodności z prawem prawomocnego postanowienia wydanego w tym przedmiocie (art. 1215 § 3 k.p.c.).

Pod rządami dawnych przepisów arbitrażowych Sąd Najwyższy uznał, że „od postanowienia sądu drugiej instancji, kończącego postępowanie w sprawie o stwierdzenie wykonalności orzeczenia sądu zagranicznego lub wydanego za granicą orzeczenia sądu polubownego (arbitrażowego) przysługuje kasacja”¹⁴ (obecnie: skarga kasacyjna – dop. D. K.). Sąd Najwyższy pogląd ten podtrzymał w postanowieniu z 4 lipca 2008 r.¹⁵ Twierdzenie swoje oparł na argumente, że postępowanie o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego w Polsce lub ugody zawartej przed takim sądem ma charakter postępowania pomocniczego, a nie postępowania w sprawie, i dlatego nie ma zastosowania art. 398¹ § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Natomiast postępowanie o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą lub ugody wydanej za granicą należy uznać za „odpowiednik” postępowania w sprawie, co przesądza o dopuszczalności skargi kasacyjnej.

W doktrynie w związku z poprzednim stanem prawnym dominował pogląd, z którym należało się zgodzić i który był zgodny z linią orzecniczą SN, opowiadający się za dopuszczalnością skargi kasacyjnej od postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą lub ugody zawartej przed takim sądem¹⁶.

W postanowieniu z 18 stycznia 2007 r.¹⁷ Sąd Najwyższy rozwinął przekonującą argumentację, że dopuszczalność skargi kasacyjnej w sprawie uznania lub stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia arbitrażowego nie stanowi warunku „istotnie uciążliwszego” w rozumieniu art. III konwencji nowojorskiej, w porównaniu z niedo-

¹⁴ Postanowienie SN z 9 lutego 1999 r., I CKN 887/98, OSNC 1999, nr 10, poz. 172; zob. postanowienie SN z 18 września 1998 r., III CKN 309/98, OSNC 1999, nr 3, poz. 54; postanowienie SN z 27 kwietnia 2001 r., III CZ 4/01, OSNC 2001, nr 12, poz. 184.

¹⁵ ICZ 139/07, OSNC-ZD A/2009, poz. 18, s. 91, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 10. Za dopuszczalnością skargi kasacyjnej w sprawie uznania wyroku zagranicznego sądu polubownego opowiedział się SN w postanowieniu z 18 stycznia 2007 r., I CSK 330/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 185.

¹⁶ Por. A. Tynel, *Uznanie*, s. 16; R. Morek, *Mediacja*, s. 283; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 296; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 367; K. Weitz, *Skarga*, s. 231; P. Grzegorzcyk, *W ramach której z podstaw kasacyjnych należy zarzucać naruszenie przepisów regulujących warunki uznania orzeczenia sądu państwa obcego lub wyroku sądu polubownego wydanego za granicą?*, „Polski Proces Cywilny” 2010, nr 1, s. 78. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *(Postępowanie, s. 553–554)* uznawali brak podstaw dla skargi kasacyjnej, co oceniają krytycznie i uznają możliwość wnoszenia pytań prawnych do SN w tej materii. T. Ereciński, K. Weitz, *(Sąd, s. 367)* uznawali potrzebę ustawowego przesądzenia tej kwestii.

¹⁷ I CSK 330/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 185.

puszczalnością skargi kasacyjnej w odniesieniu do krajowych orzeczeń arbitrażowych. Argumentację tę warto przytoczyć tutaj *in extenso*:

„Po pierwsze, dopuszczalność skargi kasacyjnej nie jest okolicznością warunkującą uznanie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą, ponieważ skarga kasacyjna stanowi nadzwyczajny środek zaskarżenia, z którego strona może skorzystać albo nie. Ponadto dopuszczalność skargi kasacyjnej, w zależności od okoliczności sprawy, może działać na korzyść albo niekorzyść uznania wyroku. Przykładowo, jeśli sąd drugiej instancji oddalił wnioski o uznanie, wniesienie skargi kasacyjnej może doprowadzić do tego, że wyrok zostanie uznany (...).

Po drugie, orzeczenie sądu drugiej instancji w przedmiocie uznania staje się prawomocne bez względu na to, czy chodzi o uznanie wyroku sądu polubownego wydanego w Polsce, czy o uznanie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą. W obu wypadkach wyrok sądu polubownego, wydany w Polsce lub za granicą po dwuinstancyjnym postępowaniu, zostaje prawomocnie zrównany z wyrokiem sądu państwowego. Dopuszczalność skargi kasacyjnej w wypadku postępowania o uznanie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą tego nie zmienia, lecz tylko otwiera możliwość weryfikacji prawomocnego postanowienia sądu drugiej instancji.

Po trzecie, trudno mówić o «dyskryminacji» wyroków zagranicznych sądów polubownych z powodu dopuszczalności skargi kasacyjnej w postępowaniu o ich uznanie, skoro skarga taka może być postrzegana jako «ekwiwalent» braku możliwości wniesienia przed sąd polski skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą. Podnieść przy tym należy, że z tego punktu widzenia nie ma znaczenia, czy skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą może być wniesiona w państwie, w którym albo według prawa którego wyrok został wydany”.

Sąd Najwyższy uznał także, że z punktu widzenia podstaw kasacyjnych należy przyjąć, iż zarzuty dotyczące naruszenia tzw. materialnych warunków uznania (art. IV i V konwencji nowojorskiej) powinny być podnoszone w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.)¹⁸. Zarzuty dotyczące przepisów regulujących tok postępowania o uznanie powinny być natomiast podnoszone w ramach drugiej podstawy kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 2 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.).

Zażalenie na postanowienie w przedmiocie uznania wyroku sądu polubownego wydanego za granicą podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym¹⁹.

W sprawie o uznanie wyroku sądu polubownego wydanego za granicą sąd pierwszej instancji, odrzucając zażalenie na posiedzeniu niejawnym, orzeka w składzie jednego sędziego²⁰.

¹⁸ Z poglądem tym zgadza się P. Grzegorzczuk, *W ramach*, s. 82; zob. cytowane tam orzecznictwo niepotwierdzające tej tezy.

¹⁹ Tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z 24 czerwca 2009 r., I CSK 538/08, OSNC-ZD D/2009; pogląd ten aprobuje D. P. Kała, *Zażalenie na postanowienie w przedmiocie uznania wyroku sądu polubownego wydanego za granicą. Glosa do postanowienia z dnia 24 czerwca 2009 r. (I CSK 538/08)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 2, s. 119.

²⁰ Uchwała SN z 17 stycznia 2008 r., III CZP 112/07, OSNC 2009, nr 1, poz. 5 – cyt. za M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 710.

2. JURYSDYKCJA KRAJOWA W SPRAWIE UZNANIA LUB STWIERDZENIA WYKONALNOŚCI

Jurysdykcję krajową w zakresie sądownictwa polubownego wyznacza art. 1156 k.p.c. Łącznikiem uzasadniającym jest lokalizacja miejsca postępowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. *Lex specialis* wobec art. 1156 k.p.c. jest art. 1212 § 2 k.p.c., z którego wynika, że w kwestii uznania lub stwierdzenia wykonalności sądom polskim przysługuje jurysdykcja krajowa, niezależnie od tego, w jakim państwie został wydany wyrok sądu polubownego lub ugoda przed nim zawarta. Jurysdykcja krajowa sądów państwowych w zakresie sądownictwa polubownego ma charakter bezwzględny i nie podlega dyspozycji stron²¹.

3. ZBIEG SKARGI O UCHYLENIE WYROKU SĄDU POLUBOWNEGO Z POSTĘPOWANIEM O UZNANIE LUB STWIERDZENIE WYKONALNOŚCI

Zgodnie z art. 1216 § 1 k.p.c., jeżeli wniesiono skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego, sąd państwowy, do którego wniesiono wniosek o uznanie lub stwierdzenie wykonalności tego wyroku, może odroczyć rozpoznanie sprawy, tj. wniosku o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku. Sąd państwowy w Polsce może odroczyć rozpoznanie sprawy także wtedy, gdy skargę o uchylenie zagranicznego wyroku sądu polubownego wniesiono w państwie jego wydania. Informację o wniesieniu skargi sąd poweźmie z reguły w wyniku zawiadomienia strony²². Odroczenia dokonuje sąd na mocy art. 156 k.p.c.²³ Błędny jest zatem pogląd o możliwości zawieszenia²⁴ postępowania z urzędu.

Ustawodawca nie przewidział żadnych kryteriów, przy uwzględnieniu których ma nastąpić odroczenie rozpoznania sprawy. Kryteria te zostały wypracowane w orzecznictwie sądów zagranicznych. Sąd powinien odroczyć rozpoznanie sprawy, jeżeli odroczenie jest celowe, istnieje prawdopodobieństwo uchylenia wyroku sądu polubownego lub powstania niepowetowanej szkody. Strona wnosząca o odroczenie powinna wykazać, że wnosi skargę w dobrej wierze, a nie w celu opóźnienia wykonania wyroku²⁵.

Odroczenie powinno być ustanowione do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego²⁶.

²¹ Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 301; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 68–69, 364; T. Erciński, *Postępowanie*, s. 67. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, (*Postępowanie*, s. 541) uznają jurysdykcję sądów polskich o uznanie lub stwierdzenie wykonalności zagranicznego orzeczenia sądu polubownego, lecz nie na mocy art. 1212 § 2, ale na mocy art. 1156 zd. 2. M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 672 uznają, że art. 1212 § 2 k.p.c. nie stanowi *lex specialis* wobec art. 1156 k.p.c.

²² Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 291; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 378.

²³ Por. T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 378.

²⁴ Tak P. Wierzbicki, *Wykonalność orzeczeń zagranicznych sądów polubownych na podstawie Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń arbitrażowych*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 5, s. 239; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo*, s. 311; B. Jarco, *Uchylenie zagranicznego wyroku sądu polubownego a jego uznanie na terytorium Polski*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 2, s. 33; M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 680.

²⁵ Por. B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 557–559; T. Erciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 378–379.

²⁶ Por. R. Morek, *Mediacja*, s. 292; B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 557–558; A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 1699.

Jeżeli strona chcąc powstrzymać uznanie lub wykonanie wyroku sądu polubownego wnieśnie o odroczenie rozpoznania sprawy w przedmiocie uznania lub stwierdzenia wykonalności, to sąd, na wniosek strony żądającej uznania lub stwierdzenia wykonalności, może nakazać stronie wnoszącej o odroczenie złożyć stosowne zabezpieczenie. Decyzja sądu ma charakter uznaniowy i sąd nie ma obowiązku nakazać złożenia zabezpieczenia. Jeżeli wady wyroku zaskarżonego skargą są oczywiste, rozpoznanie sprawy należy odroczyć bez ustanawiania zabezpieczenia²⁷.

Zasady powyższe należy stosować odpowiednio do ugody zawartej przed sądem polubownym (art. 1216 § 3 k.p.c.). Zasadność tej regulacji stała się przedmiotem kontrowersji w doktrynie. Według jednego poglądu art. 1216 § 3 k.p.c. jest zbędny, gdyż od ugody zawartej przed sądem polubownym nie można wnieść skargi o uchylenie, tak jak w przypadku wyroku sądu polubownego²⁸. Skoro nie można wnieść skargi o uchylenie ugody, to nie ma możliwości powstania jej zbiegu z wnioskiem o uznanie lub stwierdzenie wykonalności. Według drugiego poglądu, z którym należy się zgodzić, odesłanie zawarte w art. 1216 § 3 k.p.c. jest zasadne, gdyż ugoda może być kwestionowana przez powództwo o ustalenie nieważności ugody lub przez inny środek prawny przewidziany w obcym prawie, a art. 1216 § 3 k.p.c. należy stosować odpowiednio. Wówczas dojdzie do zbiegu rzeczowego powództwa z wnioskiem o uznanie lub stwierdzenie wykonalności²⁹.

²⁷ Por. tamże, s. 558.

²⁸ Por. A. Tynel, *Uznanie*, s. 16; R. Morek, *Mediacja*, s. 293; B. Kordasiewicz, W. Sadowski, *Postępowanie*, s. 557.

²⁹ Por. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd*, s. 379; M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie*, s. 681.

Summary

Dariusz P. Kała

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AN ARBITRATION AWARD OR SETTLEMENT BEFORE IT ENTERED (SELECTED ISSUES)

This paper addresses the issue of challenging the decision to grant or declaration of enforceability, national jurisdiction and the recognition and declaration of enforceability of the confluence of the action for annulment of an arbitration award to the proceedings for recognition or enforcement. The court of the enforcement of the arbitration award may be appealed. The annulment of the second-instance court decision dismissing the complaint on the recognition or declaration of enforceability is not entitled. In terms of recognition or declaration of enforceability, Polish courts have jurisdiction, regardless of the domestic country in which the judgment was issued an arbitration award or settlement before it concluded. If you filed an action for annulment of an arbitration award, the state court to which an application for recognition or enforcement of the judgment, it may stay the proceedings.

KEY WORDS: enforcement, arbitration award, arbitration

POJĘCIA KLUCZOWE: stwierdzenie wykonalności, wyrok sądu polubownego, arbitraż, sądownictwo polubowne

CZY DOPUSZCZALNE JEST POWSTANIE NIENAZWANEJ SPÓŁKI CYWILNEJ?

Spółka unormowana w art. 860 i n. k.c. może być założona („zawarta”) tylko dla osiągnięcia przez wspólników wspólnego celu gospodarczego¹. Niekwestionowany jest przy tym pogląd, że zasada *numerus clausus* spółek dotyczy również unormowań Kodeksu cywilnego². Takie stanowisko może jednak budzić wątpliwości w świetle art. 353¹ k.c.³, wydaje się też, że powszechna akceptacja dla spółki cichej⁴ zasadność jego podważa⁵. Przy tym istnieją powody, dla których rozważanie niewątpliwie dyskusyjnej kwestii nienazwanej spółki cywilnej może mieć stosunkowo szeroki i zróżnicowany walor praktyczny.

To oczywiście, że autorzy piszący o spółce cywilnej mają na myśli spółkę, o której mowa w art. 860 k.c., zachowując nie tylko wierność terminologiczną, nieprzypadkową przecież tradycji, ale i ustawodawcy, który – co prawda nie w samym Kodeksie cywilnym – zaczął nazywać tę spółkę⁶, wskazując na nią mniej lub bardziej wyraźnie, spółką cywilną (zob. art. 4 ust. 2 UoSDG, art. 18 pkt 11 UPWUoSDG⁷ i art. 26 § 4 zd. 1 k.s.h.). Nie od rzeczy jest jednak pytanie, czy dostateczną podstawą prawną dla nienazwanych spółek cywilnych nie byłby art. 353¹ k.c., wyrażający i określający granice fundamentalnej zasady swobody umów?⁸

Zastrzec na początku muszę, że i ja podzielam pogląd, którego nie sposób przecież kwestionować, iż na gruncie art. 860 k.c. nie można mieć uzasadnionych wątpliwości co do słuszności stwierdzenia L. Steckiego, że nie „wystarczy samo współdziałanie w jakimkolwiek celu, np. zmierzające do zorganizowania wspólnej wyprawy naukowej

¹ Zob. np. B. Łubkowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia – Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 1972, praca zbiorowa (red. J. Ignatowicz), s. 1694; L. Miroszewski, *Spółka cywilna w aspekcie pracodawcy*, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Studia i materiały*, praca zbiorowa (red. R. Szytk), Poznań-Kluczbork 2001, s. 695; J. Jezioro, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, praca zbiorowa (red. E. Gniewek), Warszawa 2008, s. 1353–1354.

² Zob. np. A. Kumor, *Spółka cywilna formą działalności gospodarczej. Omówienie – orzecznictwo – wzory*, Warszawa 1999, s. 41.

³ Por. A. Herbet, *Spółka cywilna*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, praca zbiorowa (red. A. Szajkowski), Warszawa 2008, s. 513 i n.

⁴ Zob. np. A. W. Wiśniewski, *Stan prywatnego prawa gospodarczego a optymalna wizja kodeksu cywilnego – zagadnienia podmiotowe*, dodatek do PPH 2008, nr 6, s. 22.

⁵ Por. J. Kołacz, *Wybrane aspekty funkcjonowania spółki cichej*, Pr.Sp. 2008, nr 4, s. 28.

⁶ Zob. W. Kubala, K. Kubala, *Umowa spółki cywilnej*, Warszawa 1999, s. 40; W. J. Katner, *Sytuacja prawna spółki cywilnej na tle nowego prawa działalności gospodarczej*, (w:) *Kodeks spółek handlowych. Studia*, s. 674.

⁷ Zawierający nowelizację uchylonego już art. 25a ustawy z 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarzy i położnej (Dz.U. z 2009 r. nr 151, poz. 1217 ze zm.).

⁸ Por. np. A. Jędrzejewska, *Z problematyki nietypowej spółki cichej*, PPH 1995, nr 3, s. 23; A. Jędrzejewska, „Cywilna” spółka o charakterze wewnętrznym a „handlowa” spółka cicha, PPH 1995, nr 5, s. 19; K. Załucki, *Spółka cicha w wybranych europejskich systemach prawnych i w prawie polskim*, Rej. 2005, nr 2, s. 219 i n.; G. Jędrejek, *Spółka cicha*, Warszawa 2008, s. 135.

lub turystycznej mającej na celu jedynie cele poznawcze⁹, czy opinii Z. Radwańskiego, że z „uwagi na gospodarczy charakter celu wyłączona jest możliwość utworzenia spółki cywilnej dla prowadzenia np. działalności dobroczynnej”¹⁰; rzadkie zaś wypowiedzi o spółkach cywilnych nieprowadzących działalności gospodarczej¹¹ biorą się chyba wyłącznie ze specyficznego, wąsko normatywnego, postrzegania tej działalności, choć w art. 860 k.c. mowa jest przecież tylko o wspólnym celu gospodarczym¹², nie o owej działalności, przy tym i celu owego ustawodawca rozważnie postanowił nie definiować. Inna sprawa, że wspólny cel gospodarczy wspólników nie musi być utożsamiany z celem zarobkowym, rację ma więc P. Bielski, gdy wspomina, że „także spółki cywilne mogą być zawiązywane w celach (...) niezarobkowych”¹³. Warto już tu wspomnieć, że przesłanka „gospodarczego charakteru wspólnego celu (...)” spółki cywilnej jest „nieznana prawu niemieckiemu i szwajcarskiemu”¹⁴.

Choć, jak widać, nie jest to przecież zagadnienie oryginalne, zdają sobie sprawę ze specyfiki pytania o dopuszczalność nienazwanej spółki cywilnej. Zauważam też, że dotychczas udzielano nań ogólnej odpowiedzi negatywnej, mimo iż w kwestiach szczegółowych formułowano opinie, co pozornie paradoksalne, niekiedy odmienne, te jednak nie dotyczyły możliwości utworzenia takiej spółki w celu pozagospodarczym.

Zanim przywołam argumenty, które wydają się istotne dla odpowiedzi na pytanie dotyczące dopuszczalności nienazwanej spółki cywilnej, nawiążę szerzej do stanowiska w polskim piśmiennictwie, o ile wiem, przez nikogo niezakwestionowanego, że również w odniesieniu do spółki cywilnej „zasada *numerus clausus* form spółek nie traci mocy obowiązującej i ukształtowanie w drodze umowy spółki «cywilnej» innej niż uregulowana w art. 860–875 k.c. jest na podstawie polskiego prawa niedopuszczalne”¹⁵. Pogląd obejmujący zasadą *numerus clausus* również spółkę przewidzianą w art. 860 k.c. pobrzmiwa też, bez wątpienia mimochodem, w art. 4 ust. 2 UoSDG, gdzie mowa o wspólnikach tylko spółki cywilnej, odmiennie niż w unormowaniu zawartym w ustępie wcześniejszym, w którym wymienia się przedsiębiorców, nie ograniczając ich kręgu m.in. do jakiegokolwiek postaci spółki. Być może tendencja rozszerzenia zasady *numerus clausus* spółek także na unormowania Kodeksu cywilnego wyraża się również pośrednio w regulacji zawartej we wspomnianym już art. 18 pkt 11 UPWUoSDG, gdzie mowa, czemu nie sposób się dziwić, poza spółką partnerską, wyłącznie o spółce cywilnej, bez

⁹ L. Stecki, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, praca zbiorowa (red. J. Winiarz), Warszawa 1989, s. 776.

¹⁰ Z. Radwański, (w:) Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2005, s. 315.

¹¹ Zob. np. J. Lic, *Warunki uznania podmiotowości spółki cywilnej*, PPH 2006, nr 3, s. 39; także tenże, *Skutki braku podmiotowości spółki cywilnej prowadzącej działalność gospodarczą*, PPH 2006, nr 1, s. 53.

¹² Zob. np. J. Frąckowiak, *Konstrukcja prawna spółki cywilnej*, (w:) *Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, praca zbiorowa, Warszawa 2005, s. 108 i 111. Zdaniem C. Kosikowskiego zarobkowy „cel działalności gospodarczej wiąże się z jej odpłatnością”, lecz nie należy kojarzyć go „z osiąganiem dochodów z tej działalności” (*Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 27), autor powołuje się tu na uchwałę SN z 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSN 1993, poz. 79.

¹³ P. Bielski, *Przekształcenie spółki cywilnej w spółkę handlową (art. 551 § 2 i 3 k.s.h.)*, PPH 2002, nr 3, s. 37; por. obszernie tenże, *Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy*, Rej. 2001, nr 4, s. 13 i n.

¹⁴ A. Herbet, *Spółka cywilna*, (w:) *System*, s. 551.

¹⁵ A. W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. 1 *Wiadomości ogólne. Spółka cywilna*, Warszawa 1998, s. 19.

wątpienia tej z art. 860 k.c. W takim też duchu interpretują to izby skarbowe, podkreślając, że małżonkowie mogą prowadzić działalność gospodarczą wspólnie „tylko w formie organizacyjnej przewidzianej przepisami kodeksu cywilnego, tj. spółki cywilnej lub kodeksu spółek handlowych, np. spółki jawnej”¹⁶.

Uzasadnionym punktem wyjścia do krytyki objęcia zasadą *numerus clausus* spółki cywilnej i do rozważań o dopuszczalności powołania nienazwanej spółki cywilnej winien być art. 353¹ k.c. *Prima facie* wydaje się bowiem, że powstaniu takiej spółki nie sprzeciwia się żaden przepis ustawy ani żadna z zasad współzycia społecznego: te ostatnie zdają się ideę różnorodnej wspólnej realizacji różnych dopuszczalnych celów, nie tylko gospodarczych, nawet wspierać. Gdy chodzi o nakaz, aby treść lub cel umowy spółki nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, to kwestia ta wydaje się na pozór kłopotliwa, w sytuacji gdy współcześnie już niezbyt wiadomo co z idei (natury) spółki pozostało np. w spółce jednoosobowej albo w możliwej przeciw egzystencji spółki bezosobowej. Gdyby jednak ograniczyć się do tradycyjnie pojmowanej spółki (choćby tylko dwojga) wspólników, to nie sposób byłoby uznać, że nienazwana spółka cywilna, której treść lub cel nie sprzeciwia się ustawie, zasadom współzycia społecznego i naturze stosunku spółki, a w której wspólnicy, działając w sposób mniej lub bardziej precyzyjnie oznaczony, zamierzają dążyć do wspólnego celu, narusza zasadę swobody umów, tak jak ją sformułowano w art. 353¹ k.c.¹⁷

Co wymowne, podobne wątpliwości nie towarzyszyły, o czym już wspominałem, licznym w polskim piśmiennictwie wypowiedziom dotyczącym umowy spółki cichej. Poza opiniami, że jest to rodzaj spółki cywilnej¹⁸, quasi-spółka¹⁹ albo że spółka cicha w istocie spółką nie jest²⁰, najliczniejsze są głosy, że jest to odrębna spółka²¹, przy czym, co w tym miejscu najważniejsze, prawie wszystkie stanowiska wskazują, iż podstawą dla powstania owej spółki jest zasada swobody umów²². To zaś, że spółka

¹⁶ Pismo Izby Skarbowej w Opolu z 15 marca 2006 r. (PF-I-41180/INT/2/SzS/06, www.mofnet.gov.pl). To zresztą wierny cytat z pisma Izby Skarbowej w Łodzi z 6 lutego 2006 r. (PB I-2/4150/IN-17/USŁ-W/06/MM, www.izbaskarbowa.lodz.pl). Szerzej A. Herbet, *Spółka cywilna*, (w:) *System*, s. 617 i n.

¹⁷ Por. R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*. Art. 353 k.c., Zakamycze 2005, s. 28; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 131–132; P. Machnikowski, *Treść umowy*, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, praca zbiorowa (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 468 i n.

¹⁸ Zob. np. A. Szajkowski, *Systematyka i źródła prawa spółek*, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, praca zbiorowa (red. A. Szajkowski), Warszawa 2008, s. 10; A. Koronkiewicz, *O podmiotowości cywilnoprawnej spółki cichej*, A UW Prawo, t. CCCIV, s. 76 i n.; M. Podleś, L. Siwik, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2009, s. 19 i n. Por. J. Jacyszyn, *Spółka cicha jako forma prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce*, (w:) *Spółka jako podmiot gospodarczy*, praca zbiorowa (red. J. Frąckowiak), A UW Prawo, t. CCXLII, Wrocław 1995, s. 39 i n., w szczególności s. 43–44, gdzie mowa o spółce cichej jako umowie nienazwanej.

¹⁹ Zob. A. Koronkiewicz, *Spółka cicha na tle prawa i doktryny*, PPH 2007, nr 5, s. 42.

²⁰ Zob. A. Koronkiewicz, *Spółka cicha jako umowa sui generis*, Rej. 2007, nr 1, s. 144; por. też, *Spółka cicha w praktyce*, Pr.Sp. 2007, nr 7–8, s. 54 i n.

²¹ Por. np. S. Włodyka, *Spółka cicha*, (w:) *Prawo spółek*, praca zbiorowa (red. S. Włodyka), Kraków 1991, s. 18; A. Jędrzejewska, *Istota spółki cywilnej o charakterze wewnętrznym*, PPH 1994, nr 10, s. 10–11; A. Koronkiewicz, *O podmiotowości*, s. 75–76 (spółka cicha jako „prawdziwa” spółka).

²² Zob. np. uzasadnienie wyroku SN z 24 października 2003 r. (III CZP 67/03, OSN 2004, poz. 199, s. 65) oraz A. Jędrzejewska, *„Cywilna”*, s. 19; nadto zob. A. Jędrzejewska, *Spółka cicha na tle innych podstawowych form kapitałowego współdziałania osób*, PPH 1995, nr 4, s. 8 i n., w szczególności s. 10 i n.; K. Żurek, *Spółka cicha – charakter*

cicha wykazuje istotne różnice względem spółki unormowanej w tytule XXXI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego, nie wystarcza moim zdaniem do kwestionowania jej statusu jako spółki, choćbyśmy ją z ostrożności nazywali spółką *sui generis*, pomijając już to, że *essentialia negotii* także spółki cichej można przecież bez większego trudu pomieścić w formule wyrażonej w art. 860 k.c. Nie widzę więc żadnych racji, nie są nimi bowiem względ na niezastąpienie nowymi uchylonych regulacji spółki cichej z Kodeksu handlowego²³ ani względ na jednoznaczne potrzeby wynikające z wymogów bezpieczeństwa obrotu²⁴, dla twierdzenia, że o ile zawarcie umowy spółki cichej jest dopuszczalne, o tyle zawarcie nienazwanej spółki cywilnej, innej aniżeli spółka unormowana we wskazanym tytule XXXI, nie jest możliwe. Akceptacja *de lege lata* możliwości powstania spółki cichej zaprzecza też według mnie tezie o przyjmowanym zakresie *numerus clausus* spółek, która to zasada na gruncie Kodeksu cywilnego ma prawo budzić zasadnicze wątpliwości, chyba jednak zdecydowanie inaczej niż na gruncie Kodeksu spółek handlowych, pomijając osobne zagadnienie atypowych spółek handlowych.

Warto jednak zatrzymać się przy oczywistej konstatacji, że choć *essentialia negotii* wskazane w art. 860 k.c. są pojemne, to jednak próba konstruowania na gruncie tego przepisu jakiegokolwiek innej spółki cywilnej, poza mającą cel gospodarczy²⁵, jest niemożliwa²⁶. Wspominam o tym dlatego, że zważywszy na formułę przyjętą w tym artykule, owe inne spółki cywilne mogłyby co najwyżej wykazywać odmienności tylko w zakresie pozostałych unormowań zawartych we wskazanym tytule XXXI. Rzecz w tym jednak, że jeśli te odmienności dotyczyłyby tych unormowań, które mają charakter *iuris dispositivi*, nie sposób byłoby mówić o umowie innej, czyli nienazwanej spółki cywilnej. Z tego wynika, że taka inna, nienazwana spółka cywilna, jeśli nie miałyby być uznana za dopuszczalną modyfikację nazwanej spółki cywilnej, musiałaby zawierać postanowienia odmienne od tych, które w tytule XXXI mają charakter *iuris cogenti*. Za taką właśnie bezwzględnie obowiązującą normę uważa się przede wszystkim postanowienie zawarte w art. 864 k.c.²⁷, choć *prima facie* mogłoby się wydawać, że postanowień o takim charakterze jest w tym tytule dużo więcej (np. art. 862, 863, 865, 868–871, 874, 875 k.c.), co do niektórych taki ich charakter jest zresztą oczywisty (art. 867 § 1 zd. 4 i art. 869 § 2 zd. 2 k.c.). Jednak wbrew formule tych przepisów, która mniej lub bardziej przekonująco wskazuje lub sugeruje ich status jako *iuris cogenti*, część

prawny, funkcje i zalety, wzory pism, Zakamycze 1999, s. 34–35; G. Jędrejek, *Spółka cicha*, Warszawa 2008, s. 13; ostatnio szerzej A. Herbet, *Spółka cywilna*, (w:) *System*, s. 587 i n. oraz 610 i n., w szczególności s. 614–616.

²³ Zob. także stanowisko Z. Fenichela, że do spółki cichej, gdy brak jest unormowań zawartych w umowie lub w k.h., stosuje się przepisy k.z., a więc zapewne także jego przepisy dotyczące spółki cywilnej, ze względu na postanowienie zawarte w art. 1 k.h. [(w:) T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II, Kraków 1936, s. 1055].

²⁴ O przydatności spółki cichej zob. np. J. Jacyszyn, *Spółka cicha*, (w:) *Spółka*, s. 56 i n. Por. np. G. Jędrejek, *Spółka cicha między małżonkami*, PPH 2009, nr 7, s. 31 i n.

²⁵ Zob. np. S. Grzybowski, *Problematyka cywilnoprawna instytucji stowarzyszeń*, SP 1973, z. 36, s. 6 przyp. 12; E. Płonka, *Cywilnoprawne problemy związane z tworzeniem spółek kapitałowych*, (w:) *Tworzenie i funkcjonowanie spółek. Zagadnienia cywilnoprawne i administracyjne*, praca zbiorowa (red. J. Frąckowiak i L. Kieres), Warszawa–Wrocław 1990, s. 118 i 126.

²⁶ Por. M. Woroniecki, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1997, s. 27 i n.

²⁷ Zob. np. A. Jędrzejewska, *Typy spółki cywilnej*, PPH 1993, nr 6, s. 12.

z owych unormowań dotyczy jednak zagadnień na tyle szczegółowych, a niekiedy nawet drugorzędnych, że nie sposób byłoby uznać, iż ewentualne odmienne ukształtowanie w tym zakresie stosunków między współnikami nie jest dopuszczalne (np. art. 862 k.c. czy termin wypowiedzenia w art. 869 § 1 k.c.). To jednak może prowadzić do dwojakich konkluzji: albo uznamy, że i te normy mają charakter dyspozytywny²⁸, albo przyjmiemy, że umowne odstępstwo od nich usprawiedliwia sugestię, iż spółka zawierająca owe odstępstwa nie jest już spółką, o której mowa w art. 860 i n. Kodeksu cywilnego, ale inną, nienazwaną spółką cywilną. Jest to oczywiście ogólniejsze zagadnienie, które wpisuje się w stary spór o to, gdzie kończą się dopuszczalne modyfikacje umowy nazwanej, a rozpoczyna się kreacja umowy nienazwanej, zagadnienie tym bardziej utrudnione w przypadku spółki, o której mowa w art. 860 k.c., nadzwyczaj pojemną formułą tej umowy.

Właśnie w tym miejscu warto zwrócić uwagę, że powszechna przecież akceptacja dla zawierania umów spółki cichej²⁹ świadczy poniekąd o tym, iż możliwe są różnorodne, bardzo daleko idące odstępstwa od unormowań charakterystycznych dla nazwanej spółki cywilnej przy tworzeniu nienazwanej spółki cywilnej, która także w przypadku spółki cichej generalnie spełnia przecież wymóg zobowiązania się współników, aby dążyli „do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów” (art. 860 § 1 k.c.). Wynika stąd, że takie zobowiązanie się współników do dążenia także do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego może być realizowane również poza instrumentarium przewidzianym w art. 860–875 k.c., co wcale nie znaczy, że część z tych unormowań nie może stać się elementem określającym status współników nienazwanej spółki cywilnej.

Zauważmy na marginesie, że to, iż w maksymalnie szerokiej z możliwych formule nazwanej spółki cywilnej można pomieścić nader różnorodne przejawy aktywności gospodarczej³⁰, nie podważa przecież tego, że specyfika pewnych rodzajów czy innych okoliczności takiej aktywności może skłaniać współników do odstępstwa także od tych regulacji zawartych w tytule XXXI, które mają charakter *iuris cogenti*, co wówczas, na gruncie Kodeksu cywilnego, wymagać będzie zawarcia umowy nienazwanej spółki cywilnej. Jest np. wielce prawdopodobne, że kilkudziesięciu współników spółki stawiającej sobie za zadanie doprowadzenie do wsi wodociągu i kanalizacji będzie chciało uniknąć zagrożeń płynących z gdzie indziej usprawiedliwionej zasady solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Nie tylko w odniesieniu do takich sytuacji zastanawiać się więc można nad, skądinąd chyba zbyt dosadną, ale przecież nie dowolną, opinią M. Podlesia o archaiczności obecnego modelu spółki cywilnej w Polsce i konieczności

²⁸ O tym, że przepisy „kodeksu cywilnego o spółce mają w przeważającej mierze charakter dyspozytywny [...]”, że granicą ich modyfikacji są „bezwzględnie obowiązujące przepisy, wyznaczające ramy dla swobody umów (art. 353¹ k.c.), w tym uznawane za bezwzględnie obowiązujące same przepisy o spółce: art. 860 § 2, art. 863, 864, 867 § 1 zd. czwarte, art. 869 § 2, art. 870 i 874 k.c.”, zob. M. Podleś, L. Siwik, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2009, s. 14–15.

²⁹ Zob. także J. Jacyszyn, *Spółka cicha*, (w:) *Spółka*, s. 40 i n. oraz 56 i n.

³⁰ Zob. np. Z. Polickiewicz, *Dopuszczalność spółki cywilnej między małżonkami*, (w:) *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (Studia i rozprawy)*. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego, praca zbiorowa (red. S. Sołtyński), Poznań 1990, s. 527; G. Jędrejek, *Pojęcie i formy prowadzenia działalności gospodarczej*, (w:) G. Jędrejek, P. Pogonowski, *Działalność gospodarcza małżonków*, Warszawa 2002, s. 31 i n.; A. Jędrzejewska, *Spółka osobowa a małżeńska majątkowa wspólność ustawowa*, KPP 1996, z. 3, s. 511 i n.

formułowania odpowiednich postulatów *de lege ferenda*³¹, pamiętając i o tym, że w obcych ustawodawstwach, np. szwajcarskim i francuskim, instytucje pokrewne naszej jednolitej spółce cywilnej są zróżnicowane³².

Najistotniejsza jest jednak konstatacja, że tak czy inaczej, pewnie mniej niż bardziej podobnie do spółki cichej, owa hipotetyczna w moich rozważaniach inna spółka cywilna może okazać się spółką odmienną, nienazwaną, nie zaś tylko zmodyfikowaną postacią nazwanej spółki cywilnej.

Na marginesie rozważań dotyczących kwestii dopuszczalności nienazwanej spółki cywilnej warto wspomnieć o sporze wokół charakteru prawnego umowy konsorcjum. W piśmiennictwie podkreśla się bowiem, że w „naszym systemie prawnym umowa komercyjna jest umową nienazwaną w kodeksie cywilnym (...)”. O „jej szczególnej postaci mówi art. 73 pr. bank. Uczestnicy konsorcjum nie wydzielają jednak ze swego majątku odpowiednich części, które składałyby się na wspólny fundusz czy majątek. Nie ma też solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum za zobowiązania zaciągnięte przez banki działające w konsorcjum, jakie przewiduje prawo dla wspólników spółki cywilnej, chyba że banki ją wyraźnie przyjmą w umowie z osobą trzecią. Konsorcjum nie jest zatem spółką prawa cywilnego, a umowa konsorcjalna nie jest umową spółki cywilnej. Można przyjąć, że utworzenie konsorcjum jest czymś pośrednim między utworzeniem spółki cywilnej a prowadzeniem wspólnego przedsięwzięcia, które nie musi mieć wyraźnie określonych form organizacyjnych. Do zawarcia umowy konsorcjum, do określenia praw i obowiązków uczestników oraz ich stosunków z innymi podmiotami można więc stosować przepisy kodeksowe o spółce cywilnej tylko odpowiednio. Przepisy te nie regulują jednak wielu spraw. Powiedzmy od razu, że jest tu duże pole do wypełnienia przez porozumienie uczestników, którzy mogą stworzyć prawo umowne, *lex contractus*”³³.

Opinie na temat formy prawnej, w którą przyobleka się konsorcjum, są jednak rozbieżne. Jak uważa S. Sudoł, konsorcjum może „funkcjonować w formie spółki cywilnej”³⁴. Również o tym, że umowa konsorcjum może zawierać wszystkie istotne elementy umowy spółki cywilnej i będzie wówczas spółką cywilną pisze W. Gonet³⁵. Jednoznaczne, że konsorcjum bankowe jest rodzajem spółki cywilnej, jest stanowisko I. Heropolitańskiej³⁶. Natomiast za umowę nienazwaną uważa umowę konsorcjum L. Stecki³⁷. I on szerzej przedstawia problematykę nazwy konsorcjum, podkreślając, jeszcze na gruncie k.h., że nazwa konsorcjum nie jest firmą, przyjmując jednak podstawowe zasady tworzenia

³¹ M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej w świetle prawa polskiego na tle statusu spółki cywilnej w prawie niemieckim*, (w:) *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, praca zbiorowa, Wrocław 2006, s. 411.

³² Zob. A. Herbet, *Istota spółki cywilnej i jej miejsce w systemie prawa polskiego na tle prawnoporównawczym*, (w:) *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, s. 342–343 oraz 345 i n.; tenże, *Spółka cywilna*, (w:) *System*, s. 495.

³³ T. Narożny, *Czynności kredytowe banku. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2000, s. 50–51.

³⁴ S. Sudoł, *Przedsiębiorstwo. Podstawy nauki o przedsiębiorstwie. Teorie i praktyka zarządzania*, Toruń 1999, s. 45.

³⁵ W. Gonet, *Kilka uwag o umowie konsorcjum kredytowego*, „Prawo Bankowe” 2005, nr 5, s. 49.

³⁶ I. Heropolitańska, *Kredyty udzielane przez banki na działalność gospodarczą*, (w:) I. Heropolitańska, E. Borowska, *Kredyty i gwarancje bankowe*, Warszawa 1992, s. 69; też, *Kredyty udzielane przez banki na działalność gospodarczą*, (w:) I. Heropolitańska, E. Borowska, *Kredyty i gwarancje bankowe*, Warszawa 1997, s. 61.

³⁷ L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1994, s. 34 i n., w szczególności s. 37; tenże, *Konsorcjum*, Toruń 1997, w szczególności s. 35.

takich nazw, analogiczne z zasadami dotyczącymi firm, wskazuje, że konsorcjanci-założyciele „dysponują pełną swobodą w wyborze brzmienia tej nazwy”³⁸.

Uzasadnione jest oczywiście pytanie, czy w ogóle istnieje potrzeba innych spółek cywilnych poza spółką uregulowaną w art. 860 i n. Kodeksu cywilnego. Odpowiedź wydaje się prosta, istnienie spółek cichych już świadczy o realności takiej potrzeby, nierzadkie zaś wypowiedzi kwestionujące status owej spółki jako spółki, wskazujące na jej charakter jedynie jako stosunku zobowiązaniowego, co przecież jest wymogiem *sine qua non* każdej spółki, zdają się nie doceniać naturalnego pobratymstwa zróżnicowanych stosunków zobowiązaniowych, choć nie ulega wątpliwości, że spółka cicha może być uważana za spółkę *sui generis*, ale przecież nie aż tak szczególną, jak niebudząca wątpliwości co do swego statusu jako spółki handlowa spółka jednoosobowa. O tym zaś, jakie możliwe konfiguracje nienazwanych spółek cywilnych wchodzić mogą w rachubę, decydować będą potrzeby życia, głównie, choć nie tylko, gospodarczego, które prawnicy winni obserwować, ale których nie powinni zanadto wyprzedzać. Poza spółkami mającymi cel gospodarczy możliwe są przecież także spółki mające inne, wyłącznie pozagospodarcze cele, np. artystyczne³⁹, edukacyjne, badawcze, eksploracyjne, podróznicze, pielgrzymkowe, charytatywne, ratownicze, opiekuńcze, wspólnotowe („społecznościowe”), nawet „samopomocowe”. Jak widać, nie podzielam zbyt daleko idącej konkluzji zawartej w stanowisku S. Grzybowskiego, że „brak gospodarczego charakteru (...)” spółki „wyklucza ocenę wspólności jako spółki prawa cywilnego”⁴⁰, brak takiego celu wyklucza bowiem tylko, i o to zapewne autorowi chodziło, uznanie takiej spółki za tę, której *essentialia negotii* wskazano w art. 860 k.c. Zasadności takiego przypuszczenia nie podważa to, że i inne wypowiedzi tego autora nie są do końca jednoznaczne, np. ta, w której stwierdził, „że jakkolwiek cel zawarcia spółki musi mieć zawsze charakter «gospodarczy», motywy przyświecające kontrahentom mogą sięgać do myśli o chęci zarobku, oszczędności, wygody lub umniejszenia wysiłku, stworzenia dzieła w rozumieniu ustawy o prawie autorskim albo dokonania projektu wynalazczego, nawet zaspokojenia potrzeb intelektualnych itp. Społeczno-gospodarcze oblicze powstającego stosunku prawnego nie jest więc w różnych spółkach prawa cywilnego jednolite”⁴¹.

Odnoszę przy tym wrażenie, że S. Grzybowski przecenia włączenie do działalności spółki cywilnej wartości majątkowych, co nie powinno przecież samo przez się przesądzać o zamiarze wspólnej realizacji przez wspólników celu gospodarczego. Widać to najdobitniej w przykładzie podanym przez tego autora, jakoby spółka prawa cywilnego powstawała „już wtedy, gdy trzech młodych ludzi wybiera się razem na wycieczkę, przy

³⁸ L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1994, s. 30–32; tenże, *Konsorcjum*, Toruń 1997, s. 28–30.

³⁹ Oczywiście wspólny cel artystyczny nie wyklucza wspólnego celu gospodarczego spółki cywilnej, zob. orzeczenie SN z 2 kwietnia 1957 r. (I CR 944/56, OSPiKA 1959, poz. 69), w którego zd. 1 tezy stwierdzono, że prywatne „zrzeszenie artystów teatralnych dla celów zarobkowych ma charakter umowy *sui generis*, zbliżonej do umowy spółki cywilnej”; w uzasadnieniu, tamże, na s. 150, informacja z ustaleń SW dla m.st. Warszawy, że „Zespół Operetki Objazdowej «Księżniczka Czardasza» powstał jako prywatna organizacja zarobkowo-artystyczna o przeważającym charakterze zarobkowym”.

⁴⁰ S. Grzybowski, *Spółka cywilna*, (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, praca zbiorowa (red. S. Grzybowski), Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1976, s. 808.

⁴¹ Tenże, *Spółka prawa cywilnego a konstrukcja umowy jako źródła zobowiązań*, RPEiS 1968, z. 3, s. 78.

czym jeden z nich dostarcza samochodu, drugi środków pędnych, trzeci zaś podejmuje się prowadzenia wozu (...)”⁴², albowiem jeżeli celem tej wycieczki nie jest działalność gospodarcza (w tym zawodowa), np. organizacja komercyjnej imprezy turystycznej, nie sposób chyba owej spółki uznać za taką, która odpowiada kryterium wskazanemu w art. 860 k.c., a przynajmniej jego *ratio legis*.

Formuła spółki niemającej celu gospodarczego, której powstanie nie wymaga żadnej, bo nawet quasi-rejestracji, ani z której powstaniem nie wiążą się inne, poza samą umową, czynności, czy raczej obowiązki prawne (pominąwszy może ewentualny obowiązek zapłaty podatku od czynności cywilnoprawnych), może okazać się też dużo bardziej atrakcyjna niż ambarasujące tworzenie i rejestrowanie fundacji albo stowarzyszeń, zwłaszcza gdy będzie chodziło o przedsięwzięcia jednorazowe lub krótkotrwałe, np. realizację wystawy, koncertu, instalacji artystycznej, organizację happeningu czy wyprawy podróżniczej lub poszukiwawczej albo pielgrzymki, przeprowadzenie eksperymentu naukowego, chyba także udzielenie grantów lub stypendiów, nawet wsparcie ofiar określonej lekkości żywiołowej. Być może zainteresowani taką formułą aktywności byłiby niekiedy i sami przedsiębiorcy, dla których nienazwana spółka cywilna byłaby sposobem bezpośredniej realizacji przez nich aktywności pozagospodarczej, przy tym nie tak kosztownej jak ta, którą realizują różnorodne stowarzyszenia i fundacje, ponosząc niemałe i nie zawsze jasne dla *sensu largo* donatorów koszty własne. Nie bez znaczenia jest zaś i to, że taka formuła pozagospodarczej aktywności zapewniałaby przedsiębiorcom będącym współnikami rzeczywisty wpływ na promocję ich wizerunku, co jest istotnym, nierzadko zasadniczym, częstokroć zaś jedynym motywem ich aktywności pozagospodarczej.

Zastanawiać się można także, czy zważywszy na rodzinny, wspólnotowy kontekst, potrzeba nienazwanych spółek cywilnych może dać o sobie znać i w odniesieniu do spółek zawieranych niegdyś stosunkowo licznie między małżonkami. Nie można także wykluczyć wykorzystania takich nienazwanych spółek, do czasu ewentualnego przyjęcia rozważanych przez niektórych rozwiązań ustawowych, do stabilizacji stosunków między osobami, które nie zawarły małżeństwa, w tym także tymi, które nie mogły go zawrzeć, zwłaszcza że społeczny i prawny wymiar takich umów nie musiałby się wówczas ograniczać do choćby najszerzej rozumianego współdziałania w celu gospodarczym, lecz dotyczyć także pozagospodarczych kwestii⁴³, oczywiście w takim zakresie, w jakim umowne ustalenie byłoby tu dopuszczalne, choćby, a może w szczególności, dotyczących aspektów, czy może lepiej powiedzieć: asocjacji majątkowych wspólnego zamieszkiwania współników albo nawet ich pozostawania we wspólnym pożyciu.

Gdyby zaakceptować dopuszczalność nienazwanych spółek cywilnych, można byłoby sugerować zmianę art. 4 ust. 2 UoSDG, tak aby stwierdzał, że za „przedsiębiorców

⁴² Tamże, s. 77.

⁴³ Por. uzasadnienie wyroku SN z 30 stycznia 1986 r. (III CZP 79/85, OSNC 1987, nr 1, poz. 2, s. 8) oraz np. A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami. Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992, s. 65 i n.; W. Ćwik, *Konkubinat*, Warszawa 2002, s. 55 i n., s. 159 i n., por. s. 97 i n. oraz s. 163 i n.; M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993, s. 146 i n.; M. Mazur, *Konkubinat w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1997, nr 1–2, s. 36; B. Paul, *Francuska umowa cywilna o współodpowiedzialności*, PPE 2003, nr 1, s. 35 i n.; tenże, *Koncepcja rozliczeń majątkowych między konkubentami*, Prz. Sąd. 2003, nr 3, s. 29 i n., por. s. 24 i n.; U. Wilk, *Umowa to dowód rozważa, a nie nieufności*, Rz 2005, nr 260, s. C4.

uznaje się także wspólników każdej spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej". Wspominam o tym, pamiętając jednak, że jeśli przedsiębiorcą w rozumieniu tej ustawy „jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą” (art. 4 ust. 1 UoSDG) i zważywszy, że najwyraźniej uznając, iż także wspólnicy nazwanej spółki cywilnej uważani są za wykonujących taką działalność we własnym imieniu (a co najmniej że są po prostu uznani za przedsiębiorców, i to niezależnie od wymowy postanowienia zawartego w art. 4 ust. 2 UoSDG)⁴⁴, to w ogóle ten ostatni przepis jest już zbędny⁴⁵.

Jest to w najlepszym razie nader odległa, a bez wątplenia niepewna perspektywa, lecz stosownej zmiany wymagałby wówczas także art. 26 § 4 zd. 1 k.s.h., przewidujący możliwość przekształcenia spółki, o której mowa w art. 860 k.c., w spółkę jawną. Przepis ten winien bowiem dotyczyć przekształcenia każdej, także nienazwanej, spółki cywilnej⁴⁶, której wspólnicy zobowiązali się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego lub zawodowego.

W odniesieniu do oznaczenia nienazwanej spółki cywilnej istotne będzie zaś to, jaki byłby jej cel, oczywiście jest bowiem, że gdy nienazwana spółka cywilna byłaby zawarta dla realizacji wspólnego celu gospodarczego, choćby jej reżim prawny w istotny sposób odbiegał od unormowań przewidzianych w art. 861 i n. k.c.⁴⁷, aktualne byłyby wszystkie sformułowane już w prawniczym piśmiennictwie sugestie dotyczące oznaczenia spółki cywilnej, o której mowa w art. 860 i n. k.c. Jednakże gdy nienazwana spółka cywilna byłaby zawarta dla realizacji celów pozagospodarczych, jej wspólnicy, choćby mieli (oczywiście poza tą spółką) status przedsiębiorców, nie mieliby obowiązku działania w niej pod firmą (osobnym zagadnieniem jest to, czy ich działanie pod firmą byłoby wówczas, w spółce cywilnej, w ogóle dopuszczalne), także zaś inni wspólnicy nie mieliby obowiązku posługiwania się w oznaczeniu tej spółki nazwiskami czy nazwami.

Oczywiście można byłoby rozważać zasadność sięgania i tu *per analogiam* po reguły prawa firmowego, tyle że gdyby wzorem miały być wówczas normy prawa firmowego zawartego w k.s.h., to oczywista byłaby możliwość ograniczenia się do wskazywania w oznaczeniu takiej spółki cywilnej, tak jak w firmach spółek osobowych, tylko jednego wspólnika, a jeśliby sięgać, co wydaje się, zważywszy na pobratymstwo spółki cywilnej z handlowymi spółkami osobowymi, raczej nieuzasadnione, po reguły dotyczące firm spółek kapitałowych, można byłoby rozważać postulat pominięcia w oznaczeniu wskazania jakiegokolwiek wspólnika takiej spółki. Ta ostatnia sugestia nie jest jednak przekonywająca, albowiem obowiązek rejestracji spółek kapitałowych daje gwarancję łatwego ustalenia ich wspólników, gdy nienazwane spółki cywilne, powołane do rea-

⁴⁴ Por. J. Lic, M. Łuc, *Definicje pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” (potrzeba rewizji)*, PiP 2008, z. 10, s. 66–68.

⁴⁵ Chyba najbardziej dociekliwie przedstawiają to zagadnienie, jeszcze na gruncie art. 2 ust. 3 ustawy z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 ze zm.), A. Kidyba, *Dwie drogi spółki cywilnej*, Mon.Praw. 2001, nr 20, s. 1019 i P. Bielski, *Przekształcenie spółki cywilnej w spółkę handlową (art. 551 § 2 i 3 k.s.h.)*, PPH 2002, nr 3, s. 35–36. Odmienne ocenia je, już na gruncie obowiązujących dzisiaj przepisów, M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 87.

⁴⁶ Por. jednak T. Czech, *Spółka cywilna z udziałem osoby prawnej po nowelizacji k.s.h.*, PPH 2005, nr 2, s. 39–40.

⁴⁷ Por. A. Herbet, *Spółka cywilna*, (w:) *System*, s. 513.

lizacji wspólnych celów pozagospodarczych, zapewne nie byłyby objęte obowiązkiem stosownej rejestracji. Mimo to uzasadniona wydawać może się jednak propozycja dopuszczalności pominięcia w oznaczeniu takich spółek określeń wskazujących na którejkolwiek ze wspólników.

Widoczna byłaby tu też odmienność dotycząca samego wymogu posługiwania się oznaczeniem spółki, albowiem w odniesieniu do oznaczenia spółki cywilnej, o której mowa w art. 860 i n. k.c., co do której, mimo braku jakiegokolwiek postanowienia we wskazanych przepisach, konieczność posługiwania się choćby namiastką oznaczenia polega na obowiązku wskazania firm wspólników, o czym przesądzają postanowienia prawa firmowego, z nich zaś wolno *per analogiam* wyprowadzić sugestię, a może nawet nakaz, wskazania w owym oznaczeniu także na zawarcie umowy spółki cywilnej. Warto jednak zauważyć, że w odniesieniu do nienazwanej spółki cywilnej zawiązanej dla realizacji celu pozagospodarczego nie sposób wskazać postanowienia, które choćby *per analogiam* miałyby uzasadniać konieczność posługiwania się przez wspólników jakimkolwiek oznaczeniem. Inna sprawa, że nie tylko nie ma jakichkolwiek przeszkód, aby sięgnęli oni po oznaczenie dla swej spółki, ale też jest nader prawdopodobne, że w ich interesie (zarówno związanym z realizacją celu takiej spółki, jak i z odrębnymi, autonomicznymi interesami wspólników, np. zabiegających o promocję czy reklamę ich działalności – prowadzonej poza tą nienazwaną spółką cywilną – jako przedsiębiorców) będzie wykorzystanie oznaczenia dla prowadzonej przez nich w tejże spółce działalności pozagospodarczej.

Summary

Piotr Zaporowski

IS FORMATION OF UNNAMED CIVIL LAW PARTNERSHIP POSSIBLE?

Civil law partnership (art. 860 and following, of the Civil Code) can only be formed by its partners in order to achieve shared commercial objective. There remains no doubt that the rule of *numerus clausus* applicable to partnerships applies to the Civil Code regulations as well. Such legal stance however might be questioned in view of art. 353¹ Civil Code. In addition, there are other than legal reasons, for which considering the debatable possibility of unnamed civil law partnership, may have a broad and diverse practical value. Author is in favor of the possibility of forming such unnamed civil law partnership, which is used by its partners to achieve various non-commercial objectives in fields of e.g. art, education, research, discovery, travel, pilgrimage, humanitarian, rescue, care, community development or even self help.

KEY WORDS: civil law partnership, unnamed civil law partnership, freedom of contracts, non-commercial objective of civil law partnership

POJĘCIA KLUCZOWE: spółka cywilna, nienazwana spółka cywilna, zasada swobody umów, cele pozagospodarcze spółki

CIEŻAR DOWODU W PRZYPADKU NIEZGODNOŚCI TOWARU KONSUMPCYJNEGO Z UMOWĄ

1. WPROWADZENIE

Zarówno ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2002 r. nr 141, poz. 1176 z późn. zm.)¹, jak i implementowana tą ustawą dyrektywa nr 1999/44/WE² nie rozstrzygają w sposób wyraźny kwestii tego, na kim spoczywa ciężar udowodnienia (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową. W Polsce ogólna zasada rozkładu ciężaru dowodu w materiałach prywatnoprawnych sformułowana została w art. 6 k.c.; zgodnie też z tą zasadą – jako że to on wywodzi z tego faktu skutki prawne – do przeprowadzenia dowodu w przedmiocie (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową zobowiązany byłby kupujący. Z drugiej jednak strony konstrukcja domniemania zgodności z umową (a nie domniemania braku zgodności), jaką posłużono się zarówno w ustawie o sprzedaży konsumenckiej, jak i dyrektywie, przynajmniej *prima facie* zdaje się obarczać tym ciężarem sprzedawcę, który aby móc się na domniemanie zgodności w praktyce powołać, powinien mieć obowiązek wskazania okoliczności, jakie stanowią przesłanki tego domniemania.

2. STOSUNEK ART. 4 UST. 2 I 3 USTAWY O SPRZEDAŻY KONSUMENCKIEJ DO ART. 6 KODEKSU CYWILNEGO

W myśl art. 6 k.c. ciężar udowodnienia danego faktu spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne. Stosowanie tej zasady w stosunkach sprzedaży konsumenckiej oznaczałoby zatem, że kupujący, który chciałby skorzystać z uprawnień przyznanych mu na wypadek braku zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, musiałby wcześniej taki brak udowodnić.

Z art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej (art. 2 ust. 2 dyrektywy), określającego przesłanki, których spełnienie pozwala domniemywać zgodność towaru konsumpcyjnego z umową, zdaje się jednak wynikać reguła odmienna. Gdyby nie traktować art. 4 ust. 2 i 3 tej ustawy jako *lex specialis* w stosunku do art. 6 k.c., ustanowienie domniemania zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, a nie domniemania jego niezgodności, byłoby zabiegiem legislacyjnym wysoce nieracjonalnym, jak i zupełnie

¹ Dla uproszczenia zwana dalej ustawą o sprzedaży konsumenckiej.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1999/44/WE z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. WE L 171, z 7 lipca 1999 r.), zwana dalej dyrektywą.

błędnym pod względem jurydycznym³. Przy założeniu, że to konsument ma udowodnić wystąpienie niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, sprzedawca nigdy nie musiałby wykazywać przesłanek domniemania zgodności, co tym samym czyniłoby to domniemanie praktycznie bezużytecznym (jeszcze bardziej niejasna, czy wręcz „zagadkowa”, byłaby możliwość obalenia tego domniemania, według motywu 8 dyrektywy jest ono bowiem domniemaniem wrzuszalnym). W efekcie interpretowanie w ten sposób art. 4 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 2 ust. 2 dyrektywy stałoby w sprzeczności zarówno z zakazem wykładni *per non est*, jak i koncepcją racjonalnego prawodawcy, który nie stanowi norm zbędnych, a tym bardziej nie ustanawia rozbudowanych domniemań, z jakich osoba zainteresowana w praktyce nigdy nie będzie miała potrzeby korzystać.

Należy zatem przyjąć, że i dyrektywa, i ustawa o sprzedaży konsumenckiej co do zasady nakłada ciężar dowodu w zakresie (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową na sprzedawcę. Wniosek taki znajduje również uzasadnienie w funkcji ochronnej tych aktów prawnych oraz w zasadzie rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych na korzyść słabszej strony stosunku prawnego, jaką w warunkach sprzedaży konsumenckiej jest niewątpliwie kupujący.

3. STANOWISKO DOKTRYNY

Co znamienne, w literaturze przedmiotu przeważa stanowisko przeciwne do wyrażonego w punkcie powyżej; zgodnie z nim ciężar udowodnienia przesłanek, a dokładnie ich niewystąpienia, z domniemania zamieszczonego w art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej spoczywa zawsze na kupującym^{4,5}. Nie do końca jasny pogląd

³ Na temat tego, czy ustawa o sprzedaży konsumenckiej i implementowana nią dyrektywa wprowadzają ścisłą definicję, czy tylko domniemanie (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, zob. M. Koszowski, *Domniemanie czy definicja zgodności towaru z umową*, „Studia Prawnicze” 2012, nr 1, s. 57–67; por. też E. Habryn-Motawska, *Niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową sprzedaży konsumenckiej*, Warszawa 2010, s. 26, 40–45, 50 oraz S. Grundmann, (w:) *EU Sales Directive. Commentary*, red. M. C. Bianca i S. Grundmann, Antwerpia 2002, s. 122, 129–130.

⁴ Zob. A. Sikorska, *Ciężar dowodu w przypadku odstąpienia od umowy sprzedaży przez kupującego z powodu wad rzeczy lub niezgodności towaru z umową*, „Radca Prawny” 2005, rok XVIII, nr 1 (76), s. 61; M. Krupowicz, *Ocena kierunku zmian w zakresie ochrony konsumenta na gruncie ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie kodeksu cywilnego*, „Rejent” 2005, rok XV, nr 2 (166), s. 144; K. Szostak, *Ochrona kupującego w świetle nowych regulacji prawnych*, „Radca Prawny” 2003, rok XVI, nr 1 (64), s. 32; M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, wyd. 2, 2007, s. 115, 116; por. też E. Habryn-Motawska, *Niezgodność towaru konsumpcyjnego*, s. 41–42 i J. Jezioro, (w:) *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, red. J. Jezioro, Warszawa 2010, s. 129–131 oraz na gruncie dyrektywy S. Grundmann, (w:) *EU Sales Directive*, s. 129–130 wraz z przypisem nr 50.

⁵ Taka też wykładnia przepisów ustawy o sprzedaży konsumenckiej odnośnie do rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową – tj. że to kupujący ma obowiązek wykazać fakt braku takiej zgodności, w tym, co dość specyficzne, niezgłoszenie wśród propozycji zmian w dotychczasowej treści ustawy o sprzedaży konsumenckiej żadnej, jaka zmierzałaby do zwolnienia go z tego obowiązku – została obrana podczas X spotkania Rzeczników Konsumentów województw zachodniopomorskiego i pomorskiego, jakie odbyło się w dniach 19 i 20 maja 2005 r. Zob. S. Graczyk, *Propozycje zmian do ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*, Biuletyn K 2006, nr 3 (19), <http://www.konsumenci.org/userfiles/file/biuletyn/Biuletyn%202005%20-%203.pdf>, s. 2.

przejawiają w tej kwestii Z. Radwański i J. Panowicz-Lipska; ich zdaniem „wykazanie niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową wiąże się z obaleniem domniemań przez kupującego albo ustaleniem, że nie są spełnione przesłanki uzasadniające zastosowanie domniemania”⁶. Obalenie domniemań, o których mowa w art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej, *volens volens* musi być poprzedzone wcześniejszym udowodnieniem/wykazaniem przesłanek z tych domniemań. Jeżeli jednak, jak twierdzą ci autorzy, dowód istnienia niezgodności ciąży na kupującym⁷, to w jakim celu sprzedawca miałby podejmować się trudu dowodzenia okoliczności stanowiących przesłanki wspomnianych domniemań? Wątpliwość ta w jeszcze większym stopniu dotyczy celowości dowodzenia tych przesłanek przez kupującego, jeśli to on musiałby potem, biorący się z faktu ich wykazania, wniosek obalać⁸.

4. WZGLĘDY PROCESOWE

Za spoczywaniem na sprzedawcy ciężaru dowodu w zakresie (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową przemawiają też względy natury procesowej. Obarczenie tym ciężarem konsumenta wiązałoby się bowiem z koniecznością „zakładania” przez niego kosztów sporządzenia ewentualnej opinii biegłego oraz przejawiania inicjatywy w przedmiocie tego dowodu, co w praktyce mogłoby się równać zamykaniu konsumentom w sposób faktyczny drogi sądowej.

Mianowicie ilekroć do określenia tego, czy wystąpiła niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową, niezbędne byłyby wiadomości specjalne, to zgodnie z art. 278 ust. 1 k.p.c. sąd powinien powołać jednego lub kilku biegłych. W efekcie w razie niezłożenia przez konsumenta wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, z uwagi na kontrydiktoryjny model postępowania cywilnego oraz związaną z nim zasadę, że sąd dopuszcza dowody z urzędu tylko w drodze wyjątku, konsument mógłby przegrać sprawę, mimo że reklamowany towar w rzeczywistości nie byłby zgodny z umową. Jeszcze większą barierę aniżeli samo złożenie wniosku o powołanie biegłego wydaje się tu stanowić konieczność uiszczenia zaliczki na poczet kosztów opinii, jaką biegły ma sporządzić. Wymóg wyłożenia z góry wysokiej – w relacji do z reguły niskiej wartości towarów konsumpcyjnych – kwoty mógłby bowiem skutecznie zniechęcić do wytoczenia powództwa niejednego przeciętnie zamożnego konsumenta.

Notabene, samo to, kiedy do ustalenia, czy zachodzi (nie)zgodność towaru konsumpcyjnego z umową, niezbędne są wiadomości specjalne, pozostaje dość problematyczne. W myśl art. 505¹ k.p.c. sprawy o roszczenia z tytułu niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową w przypadku, gdy wartość przedmiotu umowy nie przekracza dziesięciu tysięcy złotych, podlegają rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym. W tym

⁶ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, wyd. 8, Warszawa 2010, s. 69.

⁷ Tamże, s. 68.

⁸ Równie niezrozumiały jest pogląd zakładający, że dowód istnienia (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową ciąży na obu stronach: kupującym i sprzedawcy (pierwszy ma dążyć do zaprzeczania przesłanek domniemania, a drugi – niezależnie od działań tego pierwszego – do wykazywania, że przesłanki te zostały spełnione), jaki na tle art. 4 ust. 2 ustawy o sprzedaży konsumenckiej wydaje się prezentować J. Jezioro, (w:) *Ustawa o szczególnych warunkach*, s. 164.

też rodzaju postępowania z definicji nie stosuje się dowodu z opinii biegłego; jeżeli jednak orzekający sąd doszedłby do wniosku, że do rozstrzygnięcia sprawy konieczne są wiadomości specjalne, to wówczas, rozpoznając tę sprawę dalej, powinien pominąć przepisy o postępowaniu uproszczonym (art. 505⁶ § 2 oraz 505⁷ k.p.c.). Można by więc stawiać hipotezę, że polski ustawodawca uznał, iż w sprawach o niskiej wartości przedmiotu sporu, do jakich zazwyczaj należą spory konsumenckie, z reguły nie powinno się korzystać z opinii biegłych, ograniczając się do innych, prostszych i zarazem tańszych środków dowodowych. Z drugiej jednak strony, patrząc na niezmiernie trudne w wielu przypadkach do definitywnego stwierdzenia przesłanki ustawowego domniemania zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, taki dowód jawi się jak najbardziej właściwy, jeśli nie nieodzowny. Skąd bowiem sędzia miałby wiedzieć, jakie właściwości cechują towary poszczególnych rodzajów lub do jakich celów towary poszczególnych rodzajów się zwykle nadają, tudzież jakie są oczekiwania względem towaru danego rodzaju opierające się na publicznych zapewnieniach sprzedawcy, producenta lub jego przedstawiciela (art. 4 ust. 3 ustawy). Tego typu terminy użyte w ustawie, choćby z uwagi na ich empiryczny wydźwięk, nie wydają się też odsyłać do swobody każdorazowo wyrokującego sędziego i idei sądowego uznania⁹.

Wracając do kwestii rozkładu ciężaru dowodu, należy zauważyć, że nałożenie tego ciężaru na sprzedawcę równałoby się temu, iż konsument nie tylko nie musiałby wpłacać na rachunek sądu zaliczek na pokrycie kosztów przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, ale jeszcze spór, w jakim pozostaje on ze sprzedawcą, nadawałby się do rozpoznania w postępowaniu uproszczonym, tj. przynajmniej dopóki ten ostatni nie powoła się na okoliczności, których ustalenie wymaga znajomości wiadomości specjalnych (nie złoży wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego). Kwestionując zasadność wytoczonego powództwa, sprzedawca bez wpływu na tryb postępowania mógłby mianowicie zaprzeczać wysokości żądania zgłoszonego przez konsumenta, wskazywać na niedochowanie przez niego dwumiesięcznego terminu na zawiadomienie o stwierdzonej niezgodności z umową, podnosić, że niezgodność została stwierdzona po upływie dwóch lat od momentu wydania towaru itp. Stąd też w razie spoczywania ciężaru dowodu na sprzedawcy w większości spraw sądowych mogłoby się okazać, że uda się je zakończyć w postępowaniu uproszczonym, a przepisy art. 505¹ i następne k.p.c. znajdą przy ich rozpoznawaniu pełne zastosowanie.

Oczywiście wydaje się przy tym, że to zawodowy sprzedawca, a nie występujący

⁹ W obowiązującym do niedawna stanie prawnym w razie obarczenia konsumenta wymogiem udowodnienia braku zgodności towaru konsumpcyjnego z umową jego pozycję procesową dodatkowo pogarszała by jeszcze tzw. prekluzja dowodowa przewidziana w postępowaniu uproszczonym. Niezłożenie wniosku wraz z zaliczką na przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w trakcie początkowego stadium procesu, przy nieprzychylniej dla powoda wykładni będącego wówczas w mocy art. 505⁵ k.p.c., mogło bowiem ostatecznie pozbawić konsumenta możliwości skorzystania z tego dowodu i w konsekwencji skutkować oddaleniem przez sąd merytorycznie słusznego powództwa [art. 505⁵ k.p.c., który utracił moc z dniem 3 maja 2012 r.: „Okoliczności faktyczne, zarzuty i wnioski dowodowe nie zgłoszone w pozwie, odpowiedzi na pozew, na pierwszym posiedzeniu przeznaczonym na rozprawę lub w sprzeciwie od wyroku zaocznego mogą być rozpoznawane tylko wtedy, gdy strona wykaże, że nie mogła ich powołać wcześniej lub gdy potrzeba ich powołania wynika później (§ 1). Powód może przytoczyć nowe okoliczności faktyczne i wnioski dowodowe nie później niż w terminie tygodnia od dnia doręczenia mu pism pozwanego wymienionych w paragrafie poprzedzającym (§ 2)“].

w roli kupującego konsument, stanowi stroną silniejszą stosunku prawnego, w tym i stroną dysponującą większymi możliwościami pod względem korzystania ze środków dowodowych. Po pierwsze, będąc „w branży”, nawet jeśli nie jest on w stanie samemu ocenić, czy w konkretnym przypadku zachodzi niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową, o wiele łatwiej aniżeli konsumentowi winno być mu skonsultować się w „formie pozaprocesowej” z osobami mającymi wiadomości specjalne. Po drugie, zawodowy sprzedawca często będzie posiadał na tyle duże zasoby majątkowe, choćby z racji faktu prowadzenia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, że uiszczenie zaliczki na poczet dowodu z opinii biegłego nie powinno być dla niego czymś bardzo trudnym do udźwignięcia. To również będącego profesjonalistą sprzedawcę – a nie konsumenta – winny obciążać koszty i ryzyka związane z wykonywaniem działalności gospodarczej polegającej na oferowaniu w sprzedaży towarów konsumpcyjnych, łącznie z potencjalnym brakiem zgodności takich towarów z umową¹⁰.

5. TWIERDZENIA CO DO FAKTÓW

Powyższe nie oznacza jednak, że konsument, będąc w sporze ze sprzedawcą, nie musi udowadniać jakichkolwiek faktów i okoliczności. Choć to nie na nim spoczywa obowiązek wykazywania przesłanek domniemań, o których mowa w art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej, by dochodzić uprawnień, jakie przysługują mu na wypadek niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, będzie musiał on przede wszystkim wskazać, na czym dokładnie ta niezgodność polega; to znaczy powinien on podać, jakiej konkretnie właściwości reklamowany towar nie posiada lub do jakiego konkretnego celu się nie nadaje, tudzież wymienić, jakim dokładnie oczekiwaniom ten towar nie odpowiada. Na konsumentcie ciąży też, jak się wydaje, obowiązek przeprowadzenia dowodu, że reklamowany towar rzeczywiście nie posiada danej właściwości/nie nadaje się do danego celu/nie spełnia danego oczekiwania – często wystarczą tu jednak proste środki dowodowe, jak np. oględziny, dostarczenie fotografii, albo samo to, że sprzedawca taki fakt przyznaje lub go nie kwestionuje; aczkolwiek w wyjątkowych przypadkach i tu może zająć również potrzeba przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Ponadto ilekroć któraś z tych okoliczności ma decydować o braku zgodności z umową, konsument będzie musiał udowodnić to, że określił przy zawarciu umowy szczególny cel, do jakiego towar ma się nadawać, że sprzedawca podał mu opis lub okazał wzór albo próbkę towaru, jak i że taka, a nie inna, była treść publicznie złożonych zapewnień, o jakich mowa w art. 4 ust. 3 zd. 2 ustawy o sprzedaży konsumenckiej. Dowód już jednak wszystkich pozostałych elementów z przesłanek domniemania zgodności, zawartego w art. 4 ust. 2 i 3 tej ustawy, obciążać będzie wyłącznie sprzedawcę¹¹.

¹⁰ Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy jednoznacznie stanowi, że „sprzedawca musi dostarczyć konsumentowi towary, które są zgodne z umową sprzedaży”.

¹¹ Taki sposób rozwiązania kwestii rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową wydaje się też pokrywać z intencją prawodawcy, jakiej można się domyślać z przebiegu prac legislacyjnych nad ustawą o sprzedaży konsumenckiej. To, że ustawa ta jest korzystniejsza dla konsumentów [w stosunku do stanu istniejącego przed jej uchwaleniem – M. K.], ponieważ „przerzuca ciężar dowodu obronnego, iż towar jest niezgodny z umową kupna-sprzedaży na sprzedawcę, czyli to nie jest tak,

6. WADY PRAWNE, NIEPRAWIDŁOWOŚĆ W ZAMONTOWANIU I URUCHOMIENIU TOWARU ORAZ BRAK WŁAŚCIWOŚCI (PRZYDATNOŚCI DO CELÓW) OKREŚLONYCH W UMOWIE

Jak się wydaje, ciężar udowodnienia niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową będzie spoczywał na kupującym w trzech następujących przypadkach: a) w razie posiadania przez towar wad prawnych w rozumieniu Kodeksu cywilnego; b) w przypadku powstania nieprawidłowości w zamontowaniu i uruchomieniu towaru, o jakich mowa w art. 6 ustawy o sprzedaży konsumenckiej¹²; c) w razie gdy w umowie sprzedaży strony postanowiły, że nieposiadanie przez towar jakiejś konkretnej właściwości lub jego nieprzydatność do jakiegoś konkretnego celu skutkować będzie brakiem zgodności z umową.

Co przy tym jednak znamienne, wszystkie te trzy przypadki nie stanowią wyjątku od zasady wyrażonej w pkt 5. Odwrócenie ciężaru dowodu (obarczenie nim konsumenta) jest tu bowiem tylko pozorne. Wystąpienie wady prawnej, nieprawidłowości w uruchomieniu lub montażu tudzież brak posiadania przez towar konkretnych właściwości/nieprzydatność do konkretnych celów, o jakich strony postanowiły w umowie, automatycznie będzie przesądzać o tym, że towar jest niezgodny z umową. W efekcie sprzedawca nie tyle nie musi już dowodzić przesłanek z domniemania z art. 4 ust. 2 i 3 ustawy, ile tego uczynić nie może. *De facto* więc sytuacja prawna sprzedawcy nie jest w tych przypadkach lepsza, lecz zdecydowanie gorsza: nie mając możliwości powołania się na ustawowe domniemanie zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, nie jest on tym samym w stanie przerzucić na konsumenta konieczności przeprowadzenia dalszego dowodu. Nieustannie należy mieć tutaj bowiem na uwadze, że nawet wówczas, gdy sprzedawca udowodni okoliczności nakazujące domniemywać zgodność towaru konsumpcyjnego z umową, konsument będzie mógł wykazywać (argumentować), że mimo spełnienia przesłanek tego domniemania nabyty przez niego towar jest niezgodny z umową. Domniemanie z art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej (art. 2

że przychodzę, wskazuję i muszę dokładnie udowodniać, że towar jest niezgodny z umową sprzedaży, tylko odwrotnie, to sprzedawca powinien się bronić przed kupującym, jeżeli uważa, że roszczenia kupującego są bezzasadne” – wyraźnie zaznaczył Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości M. Staszak, odpowiadając na pytania senatorów zadawane na etapie rozpatrywania projektu ustawy o sprzedaży konsumenckiej w Izbie Wyższej. Zob. nieautoryzowany zapis stenograficzny (nr 327) z 39. posiedzenia Komisji Gospodarki i Finansów Publicznych w dniu 5 lipca 2002 r., <http://ww2.senat.pl/k5/kom/kgfp/2002/039gfp.htm>. Również w rządowym uzasadnieniu projektu tej ustawy możemy natknąć się na wypowiedź, „że w ciągu 6 miesięcy od nabycia towaru wystarczające jest wskazanie przez konsumenta na istniejącą niezgodność towaru z umową – bez obowiązku udowadniania ani przyczyn powstania tej niezgodności, ani tego, że istniały one przed momentem wydania towaru. Przeprowadzenie przez sprzedawcę dowodu przeciwnego nie będzie łatwe”. Jak widać, mowa jest tu jedynie o „wskazaniu”, a nie np. o wykazaniu czy udowodnieniu niezgodności z umową, co mogłoby sugerować, że kupujący niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową dowodzić nie musi, mogąc w zupełności poprzestać na samym tylko jej opisaniu/określeniu. Zob. projekt ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz zmianie Kodeksu cywilnego wraz z rządowym uzasadnieniem, druk sejmowy nr 465, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/465/\\$file/465.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/465/$file/465.pdf), s. 28–29. Por. też S. Grundmann, (w:) *EU Sales Directive*, przypis 50 na s. 130.

¹² Art. 6 ustawy: „Za niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową uważa się również nieprawidłowość w jego zamontowaniu i uruchomieniu, jeżeli czynności te zostały wykonane w ramach umowy sprzedaży przez sprzedawcę lub przez osobę, za którą ponosi on odpowiedzialność, albo przez kupującego według instrukcji otrzymanej przy sprzedaży”.

ust. 2 dyrektywy) jest – wedle motywu 8 dyrektywy – domniemaniem wzruszalnym, a więc niewykluczającym możliwości jego obalenia i przeprowadzenia przez drugą ze stron przeciwdowodu¹³.

Ponadto jeśli chodzi o nieprawidłowość w uruchomieniu lub montażu towaru, w przypadku gdy czynności te zostały wykonane przez kupującego (ewentualnie inną osobę) według instrukcji otrzymanej przy sprzedaży, będący tym kupującym konsument będzie musiał udowodnić jedynie istnienie tej nieprawidłowości. To samo dotyczy sytuacji, gdy to sprzedawca (osoba, za którą ponosi on odpowiedzialność) będzie montował/uruchamiał towar. Dowód odpowiednio: braku błędów w instrukcji (jak i samego jej wydania) oraz postępowania przez konsumenta wbrew treści instrukcji tudzież tego, że montaż (uruchomienie) nie został wykonany w ramach umowy sprzedaży, albo że czynności tej dokonała osoba, za którą sprzedawca nie ponosi odpowiedzialności, będzie w całości należał już do sprzedawcy¹⁴.

7. WIEDZA KUPUJĄCEGO O NIEZGODNOŚCI

Nie powinno też ulegać wątpliwości, że to sprzedawca będzie musiał wykazać istnienie w chwili zawarcia umowy wiedzy u konsumenta, lub jej powinności, o niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, ilekroć w ten sposób, tj. powołując się na art. 7 ustawy o sprzedaży konsumenckiej, będzie się on chciał zwolnić z odpowiedzialności. Taka teza wynika nie tylko z potrzeby ochrony konsumenta jako strony słabszej stosunku prawnego, ale również znajduje pełne pokrycie w ogólnej zasadzie rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 6 k.c.¹⁵

8. ISTNIENIE NIEZGODNOŚCI W CHWILI WYDANIA TOWARU

Zupełnie innym zagadnieniem niż omawiane dotychczas jest kwestia udowodnienia występowania (nie)zgodności towaru konsumpcyjnego z umową w danym momencie czasowym. Mianowicie w myśl art. 4 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej sprzedawca odpowiada wobec kupującego tylko wtedy, gdy niezgodność z umową istniała w chwili wydania towaru¹⁶; przy czym w razie stwierdzenia niezgodności w ciągu 6 mie-

¹³ Odnośnie do wzruszalności domniemań z art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o sprzedaży konsumenckiej (art. 2 ust. 2 dyrektywy) zob. M. Koszowski, *Domniemanie czy definicja*, s. 57–61.

¹⁴ Na to, że to sprzedawca będzie musiał udowodnić, iż konsument nie zachował się zgodnie z instrukcją, zwraca uwagę A. Baranowska, *Uprawnienie do odstąpienia od umowy przez kupującego w świetle nowych regulacji prawnych*, „Radca Prawny” 2003, rok XVI, nr 5 (68), s. 87. Por. jednak M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej*, s. 153.

¹⁵ Obarczenie sprzedawcy obowiązkiem udowodnienia wiedzy (jej powinności) po stronie konsumenta w chwili zawarcia umowy odnośnie do niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową ma też mieć swoją podstawę prawną w postanowieniach dyrektywy; wszelkie zaś próby wprowadzania w prawie krajowym zmian na niekorzyść konsumenta w tak rozłożonym ciężarze dowodu mają być w świetle dyrektywy zabronione. Zob. S. Stijns i W. van Gerven, (w:) *EU Sales Directive. Commentary*, red. M. C. Bianca i S. Grundmann, Antwerpia 2002, s. 246.

¹⁶ Wydaje się, że przez zwrot „wydanie towaru” należy rozumieć tu wręczenie towaru, czyli faktyczne obje-

sięcy od momentu wydania domniemywa się, że niezgodność występowała już w tym momencie. Oznacza to zatem, że w przypadku stwierdzenia przez konsumenta braku zgodności przed upływem 6 miesięcy od chwili wydania mu towaru (ma on kolejne dwa miesiące na zgłoszenie tego faktu sprzedawcy – art. 9 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej), to sprzedawca będzie musiał przeprowadzić dowód, że brak ten nie występował w tej chwili. Natomiast w razie stwierdzenia braku zgodności po upływie 6-miesięcznego okresu biegnącego od momentu wydania towaru dowód co do istnienia niezgodności w tym momencie będzie obciążał konsumenta.

Trzeba podkreślić, że ustanowienie wzmiankowanego domniemania przy dwuletniej odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową jest rozwiązaniem bardzo problematycznym. Nie wiadomo bowiem, jak miałby wyglądać dowód kupującego w sytuacji, gdy dana niezgodność istniała już w momencie wydania towaru, a ujawniła się dopiero po upływie 6 miesięcy od daty wydania (w szczególności przypadki niezachowania przez towar odpowiednio długiego terminu trwałości z powodu użycia przy jego produkcji materiałów nienależytej jakości). Nie wydaje się tutaj zasadne obarczanie konsumenta obowiązkiem wykazywania tego rodzaju okoliczności, jakich na tle rozważań z pkt 5 dowodzić miał on nie musieć. Bardziej właściwe wydaje się przyjęcie, że domniemanie z art. 4 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej dotyczy tylko „jawnych” postaci niezgodności, które nie mogły z przyczyn – zwłaszcza technicznych – tkwić ukryte w towarze w chwili jego wydania; jak np. uszkodzenia mechaniczne, wywołane znaczną siłą zewnętrzną, w przypadku towarów z natury łamliwych/kruchych (upadek wazy porcelanowej z dużej wysokości, zrzucenie telewizora ze schodów itp.), czy też uszkodzenia wynikające z oczywiście nieodpowiedniego obchodzenia się z towarem danego rodzaju (zabrudzenie garnituru smarem, „wykapanie” komputera w wannie itp.)^{17, 18}.

cie przez kupującego władztwa nad towarem stanowiącym przedmiot umowy sprzedaży; w konsekwencji za wydanie w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej nie mogłoby uchodzić zarówno wręczenie konsumentowi samych tylko dokumentów umożliwiających rozporządzanie towarem, jak i samych tylko środków dających nad towarem faktyczną władzę. Niejasności wiążą się jednak z towarami, których wręczenie poprzedzone jest transportem. Mianowicie w przypadku takich towarów problematyczny jest zarówno sam moment, w jakim następuje ich wydanie, tj. czy do wydania dochodzi w chwili nadania przesyłki przez sprzedawcę, czy dopiero w chwili odbioru przesyłki przez kupującego, jak i to, kto ponosi odpowiedzialność za uszkodzenia powstałe w trakcie transportu. Dyrektywa, choć nie bez wątpliwości, zdaje się pozostawiać uregulowanie tych kwestii ustawodawstwu krajowym [zob. S. Grundmann, (w:) *EU Sales Directive*, s. 147 i M. C. Bianca, (w:) *EU Sales Directive. Commentary*, red. M. C. Bianca i S. Grundmann, Antwerpia 2002, s. 157–158]. W razie uznania takiego stanowiska za słuszne, w przypadku Polski również w warunkach sprzedaży konsumenckiej, zastosowanie znalazłby zatem art. 544 § 1 k.c. („Jeżeli rzecz sprzedana ma być przesłana przez sprzedawcę do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, poczytuje się w razie wątpliwości, że wydanie zostało dokonane z chwilą, gdy w celu dostarczenia rzeczy na miejsce przeznaczenia sprzedawca powierzył ją przewoźnikowi trudniącemu się przewozem rzeczy tego rodzaju”) oraz art. 545 § 2 k.c. („W razie przesłania rzeczy sprzedanej na miejsce przeznaczenia za pośrednictwem przewoźnika, kupujący obowiązany jest zbadać przesyłkę w czasie i w sposób przyjęty przy przesyłkach tego rodzaju; jeżeli stwierdził, że w czasie przewozu nastąpił ubytek lub uszkodzenie rzeczy, obowiązany jest dokonać wszelkich czynności niezbędnych do ustalenia odpowiedzialności przewoźnika”). Zob. też J. Jezioro, (w:) *Ustawa o szczególnych warunkach*, s. 140–141.

¹⁷ Por. J. Jezioro, (w:) *Ustawa o szczególnych warunkach*, s. 143–146.

¹⁸ Co znamienne, poza koniecznością uwidocznienia się niezgodności z umową przed upływem 6 miesięcy od daty dostawy (wydania – M. K.), art. 5 ust. 3 dyrektywy dodatkowo zastrzega jeszcze, że domniemanie

9. PODSUMOWANIE

Kwestia rozkładu ciężaru dowodu w stosunkach sprzedaży konsumenckiej nie została w polskim i unijnym prawie rozstrzygnięta w sposób wyraźny. Z konstrukcji domniemań, jakie wprowadza ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2002 r. nr 141, poz. 1176 z późn. zm.) oraz dyrektywa nr 1999/44/WE (Dz.Urz. WE L 171 z 7 lipca 1999 r.), należy jednak wnioskować, że co do zasady kupujący może poprzestać na wskazaniu, jakiej właściwości towar nie posiada lub do jakiego celu towar się nie nadaje, tudzież jakim oczekiwaniom opartym na publicznych zapewnieniach towar nie odpowiada, oraz udowodnieniu tej okoliczności. Sprzedawca natomiast, by skorzystać z domniemania zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, będzie musiał wykazać wszystkie pozostałe elementy znajdujące się w tym domniemaniu. Nawet udowodnienie przez sprzedawcę przesłanek nakazujących domniemywać, że dany towar jest zgodny z umową, nie będzie jednakże wykluczać przeprowadzenia przez konsumenta przeciwdowodu, domniemanie zgodności jest bowiem domniemaniem wzruszalnym.

Za takim rozwiązaniem poza samą treścią art. 4 ust. 2 i 3 oraz art. 2 ust. 2 odpowiednio wyżej wymienionej ustawy i dyrektywy przemawiają również względy natury procesowej. W razie obarczenia konsumenta obowiązkiem wykazywania braku spełnienia przesłanek domniemania zgodności powstałoby ryzyko konieczności wpłacania przez niego zaliczek na poczet przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, jak i wykazywania inicjatywy w przedmiocie tego dowodu, co w konsekwencji mogłoby stanowić poważną przeszkodę w dochodzeniu przez konsumentów swoich praw przed sądem.

Konsument będzie jednak musiał udowodnić niezgodność towaru konsumpcyjnego z umową w przypadku: a) sytuacji występujących w Kodeksie cywilnym pod nazwą wad prawnych, b) nieprawidłowości w montażu i uruchomieniu towaru, o której mowa w art. 6 wymienionej w akapicie pierwszym ustawy, oraz c) w razie określenia w umowie sprzedaży właściwości (zdatności do celów), których nieposiadanie przez towar powodować będzie brak zgodności z umową. Wszystkie te wyjątki biorą się z tego, że w ich przypadku sprzedawca nie może skorzystać z domniemania zgodności (brak zgodności

istnienia braku zgodności z umową w momencie dostawy (wydania – M. K.) towaru nie działa, jeśli byłoby ono sprzeczne z „charakterem towarów lub charakterem braku zgodności”. Pominięcie tego rodzaju zastrzeżenia w ustawie o sprzedaży konsumenckiej – nawet wówczas, gdy uznamy je za zmierzające do zastrzeżenia odpowiedzialności sprzedawcy, na co zezwala prawodawcom krajowym art. 8 ust. 2 dyrektywy – nie wydaje się jednak jakoś znacząco poprawiać sytuacji prawnej konsumenta. Ilekroć bowiem wzięcie pod uwagę charakteru towaru (np. artykuły spożywcze ze zwyczajowo krótkim terminem przydatności do spożycia, reklamowane po upływie tego terminu) albo charakteru niezgodności (np. wielokrotnie użyta koszula postrzępiona w sposób wskazujący na pocięcie jej nożyczkami) prowadziłoby do wniosku przeciwnego niż wynikający z domniemania z art. 4 ust. 1 ustawy o sprzedaży konsumenckiej, domniemanie to należałoby uważać za obalone; tym bardziej jeszcze, gdy wnioskowi z tego domniemania przeczyłyby fakty powszechnie znane (jak ma to miejsce w podanych przykładach), te bowiem, zgodnie z art. 213 § 1 k.p.c., nie wymagają w postępowaniu przed sądem ani zgłoszenia, ani dowodu, będąc uwzględnianymi przez skład orzekający z urzędu. Por. też J. Jezioro, (w:) *Ustawa o szczególnych warunkach*, s. 144–145 i M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej*, s. 114–115. Na temat klauzuli minimalnej harmonizacji zawartej w art. 8 ust. 2 dyrektywy zob. M. Koszowski, *Zasady interpretacji aktów prawnych powstałych w wyniku implementacji dyrektywy 99/44/WE na przykładzie polskiej ustawy o sprzedaży konsumenckiej*, „Przegląd Legislacyjny” 2010, nr 3 (73), s. 26–35 oraz S. Grundmann, (w:) *EU Sales Directive*, s. 270–275.

z umową jest tu niepodważalny), a stąd zarówno on, jak i ktokolwiek inny nie może wywołać żadnego skutku prawnego poprzez dowiedzenie przesłanek tego domniemania.

Ponadto sprzedawca będzie zawsze obciążony ciężarem dowodu w zakresie posiadania przez konsumenta w chwili zawarcia umowy wiedzy o tym, że nabywany towar jest w danym względzie niezgodny z umową, jeśli w ten sposób będzie się on chciał zwolnić z odpowiedzialności.

Czym innym pozostaje natomiast obowiązek udowodnienia zachodzenia niezgodności w momencie wydania towaru konsumentowi oraz związane z nim domniemanie z art. 4 ust. 1 wymienionej w akapicie pierwszym ustawy (art. 5 ust. 3 wymienionej tam dyrektywy), w myśl którego należy domniemywać, że brak zgodności z umową istniał w chwili wydania towaru, ilekroć stwierdzenie tej niezgodności nastąpiło nie później niż w ciągu 6 miesięcy od daty jego wydania. Mianowicie – co do zasady – po upływie tego okresu, by móc skorzystać z uprawnień przewidzianych na wypadek braku zgodności towaru konsumpcyjnego z umową, konsument będzie musiał wykazać, że towar był niezgodny z umową już w chwili jego wydania; aczkolwiek, jak się wydaje, reguła ta nie dotyczy przypadków, gdy niezgodność jest tego rodzaju, że do jej „wyjścia na jaw” mogło dojść w jakiś czas po wydaniu towaru.

Summary

Maciej Koszowski

THE BURDEN OF PROOF IN THE CASE OF NON-CONFORMITY OF A CONSUMER GOOD WITH THE CONTRACT

The aim of this article is to determine who, the purchaser or the seller, has the duty to prove the conformity/non-conformity of a product with the contract of consumer sale. Polish legal doctrine claims that the *onus probandi* is put here on the former. The Author, in turn, pursues to demonstrate that the premises of the presumption of the conformity adopted by the Polish Sale Act and the relevant EU directive indicate that the burden of proof of the non-conformity lies with the seller, otherwise the presumption would be pointless and from the juridical point of view inadequate. Nonetheless, he makes allowance for three exceptions, i.e. the rights of third parties to a specific good, the lack of qualities/uselessness for purposes specified in a contract, and the incorrect installation of a good stemming from the erroneous instructions or when the installation has been performed by the seller (a person for whom the seller is responsible). However, these exceptions are very deceptive, and, in fact, they do not change the *onus probandi* to the detriment of the consumer. That is, they only exclude the right of the seller to prove the premises of the presumption of the conformity, definitely stating that, in the case at hand, the state of the non-conformity exists; being thus not in favour of the seller yet still in favour of the purchaser.

KEY WORDS: burden, proof, non-conformity, contract, consumer, sale

SŁOWA KLUCZOWE: ciężar dowodu, dowód, niezgodność, umowa, konsumencki, sprzedaż

OGRANICZENIE ZASADY POSUWANIA SIĘ HIPOTEK NAPRZÓD W POLSKIM I W ZAGRANICZNYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

1. WSTĘP

Po 18-miesięcznym *vacatio legis*, w dniu 20 lutego 2011 r., kiedy to weszła w życie ustawa z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw¹, zaczęły obowiązywać przepisy, które istotnie przeobraziły dotychczasowy model sukcesji hipotecznej.

Odpowiedzią na zgłaszane postulaty przez przedstawicieli doktryny oraz nieustannie dokonujące się zmiany w obrębie współczesnej gospodarki rynkowej było wprowadzenie do polskiego systemu prawnego rozwiązania w postaci systemu stałych miejsc hipotecznych. W uzasadnieniu projektu pojawia się stwierdzenie, że: „Projektowana instytucja nawiązuje do rozwiązań spotykanych w innych systemach. W szczególności dotyczy to szwajcarskiego systemu stałych miejsc hipotecznych oraz austriackiego prawa rozporządzania hipoteką. Jest to jednak ujęcie oryginalne, niedające się sprowadzić do żadnego z wymienionych rozwiązań, łączące zalety obydwu”². Warto w tym miejscu podjąć polemikę z powyższą tezą.

Próba prześledzenia regulacji normatywnej i funkcjonowania instytucji ograniczających posuwanie się hipotek naprzód w innych porządkach prawnych znalazła swój wyraz w rozważaniach zawartych w niniejszym artykule. Poczynione uwagi komparatystyczne realizują dwa cele. Po pierwsze, pozwalają zorientować się, w jaki sposób realizowany jest postulat ograniczenia zasady posuwania się hipotek naprzód w innych systemach prawnych. Po drugie, poszerzają horyzont badawczy i służą lepszemu zrozumieniu regulacji wprowadzonej do polskiego porządku prawnego, przez co ułatwiają ocenę przyjętych przez polskiego ustawodawcę rozwiązań.

2. REGUŁA POSUWANIA SIĘ HIPOTEK NAPRZÓD

Do 20 lutego 2011 r. obowiązywała w prawie polskim ogólna reguła „posuwania się hipotek naprzód” (*ius successionis hypothecariae*). Reguła ta oznaczała, że w przypadku obciążenia nieruchomości więcej niż jedną hipoteką, a następnie wygaśnięcia hipo-

¹ Ustawa z 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 131, poz. 1075).

² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, druk sejmowy nr 1562 z 29 grudnia 2009 r., s. 1, dostępny na www.sejm.gov.pl, s. 12.

teki, która nie ma najniższego pierwszeństwa, hipoteki i inne prawa obciążające tę nieruchomości „awansują” o jedno miejsce w hierarchii (w kolejności wykonywania i zaspokożenia)³.

Przykładowo: w razie wygaśnięcia hipoteki znajdującej się na pierwszym miejscu na miejsce to przechodzi hipoteka zapisana dotychczas na drugim miejscu (wpisana w księdze wieczystej na podstawie później złożonego wniosku), a po jej wygaśnięciu na jej miejsce hipoteka znajdująca się na trzecim miejscu⁴. Reasumując, w razie wygaśnięcia hipoteki wpisane po niej hipoteki uzyskują wyższe pierwszeństwo⁵. Należy podkreślić, że nie ma znaczenia przyczyna, z powodu której doszło do wygaśnięcia hipoteki. W efekcie dochodzi do poprawienia pozycji wierzycieli, których hipoteki miały niższe pierwszeństwo w stosunku do wygasłej hipoteki, zaznaczając, że właściciel nieruchomości nie ma prawa ustanowienia nowej hipoteki w miejsce wygasłej⁶. Może zatem ustanowić nową hipotekę tylko na ostatnim miejscu⁷. Wygaśnięcie hipoteki nie ma jednak wpływu na prawa posiadające wyższe pierwszeństwo. Należy zauważyć, że opisane przesunięcie nie następuje, kiedy istnieją prawa posiadające równe pierwszeństwo z wygasłą hipoteką, gdyż zajmują one miejsce po wygasłej hipotece. Reguła „posuwania się hipotek naprzód” nie została wyrażona *expressis verbis* w ustawie o księgach wieczystych i hipotece, ale wynika z przepisów normujących pierwszeństwo ograniczonych praw rzeczowych⁸. Jak pisze J. Pisuliński, „posuwanie się hipotek” jest konsekwencją zasady, że prawo wpisane w księdze wieczystej na podstawie wniosku złożonego wcześniej ma pierwszeństwo przed prawem wpisanym na podstawie wniosku, który został później złożony⁹.

Funkcjonowanie zasady było tłumaczone realiami panującymi w ustroju socjalistycznym. Wydaje się jednak, że w dobie gospodarki rynkowej i panujących stosunków ekonomicznych odejście od tej zasady na rzecz rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym jest pożądanym krokiem w stronę modernizacji polskiego prawa hipotecznego¹⁰.

³ Zob. T. Czech, *Wykonywanie uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym*, MoP 2010, nr 20, s. 1103; B. Swaczyna, *Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym i hipoteką właściciela* (Uwagi na tle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego), KPP 2003, nr 1, s. 212; S. Rudnicki, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 313.

⁴ S. Gołąb w publikacji *Rozporządzanie hipoteką przez właściciela*, Kraków 1918, s. 5–6, dokonuje obrazowego porównania zasady posuwania się hipotek naprzód do mechanizmu zegarowego: „jak «ptak sztucznie wyrobiony» wyśpiewuje jedną i tę samą melodię na antycznym zegarze, podobnie też funkcjonował automat hipoteczny, t. j. parły w górę dalsze hipoteki, w razie n. p. zapłaty wierzycielności, zabezpieczonej prawem zastawu wcześniejszem. Ale gdy wiadomo, że po godzinie pierwszej nastąpi druga, po drugiej trzecia i t. d., nie jest, przynajmniej z reguły, dla następnych wierzycieli hipotecznych wiadomem, czy i kiedy odpadnie prawo zastawu, wyprzedzające ich pretensje”.

⁵ J. Pisuliński, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2005, s. 656.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Zob. J. Ignatowicz, (w:) *Prawo rzeczowe*, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Warszawa 2009, s. 290.

⁸ Zob. art. 249 k.c. i art. 12 u.k.w.h.

⁹ Zob. J. Pisuliński, *Verfügung über frei gewordene Hypothekenstellen*, (w:) *Ius est ars boni et aequi. Festschrift für Stanisława Kalus*, red. M. Habdas, A. Wudarski, Frankfurt am Main 2010, s. 409.

¹⁰ Zob. B. Swaczyna, *Hipoteka umowna*, Warszawa 2007, s. 433.

3. OGRANICZENIE ZASADY POSUWANIA SIĘ HIPOTEK NAPRZÓD W INNYCH SYSTEMACH PRAWNYCH

W systemach prawnych, w których obowiązuje zasada pierwszeństwa praw wpisanych w księdze wieczystej według kolejności złożonych wniosków o wpis bądź kolejności dokonanych wpisów, przyjęte zostały rozwiązania, których celem jest zapobieganie posuwaniu się naprzód hipotek lub innych praw zastawniczych na nieruchomości. Na szczególną uwagę i krótką charakterystykę zasługują takie rozwiązania, jak:

- a) hipoteka właściciela (system niemiecki),
- b) system stałych miejsc hipotecznych (system szwajcarski),
- c) system mieszany (system austriacki)¹¹.

3.1. SYSTEM NIEMIECKI

Zasadą w prawie polskim jest wygaśnięcie ograniczonego prawa rzeczowego w razie skupienia w jednym ręku tego prawa i własności nieruchomości, którą owo ograniczone prawo rzeczowe obciąża¹², jednak w prawie niemieckim została przewidziana instytucja hipoteki właściciela (§ 1163 ust. 2 k.c.n.). Regulacja ta przewiduje, że nabycie przez właściciela obciążonej nieruchomości zabezpieczonej wierzytelności wraz z hipoteką nie powoduje wygaśnięcia hipoteki (§ 1143 ust. 1, § 1177 ust. 2 k.c.n.). Właściciel obciążonej nieruchomości może przenieść wierzytelność wraz z hipoteką na inną osobę. Z kolei wtedy, gdy wygaśnie zabezpieczona wierzytelność, na właściciela nieruchomości z mocy prawa przechodzi hipoteka (§ 1163 ust. 1 zd. 2 k.c.n.), która przekształca się w dług gruntowy właściciela (§ 1177 k.c.n.)¹³. Właściciel nieruchomości może zabezpieczyć tą hipoteką inną wierzytelność¹⁴. Nie jest to jednak jedyna sytuacja, w której hipoteka przekształca się w dług gruntowy właściciela. W razie zrzeczenia się hipoteki przez wierzyciela hipoteka nie wygasa, lecz przechodzi na właściciela, który może nią zabezpieczyć inną wierzytelność (§ 1168 k.c.n.). Zrzeczenie się hipoteki powodujące całkowite wygaśnięcie prawa rzeczowego na mocy § 875 1 zd. 1 w zw. z § 1183 ust. 1 wymaga zgody właściciela.

Jak podaje J. Pisuliński, regulacja dotycząca hipoteki właściciela straciła na znaczeniu¹⁵. Przyczyn należy upatrywać w istnieniu roszczenia o wykreślenie hipoteki (§ 1179a, 1179b k.c.n.). Zdaniem Ł. Przyborowskiego powszechną praktyką jest zobowiązywanie właściciela nieruchomości przez uprawnionych z praw zastawniczych o niższym pierwszeństwie do wykreślenia hipoteki właściciela¹⁶. Do podmiotów, którym przysługuje ustawowe roszczenie, należy zaliczyć wierzyciela hipotecznego lub uprawnionego

¹¹ Zob. J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 412–415; B. Swaczyna, *Rozporządzenie*, s. 214–215; J. Ignatowicz, J. Wasilkowski, (w:) *System prawa cywilnego, t. II, Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 1977, s. 799 i 800.

¹² Zob. art. 247 k.c. oraz S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 435–438.

¹³ Znaczenie długu gruntowego właściciela dla ograniczenia zasady posuwania się hipoteki naprzód jest takie samo jak hipoteki właściciela. Zob. w uwagach zamieszczonych w przypisach B. Swaczyna, *Rozporządzenie*, s. 214.

¹⁴ Zob. J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 412.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Zob. Ł. Przyborowski, *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie niemieckim*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2008, nr 4, s. 56.

z długu gruntowego (chodzi tutaj o uprawnionego z hipoteki o równym lub niższym pierwszeństwie). Roszczenie przysługuje przeciwko każdemu właścicielowi, na którego przeszła hipoteka, chociażby w chwili realizacji roszczenia nie był już właścicielem. Skutkiem owego roszczenia jest następująca z mocy prawa wzmianka w księdze wieczystej. Z kolei jego realizacja prowadzi do wykreślenia takiego prawa i do posunięcia się naprzód innych praw zastawniczych. Natomiast w sytuacji przejścia hipoteki na właściciela, kiedy wierzyciel hipoteczny nie jest znany, przeprowadza się odpowiednie postępowanie (§ 1170, 1171 k.c.n.).

Podsumowując powyższe, należy stwierdzić, że w sytuacji zjednoczenia się hipoteki i własności w ręku jednej osoby hipoteka przekształca się w dług gruntowy właściciela, chyba że właścicielowi przysługuje również zabezpieczona wierzytelność (§ 1177 ust. 1 zd. 2 k.c.n.)¹⁷. Właściciel nieruchomości może zabezpieczyć taką hipoteką inną wierzytelność. Ma on także wszelkie prawa wierzyciela hipotecznego, z wyjątkiem przeprowadzenia egzekucji z nieruchomości. Zachowuje hipotekę w razie zbycia nieruchomości, którą obciąża, może również uczestniczyć w podziale sumy uzyskanej z egzekucji, skierowanej do nieruchomości na wniosek innej osoby (wyjątek od tej reguły występuje w prawie szwajcarskim)¹⁸.

W tym miejscu należy wspomnieć, że hipoteka właściciela występuje również w prawie austriackim (zob. niżej), a w prawie polskim przewidywał ją dekret o prawie rzeczowym z 1946 r. Artykuł 229 § 1 rzeczonego dekretu stanowił, że w razie przejścia wierzytelności hipotecznej na właściciela nieruchomości obciążonej, niebędącego dłużnikiem osobistym, nabywał on hipotekę. Przepis ten na mocy § 2 art. 229 dekretu miał zastosowanie również w sytuacji przejścia własności nieruchomości obciążonej na wierzyciela hipotecznego. W porównaniu z regulacją zawartą w prawie niemieckim należy zauważyć, że hipoteka właściciela nie powstawała w przypadku, gdy nie istniała zabezpieczona wierzytelność. Właściciel nieruchomości mógł rozporządzić wierzytelnością hipoteczną i przenieść ją wraz z hipoteką na inną osobę. Nie mógł jednak zabezpieczyć hipoteką wierzytelności przysługującej innej osobie (jest to dopuszczalne w prawie niemieckim), gdyż wiązałoby się to z naruszeniem zasady akcesoryjności hipoteki. Unormowania dotyczące hipoteki właściciela nie znalazły się w obecnie obowiązującej ustawie o księgach wieczystych i hipotece z 1982 r.

3.2. SYSTEM SZWAJCARSKI

System szwajcarski cechuje tzw. zasada stałych miejsc hipotecznych (*Prinzip der festen Pfandstelle*)¹⁹. Problematyka ta została uregulowana w art. 813–815 k.c. szwajc.²⁰ Należy zauważyć, że prawa zastawnicze w prawie szwajcarskim mogą powstać na mocy ustawy bądź czynności prawnej, wyrażającej wolę właściciela nieruchomości²¹. W przypadku

¹⁷ Zob. B. Swaczyna, *Rozporządzenie*, s. 214.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Zob. B. Swaczyna, *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie szwajcarskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 4, s. 80 i 81; J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 413.

²⁰ Zob. rozważania na temat idei, jaka przyświeca tej regulacji, w: P. Simonius, T. Sutter, *Schweizerisches Immobilienrecht*, Bd II. *Die Beschränkten dinglichen Rechte*, Basel und Frankfurt am Main 1990, s. 176–177.

²¹ Zob. interesujące uwagi dotyczące tego aspektu: P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmidt, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1995, s. 993–994 oraz E. Weber, *Das system der festen Pfandstelle*, Bern 1929, s. 9–15.

ustawowych praw zastawniczych to ustawa określa ich pierwszeństwo. Z kolei relacje między prawami ustanowionymi w drodze czynności prawnej, w kontekście pierwszeństwa konkurujących ze sobą praw zastawniczych na nieruchomości, podlegają szczególnym regułom. W razie wygaśnięcia prawa zastawniczego prawa posiadające niższe pierwszeństwo nie posuwają się naprzód i powstaje wolne miejsce (art. 814 ust. 1 k.c. szwajc.). Trzeba także dodać, że prawo zastawnicze już w chwili powstawania może uzyskać inne pierwszeństwo, niż wynika to z zasady *prior tempore potior iure*.

Hipoteka jest ustanawiana przez właściciela nieruchomości na określonym w chwili wpisu w księdze wieczystej miejscu, co oznacza, że może od razu zostać ustanowiona na drugim lub jeszcze dalszym miejscu. Warunkiem jest jednak określenie przy wpisie sumy przypadającej na przyszłe prawa zastawnicze o wyższym pierwszeństwie (art. 813 ust. 2 k.c. szwajc.). Hipoteka taka uzyskuje określone pierwszeństwo, co jest odstępstwem od zasady, że o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych decyduje data ich wpisu w księdze wieczystej. Ponadto dopuszczalne jest ustanowienie prawa zastawniczego na pustym miejscu hipotecznym z wyższym pierwszeństwem od praw powstałych wcześniej (art. 814 ust. 2 k.c. szwajc.). Natomiast w efekcie wygaśnięcia hipoteki powstaje wolne miejsce *offene Stelle*, którym właściciel nieruchomości może rozporządzać²². Właściciel nieruchomości może również zastrzec puste miejsce hipoteczne na określonej kwotę przy ustanawianiu hipoteki na dalszym miejscu (art. 813 ust. 2 k.c. szwajc.).

Określenie miejsca hipotecznego może nastąpić na dwa sposoby²³. Po pierwsze, właściciel nieruchomości określa miejsce hipoteczne jednostronnym oświadczeniem woli, kiedy ustanawia hipotekę. Po drugie, mogą określić je strony w umowie ustanawiającej hipotekę. Określenie miejsca hipotecznego nie jest jednak warunkiem ważności samej umowy ani też powstania hipoteki. Zgodnie z art. 817 ust. 2 k.c. szwajc. dopuszczalne jest ustanowienie na tym samym miejscu dwóch hipotek z równym pierwszeństwem. Dopuszczalna jest także zmiana miejsca hipotecznego w drodze umowy, której stronami są wierzyciele hipoteczni. Wymagana jest jednak zgoda właściciela nieruchomości.

Należy zauważyć, że zasada stałego miejsca hipotecznego nie ma charakteru absolutnego²⁴. Wyjątek od niej przewiduje art. 815 k.c. szwajc. Podczas egzekucji z nieruchomości suma jest tak dzielona, jakby nie było pustego miejsca, czyli bez uwzględnienia pustych miejsc hipotecznych. Kolejny wyjątek może wynikać z umowy między właścicielem a osobą, której przysługuje ciężące na danej nieruchomości prawo zastawnicze o niższym pierwszeństwie niż inne prawo tego rodzaju. Strony mogą ustalić, że w razie wygaśnięcia prawa o wyższym pierwszeństwie nie powstanie wolne miejsce hipoteczne, a prawo o niższym pierwszeństwie przesunie się na jego miejsce. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 814 ust. 3 k.c. szwajc., aby umowa taka była skuteczna wobec kolejnych właścicieli, musi być ujawniona w księdze wieczystej²⁵. Jak pisze B. Swaczy-

²² Zob. P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmidt, *Das Schweizerische*, s. 996.

²³ Zob. J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 413.

²⁴ Zob. B. Swaczyna, *Ograniczone*, s. 81; zob. również P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmidt, *Das Schweizerische*, s. 996–998; B. Trauffer, (w:) H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser, *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II*, Basel 2007, 1639–1642.

²⁵ Zob. P. Simonius, T. Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, s. 177–178; kwestię tę porusza również R. Pfäffli, *Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht*, recht 1994, z. 6, s. 271–272.

na, umowy takie występują bardzo często w praktyce, co powoduje, że stałe miejsca hipoteczne są rzadkością²⁶.

3.3. SYSTEM AUSTRIACKI

Rozwiązania przyjęte w prawie austriackim można określić jako system mieszany²⁷. Teza ta wymaga krótkiego objaśnienia. W sytuacji wygaśnięcia hipoteki prawo austriackie przewiduje wyjątki od zasady posuwania się hipotek naprzód, umożliwiając właścicielowi nieruchomości rozporządzanie zwolnionym miejscem, istnieją również sytuacje, w których powstaje hipoteka właściciela.

W przypadku kiedy zabezpieczona wierzycielnością przejdzie wraz z hipoteką na właściciela nieruchomości, a dłużnikiem zabezpieczonej hipoteką wierzycielności jest osoba trzecia, powstaje hipoteka właściciela, czyli tzw. *forderungsbekleidete Hypothek* lub *Eigentümerhypothek*²⁸. Właściciel nieruchomości, będący jednocześnie wierzycielem hipotecznym, może zbyć wierzycielność wraz z hipoteką na rzecz innej osoby. Natomiast zgodnie z regulacją § 470 ust. 2 k.c.a. hipoteka na własnej rzeczy nie pozostaje dla właściciela bez znaczenia, gdyż w razie wszczęcia egzekucji z nieruchomości obciążonej tą hipoteką uczestniczy w podziale sumy uzyskanej z egzekucji.

Obok hipoteki właściciela w systemie austriackim występuje instytucja rozporządzania zwolnionym miejscem, która zasługuje na krótką charakterystykę. Zdaniem R. Cierpiał celem przyjętej regulacji jest ekonomiczny interes właściciela nieruchomości. Jej zdaniem, z którym należy się zgodzić, hipoteki ustanowione na dalszych miejscach i zabezpieczające wyżej oprocentowane kredyty nie powinny bezwarunkowo przesunąć się na lepsze pozycje, służące zabezpieczeniu tańszych kredytów²⁹.

Hipoteka istnieje formalnie do chwili wykreślenia jej z księgi wieczystej. W momencie wygaśnięcia zabezpieczonej wierzycielności, jak również nabycia przez właściciela nieruchomości hipoteki i wygaśnięcia zabezpieczonej nią wierzycielności (w sytuacji kiedy właściciel nieruchomości był jednocześnie dłużnikiem osobistym) lub zrzeczenia się hipoteki przez wierzyciela właścicielowi nieruchomości służy prawo ustanowienia nowej hipoteki na zwolnionym miejscu do wysokości i z pierwszeństwem wygasłej hipoteki. Powstaje na rzecz właściciela określane w literaturze *die Verfügungsrecht über einen Pfandrang*, czyli możliwość rozporządzania miejscem hipotecznym. Możliwość ta utrzymuje się do momentu wykreślenia wygasłej hipoteki z rejestru (§ 469 k.c.a.)³⁰. Należy także zauważyć, że pozostawienie w rejestrze niewykreślonej hipoteki niesie za sobą niebezpieczeństwo nabycia w dobrej wierze przez osobę trzecią zaspokojonego już roszczenia³¹. W takiej sytuacji niewykreślona hipoteka zgodnie z zasadą wiary publicznej ksiąg wieczystych odżywa także w przypadku wygaśnięcia zabezpieczonej hipoteką wierzycielności. § 469a k.c.a. stanowi, że jeżeli nieruchomość jest obciążona in-

²⁶ Zob. B. Swaczyna, *Ograniczone*, s. 81.

²⁷ Zob. J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 414.

²⁸ Zob. J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 414, K. Hofmann, (w:) P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 2000, Bd. 1, s. 732.

²⁹ Zob. R. Cierpiał, *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie austriackim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 4, s. 12.

³⁰ Zob. K. Hofmann, (w:) *Kommentar*, s. 726–727.

³¹ Zob. R. Cierpiał, *Ograniczone*, s. 12.

nymi ograniczonymi prawami rzeczowymi, którym przysługuje niższe pierwszeństwo niż hipotecę, właściciel nieruchomości może rozporządzać *über einen Pfandrang* tylko wtedy, gdy takie uprawnienie zostało zastrzeżone w umowie z osobami uprawnionymi z tych praw i następnie wpisane w księdze wieczystej (*Rangvorbehalt*)³². W przypadku zbycia nieruchomości prawo rozporządzania przysługuje nabywcy, natomiast w przypadku ogłoszenia upadłości właściciela nieruchomości – syndykowi. W odniesieniu do hipoteki łącznej prawo rozporządzania przysługuje wspólnie wszystkim właścicielom nieruchomości obciążonych hipoteką³³. Właściciel nieruchomości może zabezpieczyć hipoteką nową wierzytelność, której wysokość nie może przewyższać wysokości wygasłej wierzytelności. § 470 ust. 1 k.c.a. stanowi, że *das forderungsbekleidete Eigentümerhypothek* nie jest uwzględniana przy podziale sumy uzyskanej z egzekucji z nieruchomości. § 58 ust. 1 u.k.w.a. stanowi z kolei, że przy wykreśleniu hipoteki z księgi wieczystej właściciel może zastrzec dla siebie możliwość ustanowienia nowej hipoteki do wysokości i z pierwszeństwem, jakie posiadała wykreślona hipoteka. Zyskuje on uprawnienie do rozporządzania w okresie 3 lat od wykreślenia hipoteki³⁴. Właściciel nieruchomości może również wnioskować o warunkowy wpis nowej hipoteki, jeżeli istniejąca zostanie w ciągu najbliższych 12 miesięcy wykreślona z księgi wieczystej (§ 59 u.k.w.a.)³⁵.

4. UPRAWNIENIE DO ROZPORZĄDZANIA OPRÓŻNIONYM MIEJSCEM HIPOTECZNYM W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM

Zgodnie z art. 101¹ ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotecę (dalej: u.k.w.h.), w wypadku wygaśnięcia hipoteki właścicielowi nieruchomości przysługuje w granicach wygasłej hipoteki prawo do rozporządzania opróżnionym w ten sposób miejscem hipotecznym. W przeciwieństwie do poprzednio obowiązujących przepisów, zgodnie z którymi wygaśnięcie hipoteki o wyższym pierwszeństwie powodowało automatyczne przesunięcie się hipotek mających pierwszeństwo niższe – nowe przepisy stwarzają możliwość zahamowania tego procesu. Podobny cel miała realizować konstrukcja hipoteki właściciela, którą przewidywał projekt rządowy. Jednak w trakcie prac parlamentarnych przepisy regulujące hipotekę właściciela nie zostały przyjęte.

Ograniczenie zasady posuwania się hipotek naprzód dzięki uprawnieniu do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym może nastąpić w taki sposób, że właściciel po wygaśnięciu hipoteki ustanowi na zajmowanym przez nią miejscu nową hipotekę, przeniesie inną bądź zachowa uprawnienie do dokonania takich czynności, wpisując je w księdze wieczystej. Pod pojęciem „miejsca hipotecznego” należy rozumieć miejsce w kolejności pierwszeństwa ustanowionych praw. Ł. Grzechnik porównuje obrazowo rozporządzenie miejscem hipotecznym do miejsca zwolnionego w garażu³⁶. Na wolnym miejscu może zaparkować inny pojazd (bądź więcej pojazdów, jeżeli tylko zmieszczą się

³² Zob. J. Pisuliński, *Verfügung*, s. 414.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Zob. K. Hofmann, (w:) *Kommentar*, s. 730–731.

³⁵ *Ibidem*, s. 731–732.

³⁶ Zob. Ł. Grzechnik, *Hipoteka w obrocie gospodarczym. Komentarz do nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotecę*, Warszawa 2011, s. 29.

na zwolnionym miejscu), przy czym nie można przekroczyć linii określających stanowisko postojowe, gdyż doprowadziłoby to do uszkodzenia innych pojazdów.

Właściciel może również na zwolnionym miejscu ustanowić nową hipotekę i przenieść istniejącą już hipotekę, zaznaczając, że warunkiem jest to, by nie przekroczyć sumy wygasłej hipoteki. Podkreślić należy, że obie hipoteki będą miały to samo pierwszeństwo. Mamy zatem do czynienia z wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 12 ust. 1 u.k.w.h., że o pierwszeństwie praw wpisanych w księdze wieczystej decyduje chwila, od której liczy się skutki wpisu.

Zgodnie z ust. 2 art. 101¹ u.k.w.h., jeżeli hipoteka wygasła tylko częściowo, właściciel może rozporządzać opróżnionym miejscem hipotecznym w tej części.

Należy jednak podkreślić, że w sytuacji, kiedy właściciel nie dokona wyżej wymienionych czynności wraz z wykreśleniem wygasłej hipoteki, wszystkie pozostałe przesuną się o jedno miejsce do przodu, zgodnie z wcześniej obowiązującą zasadą. W tym miejscu można zauważyć, że np. w prawie szwajcarskim, w którym obowiązuje „bezwzględna” zasada stałych miejsc hipotecznych, wykreślenie hipoteki pociąga za sobą powstanie wolnego miejsca hipotecznego, które może być zawsze wykorzystane w terminie późniejszym, a zatem miejsca pozostałych hipotek nigdy nie ulegają zmianie z mocy prawa.

Uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, wpisane do księgi wieczystej jednocześnie z wykreśleniem wygasłej hipoteki, nie podlega ograniczeniu w czasie, natomiast wygasa w razie sprzedaży nieruchomości w toku postępowania egzekucyjnego lub upadłościowego. Podobnie sytuacja przedstawia się w prawie szwajcarskim, w którym w razie wykreślenia hipoteki właściciel może ustanowić hipotekę na wolnym miejscu w dowolnym czasie. Natomiast odmiennie jest w prawie austriackim, gdyż właściciel może ustanowić hipotekę na opróżnionym miejscu tylko w ciągu trzech lat od wykreślenia hipoteki.

Istotny z punktu widzenia właściciela nieruchomości jest art. 101⁸ u.k.w.h., który ma na celu zapobiegnięcie faktycznemu wyłączeniu uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. Właściciel nieruchomości nie może zobowiązać się do nierozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, odmiennie niż np. w prawie szwajcarskim, w którym dopuszczalne jest takie zobowiązanie. Również regulacja w projekcie prawa rzeczowego z 1939 r. dopuszczała zobowiązanie się do nierozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, co w praktyce czyniłoby to uprawnienie iluzorycznym. W tym kontekście należy jednak zwrócić uwagę na regulację zawartą w art. 101⁹ u.k.w.h. Przepis dopuszcza ujawnienie w księdze wieczystej roszczenia o przeniesienie hipoteki na opróżnione miejsce hipoteczne. W efekcie niejednokrotnie właściciel może być zobligowany do przeniesienia określonej hipoteki na określone miejsce hipoteczne po jego opróżnieniu. W takiej sytuacji swoboda właściciela nieruchomości zostaje ograniczona, gdyż nie może on już swobodnie rozporządzić takim wolnym miejscem, a wywiązując się z wcześniejszego zobowiązania, musi na nie przenieść określoną hipotekę.

W odróżnieniu od szwajcarskich, stałych miejsc hipotecznych, jeżeli nieruchomość nie była wcześniej obciążona hipoteką, nie jest dopuszczalne ustanowienie hipoteki od razu na dalszym miejscu. Ponadto w przeciwieństwie do prawa szwajcarskiego wykreślenie wygasłej hipoteki bez równoczesnego wpisania uprawnienia do rozporządza-

nia opróżnionym miejscem hipotecznym skutkuje posunięciem się hipotek o niższym pierwszeństwie. Z kolei podobieństwo polega na tym, że w obydwu systemach prawnych właściciel ustanawia na miejscu wygasłej hipoteki nową hipotekę, nie rozporządza natomiast samą hipoteką³⁷.

Należy wskazać, że w prawie austriackim hipoteka do czasu jej wykreślenia z księgi wieczystej formalnie istnieje pomimo wygaśnięcia zabezpieczonej wierzytelności. Dlatego też właściciel nieruchomości może ją przenieść na inną osobę w celu zabezpieczenia nowej wierzytelności. W polskim prawie natomiast właściciel nieruchomości ustanawia w miejsce wygasłej hipoteki nową hipotekę lub przenosi na to miejsce inną hipotekę.

Warto również wspomnieć, że w prawie austriackim właściciel nieruchomości nie może w zasadzie rozporządzać hipoteką, przenieść jej w celu zabezpieczenia innej wierzytelności, jeżeli nieruchomość jest obciążona innym prawem o niższym pierwszeństwie powstałym w drodze czynności prawnej. Natomiast nie stanowi to przeszkody do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym przez właściciela zgodnie z polskimi przepisami.

Zauważalne są nie tylko różnice, ale i podobieństwa między polskim i austriackim systemem prawnym. Podobieństwo uwidacznia się w sytuacji, kiedy to doszło do wykreślenia hipoteki, a w księdze wieczystej wpisane zostało uprawnienie właściciela do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. Właściciel może wtedy na miejsce wygasłej hipoteki ustanowić nową hipotekę, z tym że w prawie austriackim właściciel może to uczynić jedynie w terminie trzech lat od wykreślenia poprzedniej hipoteki.

4.1. KWESTIE INTERTEMPORALNE

Zagadnienia prawa międzyczasowego uregulowane w art. 10–13 ustawy nowelizującej dotyczą hipotek i zastawów powstałych przed dniem wejścia w życie tej ustawy³⁸ (należy mieć na uwadze, że w tym kontekście rozstrzygająca jest data powstania hipoteki, a dokładniej chwila złożenia wniosku o wpis do księgi wieczystej³⁹). Płyne stąd wniosek, że również instytucja rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym ma zastosowanie wyłącznie do hipotek powstałych po dniu 19 lutego 2011 r.⁴⁰ Oznacza to, że w razie wygaśnięcia hipoteki zwykłej nie ma możliwości rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, a miejsce wygasłej hipoteki zajmuje hipoteka wcześniej będąca bezpośrednio po niej. Działa zasada posuwania się hipotek naprzód, toteż nie można na pustym miejscu ustanowić nowej hipoteki ani przenieść na nie już istniejącej hipoteki⁴¹. Instytucji rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym nie przewidywały wcześniejsze przepisy dotyczące hipoteki zwykłej czy kaucyjnej. Zastosowanie

³⁷ Odmienne jest w prawie austriackim, w którym właściciel rozporządza hipoteką właściciela, przenosząc ją na wierzyciela.

³⁸ Art. 10 ust. 2 ustawy nowelizującej stanowi, że do hipotek zwykłych powstałych przed dniem 20 lutego 2011 r. stosuje się przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece w brzmieniu dotychczasowym, z wyjątkiem znowelizowanej regulacji dotyczącej losów tej hipoteki w razie podziału nieruchomości i szczególnego przypadku dotyczącego ustanowienia odrębnej własności lokalu lub wydzielenia nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny (art. 76 ust. 1 i 4).

³⁹ Zob. uchwałę SN z 16 grudnia 2009 r., III CZP 80/09, OSN 2010, nr 6, poz. 84.

⁴⁰ Zob. A. Stangret-Smoczyńska, *Granice uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 64.

⁴¹ Zob. K. Maj, *Rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym (część I)*, „Rejent” 2011, nr 5, s. 78.

tej instytucji może mieć miejsce tylko, wtedy gdy nieruchomości jest obciążona hipoteką powstałą po dniu 19 lutego 2011 r.⁴²

Prowadzi to do konstatacji, że zasada posuwania się hipotek naprzód nie została całkowicie wyeliminowana z polskiego prawa hipotecznego, a jedynie ograniczona. Dochodzi ona do głosu nie tylko w przypadku, kiedy właściciel nie wpisał uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym równocześnie z wykreśleniem wygasłej hipoteki, ale również w powyżej opisanych sytuacjach.

5. PODSUMOWANIE

Dokonana w niniejszym artykule analiza przepisów dotyczących rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym wskazuje, że należy bezspornie wywieść, iż jest to instytucja oryginalna i niedająca się sprowadzić do żadnej z przedstawionych konstrukcji, występujących w obcych systemach prawnych.

Można zaobserwować także dążenie polskiego ustawodawcy do wyeksponowania zalet oraz eliminacji wad istniejących w obcych porządkach prawnych. Natomiast celem wprowadzenia instytucji jest zabezpieczenie słuszych interesów właściciela nieruchomości z poszanowaniem uprawnień osób, którym przysługują prawa z niższym pierwszeństwem, poprzez zahamowanie automatycznego przesunięcia się hipotek mających pierwszeństwo niższe.

Analiza regulacji normatywnych w innych porządkach prawnych oraz panujących stosunków ekonomicznych w Polsce prowadzi do wniosku, że w dobie gospodarki rynkowej odejście od zasady „posuwania się hipotek naprzód” jest istotnym krokiem w kierunku modernizacji polskiego prawa hipotecznego. Regulację instytucji należy uznać za spójną i klarowną, jednak nie sposób nie dostrzec, że na gruncie znowelizowanych przepisów powstaje wiele wątpliwości, które zapewne zostaną wyjaśnione przez doktrynę i orzecznictwo.

⁴² Ciekawe rozważania na temat osiągnięcia skutku, jaki daje zastosowanie rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym w odniesieniu do hipotek powstałych przed dniem 20 lutego 2011 r., prezentuje K. Maj, *Rozporządzenie*, s. 78.

Summary

Aneta Makowiec

LIMITATION OF THE ADVANCEMENT OF THE MORTGAGE IN POLISH AND FOREIGN LEGAL SYSTEM

The previous provision of Polish law applicable in terms of mortgage successions seemed anachronic for many reasons. The answer to the demands reported by the representatives of the doctrine and the constant changes within the market economy was the introduction of a legal solution in the form of permanent mortgage entries system through amendments to the Act on Land and Mortgage Registers and Mortgage which

came into force on 20th February 2011 after an 18 months *vacatio legis*. The fact that the institution of disposing of the emptied mortgage entry is completely new and that it has never been used practically in Polish law, affected the necessity to research, as well as to refer to Polish and foreign materials. The comparative analysis presented in the article concerns disposing of an emptied mortgage entry and institutions of the right to restrict the process of advancing mortgages which can be found in Austrian, German and Swiss legal systems.

KEY WORDS: mortgage, „advancement mortgage forward”, amendment, disposing of an emptied mortgage entry

POJĘCIA KLUCZOWE: hipoteka, „posuwanie się hipotek naprzód”, nowelizacja, rozporządzanie opróżnionym miejscem hipotecznym

Polemika

Andrzej Koziolkiewicz

UWAGI KRYTYCZNE DO ARTYKUŁU ARNOLDA PANDERA PT. WYLICZENIE WARTOŚCI WIERZYTELNOŚCI Z TYTUŁU POKRYCIA WKŁADU JEDNEGO Z MAŁŻONKÓW W SPÓŁCE CYWILNEJ ZE ŚRODKÓW NALEŻĄCYCH DO MAJĄTKU WSPÓLNEGO

I. Autor artykułu *Wyliczenie wartości wierzytelności z tytułu pokrycia wkładu jednego z małżonków w spółce cywilnej ze środków należących do majątku wspólnego* („Palestra” 2012, nr 11–12, s. 124–127), Pan SSR Arnold Pander, zaprezentował słuszne stanowisko, że jeśli wkład wniesiony przez jednego z małżonków do spółki cywilnej pochodzi z majątku wspólnego małżonków, to do majątku wspólnego należy tylko wierzytelność z tytułu nakładu, którym pokryto ten wkład. Trafnie też wskazał, że do składników majątku wspólnego, które małżonek-wspólnik wniósł jako wkład do spółki cywilnej, znajdują od tej chwili zastosowanie wyłącznie przepisy o spółce, bez względu na to, czy przedmiot wkładu przynależał do majątku osobistego małżonka wspólnika, czy też do majątku wspólnego małżonków¹.

Jednocześnie w konkluzjach artykułu, w których przedstawia Autor propozycje sposobu wyliczenia wartości wierzytelności z tytułu pokrycia przez jednego z małżonków wkładu w spółce cywilnej ze środków należących do majątku wspólnego, rozliczanej w sądowej sprawie o podział majątku wspólnego, przedstawił Autor artykułu dwie propozycje prawne, które wzbudzają istotne kontrowersje.

Po w pełni prawidłowej konstatacji, że „zwrot nakładu z majątku dorobkowego (wspólnego) na majątek osobisty (odrębny) obliczany jest według stanu z dnia ustania wspólności małżeńskiej, a wartości z dnia orzekania przez sąd (art. 1035 i n. k.c. w związku z art. 46 k.r.o.)”, zaprezentował dalej Autor dwa poglądy prawne, które są moim zdaniem sprzeczne z przywołanym wcześniej stanowiskiem Autora, a to:

¹ Podobne stanowisko zajmuje też Autor w opracowaniu: A. Pander, *W spółce cywilnej nie wszystko do podziału przy rozwodzie*, opublikowanym w: Serwisy Wolters Kluwer Polska, <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/wspolce-cywilnej-nie-wszystko-do-podzialu-przy-rozwodzie>

1. „Jeżeli przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania jest suma pieniężna, spełnienie świadczenia następuje przez zapłatę sumy nominalnej (art. 358¹ k.c.)”.

2. „W razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania sąd może, po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub w umowie”².

Z poglądami prawnymi (propozycjami) zaprezentowanymi przez Autora artykułu co do tego, by w sądowym podziale majątku wspólnego rozliczeniu z tytułu zwrotu nakładów pieniężnych dokonanych przez jednego z małżonków z majątku wspólnego na pokrycie przez tego małżonka wkładu w spółce cywilnej następować miało przy przyjęciu wartości nominalnej tego wkładu pieniężnego, przy ewentualnym stosowaniu sądowej waloryzacji zobowiązań pieniężnych, zgodzić się nie sposób.

II. Propozycja wyliczenia wartości wierzytelności – sumy pieniężnej z majątku dobrokowego wniesionej przez współmałżonka na pokrycie wkładu w spółce cywilnej wedle jej wartości nominalnej.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące problematyki rozliczania małżonków z tytułu zwrotu nakładu poniesionego z majątku wspólnego na pokrycie wkładu w spółce cywilnej jest już w miarę obszerne i utrwalone.

W uchwale z 15 września 2004 r., III CZP 46/04 (OSNC 2005, nr 9, poz. 152), wyjaśnił Sąd Najwyższy, że wierzytelność z tytułu pokrycia wkładu jednego z małżonków w spółce cywilnej ze środków należących do majątku wspólnego małżonków podlega rozliczeniu na podstawie art. 45 k.r.o., lecz stosowanego w drodze analogii. W uzasadnieniu wskazał Sąd Najwyższy, że małżonek może żądać zwrotu połowy wartości środków, które zostały wniesione tytułem pokrycia wkładu z majątku wspólnego, dodając, iż jest to korzystniejsze dla ochrony interesu małżonka osoby, która wniosła wkład z majątku wspólnego, niż przyznanie mu prawa do udziału w spółce cywilnej w rozumieniu art. 875 k.c.

Do stanowiska zajętego w tejże uchwale odwołał się następnie Sąd Najwyższy w uchwale z 13 marca 2008 r., III CZP 9/08, opubl. OSNC 2009, nr 4, poz. 54, s. 38, wskazując w tezie 1: „Jeżeli wkład jednego z małżonków do spółki cywilnej przekształconej w spółkę jawną pochodzi z majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską, do majątku tego należy wierzytelność z tytułu nakładu, którym pokryto wkład. Wysokość tej wierzytelności ustala się według reguł obowiązujących przy obliczaniu wartości udziału kapitałowego w przypadku wystąpienia wspólnika ze spółki jawnej (art. 65 k.s.h.)”. Wprawdzie uchwała powyższa dotyczyła rozliczenia zwrotu nakładu w sytuacji, gdy nakład wniesiony do majątku wspólników spółki cywilnej wszedł następnie, na skutek przekształceń (art. 551 § 2 k.s.h.), do majątku spółki jawnej, lecz nie zmienia to istoty tego poglądu prawnego. Przywołał tamże Sąd Najwyższy również zasady ustalone już uprzednio w uchwale Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1980 r., III CZP 46/80, OSNC 1981, nr 11, poz. 206³, dodając, że ograniczenie rozliczeń z tytułu wkładu wniesionego

² Numerację obu poglądów prawnych Autora zastosowałem dla przejrzystości polemiki.

³ Uchwała ta zapoczątkowała utrwaloną i powszechnie aprobowaną praktykę sądową, zgodnie z którą w sytuacji gdy małżonkowie w czasie trwania wspólności ustawowej wspólnie zbudowali dom na gruncie

przez uczestnika z majątku wspólnego do spółki cywilnej jedynie do jego nominalnej kwoty spowodowałoby oderwanie wartości poczynionego wydatku od realiów istniejących w momencie dokonywania rozliczeń. Wskazał Sąd Najwyższy prawidłowość mechanizmu dokonanej przez sądy obu instancji tzw. „waloryzacji” kwoty wkładu, na skutek której uwzględniony został przyrost wartości majątku spółki będący skutkiem gospodarczego wykorzystania wniesionego wkładu, niepołączonego z odwrotnym przepływem dochodu do majątku wspólnego.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z 16 kwietnia 2008 r., V CSK 548/07, opubl. Legalis, podając w uzasadnieniu, że „wartość środków wniesionych do spółki nie może być (...) interpretowana wąsko jako kwota zawsze identyczna z wielkością wkładu wspólnika z chwili jego wnoszenia. W piśmiennictwie i orzecznictwie konsekwentnie przyjmowane jest stanowisko, że wartość wydatków i nakładów poczynionych z majątku wspólnego na majątek odrębny ulega uaktualnieniu według realiów istniejących w chwili podziału majątku wspólnego (art. 316 § 1 k.p.c.). Dla zachowania jednolitości przeprowadzanych rozliczeń przyjmować bowiem należy stan (a zatem rodzaj i charakter) wydatków i nakładów z chwili ich dokonania, lecz ich wartość z chwili orzekania.

Ostatecznie w postanowieniu z 17 czerwca 2010 r., III CSK 274/09, opubl. OSNC 2011, nr A, poz. 9, s. 53, wskazał Sąd Najwyższy także sposób, w jaki należy rozliczać taki nakład, wyjaśniając, że: „Rozliczenie w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładu dokonanego z majątku wspólnego na wkład jednego z małżonków do spółki cywilnej następuje przy ustaleniu jego wartości na podstawie określenia fikcyjnego udziału, jaki przysługiwałby małżonkowi-wspólnikowi spółki, gdyby z niej wystąpił w chwili ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, oraz jego wartości z chwili orzekania”.

Proponowane przez Autora artykułu stosowanie zasady nominalizmu pieniężnego określonej w art. 358¹ k.c. w rozliczaniu w sądowym postępowaniu działowym zwrotu nakładów poczynionych z majątku wspólnego na majątek osobisty (odrębny) małżonka jest sprzeczne z ukształtowaną w orzecznictwie sądowym, i to zarówno w sprawach tzw. działowych, jak i odpowiednio w postępowaniach o podział majątku wspólnego, zasadą orzekania przy braniu pod uwagę stanu majątku wspólnego z chwili ustania wspólności ustawowej, jego wartości zaś z chwili orzekania, określonej wedle wartości rynkowej z tejże właśnie chwili. Za stosowaniem zasady ustalania wartości rynkowej z chwili orzekania przemawia zwłaszcza cały prawny system spłat i dopłat, który ma na celu doprowadzenie do takiego podziału majątku wspólnego, przy którym każdy z uprawnionych małżonków otrzymać winien, bądź to w naturze, bądź w pieniądzu,

wchodzącym w skład majątku odrębnego jednego z nich, wartość nakładów określa się w ten sposób, że najpierw ustala się ułamkowy udział nakładów małżonków w wartości domu według cen rynkowych z czasu jego budowy, a następnie oblicza się ten sam ułamkowy udział w wartości domu według cen rynkowych z chwili podziału majątku. Taki sposób rozliczenia Sąd Najwyższy uznał za zgodny z zasadami współżycia społecznego, ponieważ uwzględniła różnicę wartości, jaka występuje pomiędzy wydatkami na budowę domu a jego wartością w stanie gotowym (z reguły większą), której współmałżonek byłby niesłusznie pozbawiony. Autor polemiki wskazuje tylko, że jego zdaniem ułamkowy udział małżonków w wartości domu winien być ustalany nie wedle cen rynkowych z czasu jego budowy, lecz według stanu na dzień ustania wspólności, a cen z dnia orzekania. Tylko takie rozliczenie pozwala na ustalenie prawidłowo proporcji rozliczeniowych.

pełny ekwiwalent należnego mu udziału w wartości całego majątku objętego podziałem, po uwzględnieniu pasywów majątku oraz zwrotów wydatków i nakładów określonych w art. 45 k.r.o., w tym również wydatków, do których art. 45 k.r.o. stosuje się poprzez analogię, a wartość wchodzących w skład tego majątku składników powinna być ustalana według cen dopuszczalnych i osiągalnych w obrocie, a zatem cen rynkowych. Poglądu tego nie zmienia to, że udział w spółce cywilnej nie jest zbywalny, art. 863 § 1 k.c. stanowi bowiem, iż wspólnik nie może rozporządzać udziałem we wspólnym majątku wspólników ani udziałem w poszczególnych składnikach tego majątku⁴. Dodatkową trudność sprawia i to, że udział wspólnika w majątku wspólnym spółki, a poprawniej jurydycznie – w majątku wspólnym wspólników⁵, nie stanowi żadnej określonej części wspólnego majątku, w tym nie jest on oznaczony ułamkiem w stosunku do całości tego majątku ani też w żaden inny sposób, i to bez względu na wartość wniesionego wkładu (art. 861 § 2 k.c.). Samo oznaczenie udziału i jego wartości następuje dopiero na skutek rozwiązania spółki i przekształcenia w ten sposób wspólności na wspólność w częściach ułamkowych. Artykuł 875 § 3 k.c. wprowadza zasadę podziału nadwyżki wspólnego majątku między wspólników w takim stosunku, w jakim uczestniczyli w zyskach spółki, o ile wspólnicy nie umówili się inaczej⁶.

Sąd Najwyższy w przywołanym wyżej postanowieniu z 17 czerwca 2010 r., III CSK 274/09, podjął próbę wskazania praktycznych zasad wyliczania wartości wkładu małżonka do majątku spółki poprzez wprowadzenie pojęcia „fikcyjny udział”, jaki przysługiwałby małżonkowi-wspólnikowi spółki, gdyby z niej wystąpił w chwili ustania wspólności majątkowej małżeńskiej”, a zatem odwołał się do odpowiedniego stosowania art. 871 k.c. Przez odpowiednie stosowanie art. 871 k.c. rozumieć należy stosowanie odpowiednio postanowień paragrafów 1 i 2 tegoż przepisu, poprzez dokonanie hipotetycznego rozliczenia rozrachunkowego, zgodnie z którym wspólnik, tracąc swój udział, otrzymuje w zamian wartość pieniężną wniesionego wkładu oraz przypadającą na niego część wartości nadwyżki majątku spółki, jeżeli taka nadwyżka wystąpi przy odliczeniu wartości wkładów wszystkich wspólników. Tym samym zwrotowi do majątku wspólnego podlega nie tylko nominalna wartość wkładu (pieniężnego lub rzeczowego), lecz wartość pieniężna powiększona o wskazaną nadwyżkę. Dodatkową wskazówkę praktyczną daje Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 23 czerwca 2005 r., I ACa 121/05, opubl. Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach 2005, nr 3, poz. 4, teza 2, wyjaśniając,

⁴ Pomijam tu odmienne uregulowania umowne między wspólnikami, gdy wszyscy wspólnicy wyrażą zgodę na wstąpienie nowego wspólnika w miejsce dotychczasowego, lub zastrzeżenie umowne w umowie spółki, zgodnie z którym w miejsce zmarłego wspólnika mogą wejść jego spadkobiercy.

⁵ Por. S. Grzybowski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, tom III, część 2*, Ossolineum 1976, s. 8–13.

⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 5 listopada 1998 r., I CKN 879/97, opubl.: Legalis, teza: „Do przepisów dyspozytywnych należą art. 871 i 875 § 2 k.c. Oznacza to, że strony umowy w ramach realizacji zasady swobody umów przewidzianej w art. 353¹ k.c. mogą ułożyć kwestię rozliczenia się po zakończeniu spółki cywilnej tak, jak to uznają za stosowne, byleby tylko nie sprzeciwiało się to właściwości stosunku prawnego ustawy ani zasadom współzycia społecznego”.

⁷ Użycie przez Sąd Najwyższy określenia „fikcyjny udział” nie wydaje się być odpowiednie. Uważam, że odwołać należałoby się w tym przypadku do odpowiedniego stosowania, a nie do „fikcyjności”, które to słowo ma wydźwięk negatywny. W uzasadnieniu używa Sąd Najwyższy pojęcia „udział hipotetyczny”, co jest bardziej prawidłowe.

że „podstawę dla obliczenia spłaty należnej ustępującemu wspólnikowi stanowi bilans uwzględniający rzeczywistą wartość majątku spółki. W bilansie uwzględnia się wartość roszczeń, jakie przysługują wspólnikom wobec spółki i odwrotnie, wszystkie te bowiem roszczenia z chwilą dokonanego ustąpienia wspólnika ze spółki tracą swoją samodzielność i uwzględniane są jako czynnik wpływający na wysokość udziału wypłacanego ustępującemu wspólnikowi”. Dodać tylko należy, że również Sąd Apelacyjny w Katowicach odwołał się do pojęcia rzeczywistej wartości majątku wspólników, a zatem do jego wartości rynkowej.

Za ustalaniem aktualnej, rynkowej wartości „udziału” małżonka w majątku spółki, w sposób określony w postanowieniu Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2010 r., III CSK 274/09, a nie poprzez przyjmowanie nominalnej wartości pieniężnej wkładu wniesionego przez małżonka, przemawia też zasada poprawnego ekonomicznie rozliczenia takiego nakładu z majątku wspólnego na majątek osobisty drugiego małżonka. Ukształtowana przez wiele lat linia orzecznictwa sądowego, odwołująca się do aktualnej wartości rynkowej wszystkich składników majątku wspólnego i takiego samego „rynkowego” sposobu rozliczenia wydatków i nakładów z majątku wspólnego na majątek osobisty małżonka, powstawała w warunkach postępującej inflacji i zmierzała, poprzez oparcie się na zmieniających się realiach rynkowych, do zabezpieczenia interesów małżonków, a dokładniej małżonka żądającego rozliczenia wydatków i nakładów. Tymczasem w obecnych warunkach ekonomicznych taki sposób rozliczenia wartości nakładu z majątku wspólnego na majątek odrębny współmałżonka nie zawsze jest korzystny dla drugiego małżonka. Prowadzenie działalności gospodarczej, w tym także w formie spółki cywilnej, obarczone jest dużym ryzykiem. Wniesiony do spółki cywilnej przez jednego z małżonków wkład pieniężny (czy rzeczowy) pochodzący z majątku wspólnego małżonków nie zawsze musi skutkować w przyszłości zwiększeniem wartości udziału tego małżonka-wspólnika w majątku wspólnym wspólników. Nader często działalność taka kończy się gospodarczym niepowodzeniem, co w efekcie nie tylko nie pozwala na ustalenie istnienia „nadwyżki wspólnego majątku wspólników”, lecz niejednokrotnie skutkuje znacznym zadłużeniem osobistym małżonka-wspólnika. Nie zmienia to jednakże poprawności prawnej i praktycznej stanowiska Sądu Najwyższego, wyrażonego w postanowieniu z 17 czerwca 2010 r., III CSK 274/09. Skoro nie każda inwestycja z majątku wspólnego musi przynieść korzyści, to trudno uznać, by ryzyko inwestycyjne, wyrażające się w możliwości nawet utraty wniesionych środków z majątku wspólnego, dotyczyło tylko jednego z małżonków – tego, który zdecydował się na podjęcie działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej. Jest to oczywiste w sytuacji, gdy nakład małżonka z majątku wspólnego na wkład do spółki cywilnej poczyniony został za zgodą drugiego współmałżonka i w celu związanym z dobrem rodziny, np. dla uzyskania stałych dochodów niezbędnych do pokrywania potrzeb całej rodziny.

Częstokroć zdarzają się sytuacje, gdy nakład taki czyniony jest bez wiedzy współmałżonka, czy nawet wręcz wbrew jego, znanej współmałżonkowi, woli. Dochodzi wówczas w istocie do celowego uszczuplenia majątku wspólnego poprzez jednostronne działanie małżonka. W takim przypadku podstawą prawną żądania rozliczenia (zwrotu) jest stosowany przez analogię art. 45 k.r.o. w ewentualnym zbiegu, w zależności od samego sposobu działania małżonka, także z art. 415 k.c. Jednak i w takim przypadku brak jest moim zdaniem podstaw do stosowania w rozliczeniu zasady nominalizmu pie-

nieżnego. W sytuacji gdy suma uszczuplająca majątek wspólny została przez małżonka dobrze „zainwestowana”, tzn. zwiększył się majątek wspólników, stosowanie zasady nominalizmu byłoby dla drugiego małżonka niekorzystne. Powstaje oczywiście pytanie, jak rozliczany winien być ten nakład w sytuacji, gdy majątek spółki, nawet z przyczyn od małżonka niezależnych, zmniejszył się, a zatem ów „hipotetyczny udział” tego małżonka w majątku wspólnym wspólników jest wydatnie niższy od wniesionego przez niego wkładu pieniężnego. Odrywając się od zasad tzw. słusnościowych, uważam, że i wówczas rozliczenie nastąpić winno wedle wartości rynkowej z dnia orzekania, a nie wartości nominalnej. Nie wykluczam jednakże, że w takim przypadku wskazany zostanie przez orzecznictwo sądowe inny, chroniący interesy drugiego małżonka i rodziny, sposób rozliczania.

Przypomnieć tylko należy, że nawet oparcie żądania rozliczenia pobranych przez współmałżonka środków z majątku wspólnego z uszczerbkiem dla rodziny również i na przepisach o czynach niedozwolonych – art. 415 k.c., nie zmieniałoby przywołanego poglądu, albowiem zobowiązania odszkodowawcze, mające podstawy w przepisach o czynach niedozwolonych, mają charakter kompensacyjny, a zatem są to zobowiązania niepieniężne ze skutkiem pieniężnym, co wyłącza możliwość ich waloryzacji sądowej⁸.

Uważam zatem, że nieprawidłowe byłoby stosowanie do rozliczenia w sprawie sądowej o podział majątku wspólnego nakładu pieniężnego z majątku wspólnego wniesionego przez jednego z małżonków na wkład do spółki cywilnej zasady nominalizmu określonej w art. 358¹ k.c., jak to proponuje Autor artykułu, a za prawidłowy uznać należy sposób wskazany przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 17 czerwca 2010 r., III CSK 274/09, zgodnie z którym rozliczenie w postępowaniu o podział majątku wspólnego nakładu dokonanego z majątku wspólnego jednego z małżonków na wkład do spółki cywilnej następuje przy ustaleniu jego wartości na podstawie ustalenia „fikcyjnego udziału”, jaki przysługiwałby małżonkowi-wspólnikowi spółki, gdyby z niej wystąpił w chwili ustania wspólności majątkowej małżeńskiej, oraz wartości rynkowej takiego udziału z chwili orzekania. Taki sposób rozliczania tego nakładu stosować należy zarówno wówczas, gdy nakład poczyniony został przez małżonka za wiedzą i wolą współmałżonka oraz miał na względzie dobro rodziny, jak i wówczas, gdy środki z majątku wspólnego zostały wydatkowane nawet wbrew znanej małżonkowi woli współmałżonka.

III. Propozycja stosowania w rozliczeniu nakładu pieniężnego sumy pieniężnej z majątku dorobkowego, wniesionej przez współmałżonka na pokrycie wkładu w spółce cywilnej, zasady waloryzacji sądowej wedle art. 358¹ § 3 k.c.

Przyjął Autor w artykule, bez podania szerszej argumentacji prawnej, że sytuacja, gdy poczyniony został nakład pieniężny z majątku wspólnego na majątek odrębny małżonka, skutkuje powstaniem zobowiązania pieniężnego. Tymczasem poczynienie takiego nakładu, do którego czy to wprost, czy poprzez analogię stosuje się zasady rozliczenia określone w przepisie art. 45 k.r.o., powoduje tylko obowiązek pieniężnego

⁸ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1992 r., III CZP 136/92, opubl. Legalis: „Przepis art. 358¹ k.c. nie ma zastosowania do ustalenia wysokości odszkodowania”.

rozliczenia takiego nakładu, lecz nie czyni z obowiązku tego zobowiązania *stricte* pieniężnego. Obowiązek rozliczenia takiego nakładu powstaje bowiem dopiero wówczas, gdy tak zdecyduje sąd, po myśli art. 45 § 2 k.r.o., przed podziałem majątku dorobkowego lub też przy podziale wspólnego dorobku. Roszczenia określone w art. 45 k.r.o. powstają wprawdzie z chwilą dokonania nakładu (wydatku) z jednej masy majątkowej do drugiej, lecz wymagalne stają się dopiero z momentem dokonania podziału majątku wspólnego. Nie ma tu zatem w ogóle istniejącego wcześniej zobowiązania z takim świadczeniem pieniężnym, które w chwili wykonania tego zobowiązania na skutek spadku siły pieniężnej pieniądza pozwalałoby na stosowanie do niego waloryzacji sądowej. W postanowieniu z 9 września 2009 r., V CSK 39/09, OSNC-ZD 2010, nr 2, poz. 62, wyjaśnił Sąd Najwyższy, że materialnoprawną podstawą żądania zwrotu wydatków i nakładów na majątek wspólny poczynionych z majątku osobistego jest art. 45 k.r.o., a w sprawach nieunormowanych stosuje się odpowiednio – z mocy odesłania zamieszczonego w art. 46 k.r.o. – przepisy o wspólności majątku spadkowego i o dziale spadku. To unormowanie, potwierdzone przez przepisy procesowe (art. 567 § 1 i 3 k.p.c.), ma charakter wyczerpujący, wyłączający korzystanie w jego obrębie z waloryzacji sądowej z art. 358¹ § 3 k.c. nawet w sposób odpowiedni. Choć „wartość nakładu z majątku wspólnego na majątek osobisty ustala się według cen z daty wyrokowania, reguła ta nie może być jednakże utożsamiana z waloryzacją wynikającą z art. 358¹ § 3 k.c. Sposób dokonania takiego nakładu, przy zastosowaniu cen z daty wyrokowania, zależy od okoliczności sprawy. Potrzeba przeszacowania, nazwanego potocznie waloryzacją, nie uzasadnia zastosowania art. 358¹ § 3 k.c.”⁹.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z 26 stycznia 2011 r., II CSK 329/10, opubl. Legalis, dodał, że stanowisku takiemu nie sprzeciwia się obowiązująca w polskim prawie zasada nominalizmu (art. 358¹ § 1 k.c.). Odnosi się ona bowiem tylko do zobowiązań, których przedmiotem od chwili ich powstania jest suma pieniężna. Przedmiotem roszczenia o zwrot (rozliczenie) nakładu jest zaś wartość tego nakładu w chwili jego zwrotu. Jeżeli nakład był poczyniony w postaci wpłaty pieniężnej, roszczenie o jego zwrot nie obejmuje tylko wpłaconej sumy pieniędzy, ale wartość, tylko wyrażoną w określonej sumie pieniędzy, która na skutek tego nakładu w majątku odrębnym powstała.

Waloryzację sądową, jak to proponuje Autor artykułu, określoną w art. 358¹ § 3 k.c., stosować można wyłącznie do zobowiązań od początku pieniężnych, skoro lokalizacja tego przepisu i jego dosłowne brzmienie przesądzają o tym, że waloryzacja sądowa dotyczy wyłącznie zobowiązań *ab initio* pieniężnych¹⁰. Waloryzacja sądowa jest możliwa tylko w przypadku cywilnoprawnych zobowiązań pieniężnych w ścisłym znaczeniu, przedmiotem waloryzacji jest zaś, określone sumą pieniężną, świadczenie pieniężne będące przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania, więc waloryzacji podlega świadczenie pieniężne, to jest suma, którą wierzyciel powinien otrzymać od dłużnika,

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 29 września 2011 r., IV CSK 632/10, opubl. Legalis (uwzględniające skargę kasacyjną od postanowienia Sądu Okręgowego w Gdańsku z 28 czerwca 2010 r., ocenionego krytycznie w głosie przywołanej w przypisie 13).

¹⁰ Por. uchwałę 7 sędziów SN z 10 kwietnia 1992 r., III CZP 126/91, OSNCP 1992, nr 7–8, poz. 121 i orzeczenie SN z 20 kwietnia 1994 r., III CZP 58/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 207.

gdy zobowiązanie stanie się wymagalne¹¹. Sądowej waloryzacji nie stosuje się zaś do zobowiązań niepieniężnych ze świadczeniem pieniężnym, w których funkcja pieniądza jest tylko funkcją kompensacyjną. Majątek wspólny (art. 31 § 1 k.r.o. po nowelizacji z 2004 r.) to ogół aktywów, a więc masa majątkowa, podlegająca jako całość reżimowi rozliczeń określonych w art. 684 k.p.c. w związku z art. 567 § 3 k.p.c. przy stosowaniu odesłania z art. 46 k.r.o., natomiast waloryzacja sądowa z art. 358¹ § 3 k.c. dotyczy wyłącznie wierzytelności od początku pieniężnej, a istniejącej w ramach oznaczonego, jednostkowego stosunku zobowiązaniowego. W sprawie sądowej o podział majątku wspólnego sąd, zgodnie z przywołanymi wyżej przepisami, ustalając skład i wartość majątku wspólnego, dolicza dokonane przez współmałżonka wydatki (nakłady) z majątku wspólnego na jego majątek odrębny, tak jakby one do niego wchodziły, a ich wydatkowania z majątku wspólnego przez współmałżonka nie było, następnie zaś ustala, biorąc pod uwagę stan majątku wspólnego z chwili ustania wspólności ustawowej, ich wartość rynkową z chwili orzekania. Końcowy rezultat tej operacji rachunkowej prowadzi do tego, że aktualną wartość wydatków z majątku wspólnego zalicza się w rozliczeniu na udział tego małżonka, który wydatki te poczynił. Zgłoszone przez małżonka żądanie rozliczenia wydatków z majątku wspólnego na majątek odrębny współmałżonka nie realizuje się więc jako samodzielne roszczenie pieniężne (żądanie zasądzenia określonej kwoty¹²), lecz ma tylko wpływ rachunkowy na ostateczne rozliczenie końcowe, w tym zwłaszcza na określenie wysokości spłat lub dopłat.

W sprawie o podział majątku wspólnego sąd z urzędu i bez względu na inicjatywę dowodową uczestników postępowania ustala jedynie wartość nakładów (art. 45 k.r.o.) poczynionych z majątku wspólnego na majątek osobisty jednego z małżonków (por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z 21 lutego 2008 r., III CZP 148/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 23 lub postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 19 lipca 2012 r., II CSK 660/11, opubl. Legalis)¹³. Dyskusyjne jest to, jakie zasady winien stosować sąd w odniesieniu do rozliczania nakładu poczynionego przez małżonka z majątku wspólnego na wkład do majątku spółki cywilnej, skoro do takiego nakładu (wydatku) art. 45 k.r.o. stosuje się tylko poprzez analogię. Przypuszczam, że i taki nakład rozliczony być winien przez sąd z urzędu, albowiem bez jego rachunkowego uwzględnienia w sprawie działowej nie może sąd prawidłowo wyliczyć wartości majątku wspólnego podlegającego podziałowi.

Podsumowując powyższe rozważania, uważam, że w sprawach o podział majątku wspólnego niedopuszczalne jest stosowanie, wbrew odmiennemu pogładowi prawnemu zaprezentowanemu przez Autora artykułu, waloryzacji sądowej wedle

¹¹ Tak. np. wyrok Sądu Najwyższego z 29 listopada 2001 r., V CKN 489/00, OSP 2002, nr 7-8, poz. 107, czy wyrok Sądu Najwyższego z 7 lutego 2001 r., V CKN 199/00, niepubl.

¹² Odmiennie przy domaganiu się przez współmałżonka wcześniejszego zwrotu wydatków z majątku wspólnego na majątek odrębny, gdy wymaga tego dobro rodziny w postępowaniu procesowym. Jednakże i w takiej sytuacji nie ma zastosowania waloryzacja sądowa.

¹³ O zwrocie wydatków i nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny orzeka sąd na podstawie art. 45 § 2 w zw. z art. 567 § 1 i art. 618 § 1 k.p.c. tylko na wniosek małżonka złożony w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 27 stycznia 1970 r., III CRN 527/69, OSNCP 1970, nr 9, poz. 164)

zasad określonych w art. 358¹ § 3 k.c., w tym zarówno do rozliczania jakichkolwiek wydatków i nakładów poczynionych z majątku wspólnego na majątek osobisty współmałżonka, jak też i wydatków z majątku osobistego na majątek wspólny. Niedopuszczalne jest więc stosowanie waloryzacji sądowej przy ustalaniu wartości wkładu pieniężnego wniesionego przez jednego z małżonków ze środków należących do majątku wspólnego, do majątku spółki cywilnej, jak i do wszelkiego rodzaju innych wzajemnych rozliczeń byłych małżonków w sądowej sprawie o podział majątku wspólnego¹⁴.

¹⁴ Szerzej A. Koziolkiewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 9 września 2009 r., V CSK 39/09 i do postanowienia Sądu Okręgowego w Gdańsku z 28 czerwca 2010 r., III Ca 1387/07*, „Palestra” 2012, nr 9–10, s. 107–116.

Ważne dla praktyki

Waldemar Gontarski

BEZPIECZNE PRZYSTANIE (*SAFE HARBOURS*) MANIPULACJI INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI

Czy art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2
ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami
finansowymi jest zgodny z Konstytucją? (cz. 2)

2.2. Obligatoryjne odesłanie ustawowe do niewydanej uchwały KNF

Do chwili obecnej Komisja Nadzoru Finansowego nie przyjęła uchwały, o której mowa w art. 44 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, na co zwraca uwagę postanowienie Sądu Rejonowego w Kielcach z 10 stycznia 2011 r., zawierające pytanie prawne do TK w sprawie P 11/11 („o stwierdzenie czy art. 183 ust. 1 i art. 39 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi jest zgodny z art. 42 ust. 1 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”). Z kolei – jak czytamy w stanowisku Prokuratora Generalnego wyrażonym w tej sprawie: „Z informacji Komisji Nadzoru Finansowego wynika, iż KNF nie wydał do tej pory żadnej uchwały, w której uznałby określone zachowanie za przyjętą praktykę rynkową, albowiem nie dostrzega takiej potrzeby”¹. Stąd twierdzenie Prokuratora Generalnego: „Wykładnia użytych przez ustawodawcę sformułowań «uprawnione powody działania» oraz «przyjęte praktyki rynkowe na danym rynku regulowanym» powinna być zatem dokonana w kontekście odpowiednich postanowień dyrektywy MAD, a także literatury przedmiotu”². Takie zapatrywanie, sugerujące występowanie w art. 44 klauzuli generalnej (odesłania do wartości pozaprawnych, tj. odesłania zewnętrznego) należy uznać za *contra legem*. Pogląd ten o tyle jest wymierzony przeciwko ustawie, o ile pomija uchwałę KNF z przepisów art. 44 ustawy, o której to uchwale w sposób obligatoryjny mowa w przepisach tam zawartych (również według art. 1 ust. 5 MAD, **przyjęte prak-**

¹ http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F1345644919/P_11_11_pg_2011_10_06_ADO.pdf&syg=P%2011/11, s. 25.

² Tamże, s. 34.

tyki rynkowe to praktyki prawnie reglamentowane, tzn. akceptowane w przepisanej dyrektywą trybie).

„Przyjęte praktyki rynkowe” są blankietem, który zgodnie z wolą ustawodawcy może zostać wypełniony jedynie ustawowo określoną uchwałą KNF. Ustawodawca przesądza o wiążącym charakterze tych praktyk³. Ich brak stanowi więc o niemożności rekonstrukcji normy karnej w sposób zgodny z wolą ustawodawcy. Dopiero gdy KNF wyda stosowną uchwałę (w treści zgodnej z wytycznymi określonymi w art. 45 ustawy w formie katalogu otwartego), można i trzeba konfrontować ją w drodze wykładni, w szczególności z dyrektywami (i innymi aktami z zakresu dorobku Unii Europejskiej, zarówno wiążącymi, jak i składającymi się na *soft law*) oraz z wiedzą teoretyczną. Wtedy przy ustalaniu, czy doszło do manipulacji, obligatoryjnie uwzględnia się też katalog otwarty z art. 41 ustawy⁴ oraz wytyczne organów doradczych Komisji Europejskiej⁵.

Biorąc pod uwagę art. 44 ustawy i pogląd TK (znajdujący potwierdzenie w orzecznictwie luksemburskim i strasburskim oraz w orzecznictwie SN) głoszący, że nawet z przepisów „prawa miękkiego” można dekodować elementy sankcjonowane normy karnej, odrzucimy następującą sugestię o niekonstytucyjności art. 39 ust. 2 ustawy, wyrażoną w doktrynie prawa kapitałowego (w opozycji do doktryny prawa karnego): „Zawarte w art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 (...) odesłanie do przyjętych praktyk rynkowych może budzić wątpliwości co do jego zgodności z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP (...)”⁶. Niekonstytucyjność art. 39 ust. 2 ustawy występuje, ale polega na czymś innym. Celem (*ratio legis*) obligatoryjnego kontraktu **przyjętych praktyk rynkowych** (obligatoryjnego, sąd nie dysponuje bowiem luzem interpretacyjnym, na zasadzie, że **sąd może** wziąć pod uwagę ten kontrakt) jest „ograniczenie odpowiedzialności karnej z tytułu popełnienia czynów zabronionych w art. 39 pkt 2 pkt 1 oraz 2”⁷. Penalizowanie bez uwzględnienia tego kontraktu pozostaje więc w sprzeczności z wolą ustawodawcy, co jest niedopuszczalne w świetle wymogu ustawowej określoności czynu zabronionego i związanego z tym wymogu przewidywalności prawa. W sumie bez odpowiedniej uchwały KNF nie można tutaj dokonać penalizacji. W myśl art. 44 ustawy uchwały KNF nie zastąpią np. przepisy dorobku Unii Europejskiej bądź ww. art. 41 albo art. 45.

Na tle powyżej omawianego orzecznictwa, a probowanego przez doktrynę prawa

³ Przeciwnie R. Blicharz, *Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad rynkiem kapitałowym w Polsce*, Bydgoszcz 2009, s. 237–238: „Kwestią otwartą jest więc, czy w sytuacji, gdy na danym rynku nie ma przyjętej praktyki rynkowej w odniesieniu do określonych zachowań albo gdy praktyka jest, lecz nie jest ona przyjęta przez Komisję Nadzoru Finansowego (Komisja nie wydała uchwały w jej sprawie), istnieje możliwość uznania, że dany podmiot nadzorowany nie dokonał zakazu manipulacji (...) Ustawa bowiem nie przesądza wiążącego charakteru samych praktyk rynkowych (...)”.

⁴ Tak A. Michór, *Komentarz do niektórych przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi* (Dz.U.05.183.1538), LEX/el. 2010.

⁵ Por. M. Sucharski, *Prawnokarna ochrona giełdowego obrotu instrumentami finansowymi*, Toruń 2006, s. 144–146.

⁶ A. Błachnio-Parzych, (w:) *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2012, s. 874, teza nr 17; por. też A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 326–331 – autorka sugeruje także stanowisko przeciwne, ale powołuje jedynie pogląd doktryny, bez przytoczenia jednoznacznego stanowiska orzecznictwa konstytucyjnego, strasburskiego i luksemburskiego; tak też R. Blicharz, (w:) *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, s. 902.

⁷ Tak A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, s. 330.

karnego – odnośnie do tego, że sankcjonowane elementy normy karnej można dekodować nawet z „prawa miękkiego”, jeśli taka jest wola prawodawcy wyrażona w ustawie – za odosobniony uznamy następujący pogląd, wyrażony w kontekście omawianej tutaj karnej manipulacji, aprobujący okoliczność, iż KNF nie wydała uchwały dotyczącej „przyjętych praktyk rynkowych”: „W moim przekonaniu jest to jednak, paradoksalnie, działanie (zaniechanie) prawidłowe. Charakter prawny takiej uchwały wskazuje, że ma ona – a raczej miałyby ona – charakter i *de facto*, i *de iure* prawotwórczy. A to z kolei w żaden sposób nie mieści się w katalogu konstytucyjnych źródeł prawa”⁸.

Natomiast Marszałek Sejmu RP w wyjaśnieniu do TK w sprawie P 11/11 zawarł pogląd oparty na wewnętrznej sprzeczności, uniemożliwiającej racjonalną percepcję wywodu: „Wyraźne wskazanie w ustawie formalnego trybu i publiczny charakter uchwał KNF, z pomocą których akceptowane są określone zachowania, pozwala na precyzyjne wskazanie normatywnych treści użytego przez ustawodawcę sformułowania”⁹. Wydawałoby się więc, że wydanie przez KNF stosownej uchwały/uchwał jest relewantne z punktu widzenia zarzutu niekonstytucyjności art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 ustawy. Jednak z dalszego wyjaśnienia Marszałka wynika w gruncie rzeczy, że treść normatywna może istnieć bez treści normatywnej, gdyż fakt „niewydania przez Komisję stosownej uchwały akceptującej określone praktyki wydaje się nierelevantny z punktu widzenia zarzutów podnoszonych w pytaniu prawnym”, a „Incydentalne wady praktyki działania organów państwa co do zasady znajdują się poza obszarem kontroli konstytucyjności prawa”¹⁰. Jeśli tak, to o jakiegokolwiek (nawet pozaustawowej) określoności normy karnej nie można mówić, co pozostaje w sprzeczności z art. 42 ust. 1 ustawy zasadniczej (odpowiednikiem jest art. 7 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹ oraz art. 49 ust. 1 Karty praw podstawowych¹²). W świetle tych przepisów założenie, że incydentalne wady praktyki działania organów państwa znajdują się poza obszarem kontroli konstytucyjności prawa, wyklucza możliwość doprecyzowania normy karnej z efektów tej praktyki, istotnej w procesie badania legalności przepisów składających się na karalną manipulację.

Artykuł 44 ustawy zawiera więc swoistą delegację ustawową, określającą upoważnienie do wydania podustawowego normatywnego aktu obligatoryjnego, na zasadzie rozporządzenia obligatoryjnego. Dodajmy, § 68 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej, stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r.¹³ – ustawowe upoważnienia do wydania rozporządzenia dzieli na obligatoryjne

⁸ A. Chłopecki, *Przestępstwo manipulacji w prawie rynku kapitałowego*, (w:) *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2186.

⁹ http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F1470109518/P_11_11_sjm_2011_07_13_ADO.pdf&syg=P%2011/11,s.17; z tym zapatrywaniem koresponduje następujący pogląd doktryny: „W przeciwieństwie do klauzuli generalnej, organ stosujący prawo (sąd lub KNF) jest więc związany uchwałą KNF i nie może przyjąć innej praktyki za wiążącą w danej sprawie, niż zaakceptowana przez KNF, lub nadawać przyjętej praktyce rynkowej innego znaczenia, niż wskazana w uchwale KNF” – R. Blicharz, (w:) *Prawo rynku kapitałowego*, s. 902.

¹⁰ http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F1470109518/P_11_11_sjm_2011_07_13_ADO.pdf&syg=P%2011/11,s.18.

¹¹ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

¹² Dz.U. z 2009 r. nr 203, poz. 1569.

¹³ Dz.U. nr 100, poz. 908.

i fakultatywne¹⁴. W art. 44 ustawy znajdujemy zwrot „są, w drodze uchwały, akceptowane”, a nie np. „mogą być akceptowane”, co świadczy o obligatoryjności tego ustawowego odesłania. Zasady techniki prawodawczej nie regulują kwestii obligatoryjności i fakultatywności zarządzeń egzekutywy¹⁵ czy uchwał KNF, więc do tego typu aktów stosujemy przez analogię § 68 (analogię stosowaną tutaj na korzyść oskarżonego, w przepisie składającym się na element sankcjonowany normy karnej). Aczkolwiek ten podział – z konsekwencją, że bez obligatoryjnego aktu wykonawczego ustawa w określonym zakresie nie może funkcjonować – wynika już z **koncepcji ustawodawcy racjonalnego**, dekodowanej z kolei z art. 2 Konstytucji¹⁶.

Dyrektywa 2003/6/WE (MAD) do systemu polskiego była implementowana już wcześniej, w ramach ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi¹⁷. Jak wtedy zauważała doktryna w komentarzu do art. 97 (odpowiednik art. 39 obecnej ustawy): „Określenie zakresu działań manipulacyjnych dokonane w ust. 2 ustawy jest w znacznym stopniu nieprecyzyjne, stosowane zaś kryteria mają często charakter ocenny. Wszystko to powoduje, że zakres tego przepisu może nie być jednoznaczny. W przypadku jednak, gdy przepis art. 97 będzie interpretowany na potrzeby zastosowania art. 177, czyli przepisu o charakterze karnym, odsyłającego właśnie do definicji manipulacji, należy w razie wątpliwości dokonywać ścisłej wykładni”¹⁸.

Krótko mówiąc, zarówno z punktu widzenia art. 42 ust. 1 Konstytucji, jak i art. 2

¹⁴ W ust. 2 § 68 wyjaśniono: „Jeżeli do funkcjonowania ustawy jest niezbędne wydanie rozporządzenia, upoważnieniu nadaje się charakter obligatoryjny. Jeżeli rozstrzygnięcie co do tego, czy i kiedy wydać rozporządzenie, pozostawia się organowi upoważnianemu, upoważnieniu nadaje się charakter fakultatywny”. Według pkt 1 i 2 ust. 3 § 68: „jeżeli przepis ma upoważniać do wydania rozporządzenia, a zarazem wyznaczać upoważnianemu organowi obowiązek jego wydania: «...(nazwa organu) **określi**, w drodze rozporządzenia, ...» (upoważnienie **obligatoryjne**); jeżeli przepis ma upoważniać do wydania rozporządzenia, a zarazem zapewniać swobodę korzystania z tego upoważnienia: «...(nazwa organu) **może określić**, w drodze rozporządzenia, ...» (upoważnienie **fakultatywne**)”.

¹⁵ Szerzej W. Gontarski, *Granice prowokacji policyjnej*, „Gazeta Sądowa” 2007, nr 11, s. 12 i n.

¹⁶ Do najistotniejszych domniemań interpretacyjnych spotykanych w naszym orzecznictwie zalicza się domniemanie zgodności normy z Konstytucją. Domniemanie to statuuje nakaz, by interpretator poszukiwał takiej wykładni przepisu, która zakłada, że ustawodawca przyjął ustawę zwykłą zgodną z ustawą zasadniczą – tak postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, „Gazeta Sądowa” 2007, nr 10. Według tego orzeczenia: „Obok domniemania zgodności z Konstytucją jednym z najczęściej powoływanych domniemań interpretacyjnych jest domniemanie racjonalności ustawodawcy. Sąd Najwyższy wielokrotnie wyrażał pogląd, że fundamentalne reguły wykładni przepisów prawnych za punkt wyjścia przyjmują założenie o racjonalności ustawodawcy, a więc, że tworzy on przepisy w sposób sensowny, celowy i racjonalny”. Brana jest tutaj pod uwagę m.in. racjonalność praxeologiczna – tak L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawodawstwa*, Poznań 1968, s. 80–138; Z. Ziemiński, (w:) *Zarys teorii prawa*, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Poznań 1997, s. 163.

¹⁷ Dz.U. z 2005 r. nr 111, poz. 937 ze zm.; zawarty w tej ustawie art. 97 ust. 2 pkt 1 i 2 („Manipulację stanowi: 1) składanie zleceń, zawieranie transakcji lub podejmowanie innych działań wprowadzających lub mogących wprowadzić w błąd co do rzeczywistego popytu, podaży lub ceny instrumentu finansowego, **chyba że powody tych działań były uprawnione, a złożone zlecenia, zawarte transakcje lub inne działania nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym**; 2) składanie zleceń lub zawieranie transakcji powodujących nienaturalne lub sztuczne ustalenie się ceny jednego lub kilku instrumentów finansowych, **chyba że powody tych działań były uprawnione, a złożone zlecenia, zawarte transakcje lub inne działania nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym**”) – ma odpowiednik w art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy obrotu instrumentami finansowymi; art. 177 ust. 1 – w art. 183 ust. 1.

¹⁸ M. Żak, *Komentarz do ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz o zmianie innych ustaw* (Dz.U.04.64.594), LEX/el. 2005.

Konstytucji, bez obligatoryjnej uchwały KNF z art. 44 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi ustawa nie może funkcjonować w zakresie, w jakim dekoduje się z niej normę karnej manipulacji: art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 44 ust. 1 ustawy.

2.3. Kontratypy szczegółowe, czyli manipulacja bez manipulacji

Dyrektywa 2003/6/WE poza kontratypami ogólnymi z art. 1 ust. 2a *in fine* sformułowanymi w postaci koniunkcji opisowej (ze spójnikiem koniunkcji **oraz**, który z logicznego punktu widzenia, tj. ze względu na kontekst, reprezentuje w tym przepisie alternatywę): **[1.] przyczyny takiego działania są zgodne z prawem oraz że te [2.] transakcje lub zlecenia są zgodne z przyjętymi praktykami rynkowymi na danym rynku regulowanym**), zawiera również kontratypy szczegółowe, wchodzące w skład pierwszego członu tej koniunkcji (wypełniające zawarty tam blankiet). Treść tych przepisów szczegółowych, np. art. 8 dyrektywy 2003/6/WE (mający odpowiednik w art. 39 ust. 3 ustawy)¹⁹ – za pomocą których wypełniamy ten blankiet – jest na tyle skomplikowana, że rodzi określone ryzyko prawne²⁰.

Już oczywiste wątpliwości ustrojowe (odnośnie do praw podstawowych) wynikają z prawnie określonego sposobu stosowania kontratypów szczegółowych z art. 8 dyrektywy 2003/6/WE w połączeniu z definicją legalną manipulacji z art. 1 ust. 2a tiret pierwsze i drugie tej dyrektywy. Sposób ten pozwala zarzucić manipulację, nawet jeśli sprawca nie obejmuje jej swoją wolą (**manipulacja bez manipulacji**). Dzieje się tak, gdyż dyrektywa ta nie zawiera tutaj szczególnego wymogu celowości działania (typu: w celu wywierania wpływu na cenę instrumentów finansowych manipulacji), tak samo jak dyrektywa Komisji 2003/124/WE z 22 grudnia 2003 r. wykonująca dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie definicji i publicznego ujawniania informa-

¹⁹ Art. 8 dyrektywy 2003/6/WE: „Zakazy przewidziane w niniejszej dyrektywie **nie mają zastosowania do obrotu akcjami własnymi w programach odkupu lub do stabilizacji instrumentów finansowych, pod warunkiem, że taki obrót dokonywany jest zgodnie ze środkami wykonawczymi**. Środki te, mające na celu zmianę elementów innych niż istotne niniejszej dyrektywy poprzez jej uzupełnienie, przyjmuje się zgodnie z procedurą regulacyjną połączoną z kontrolą, o której mowa w art. 17 ust. 2a”.

²⁰ Jak zwraca uwagę doktryna: „Programy odkupu są dozwolone w europejskim prawie spółek (jeżeli są zgodne z warunkami przewidzianymi w art. 19 ust. 1 dyrektywy nr 77/91/EWG) i mogą stanowić realizację ważnych potrzeb (...) Niebezpieczeństwo wykorzystywania poufnych informacji jest jednakże znaczne, gdyż emitent może odkupić akcje tuż przed publicznym ujawnieniem informacji wewnętrznych. Podobnie **nabywanie własnych akcji stwarza ze strony emitenta ryzyko manipulacji na rynku**. Ta «**bezpieczna przystań**» [the «safe harbour»] powinna tym samym zostać ograniczana do przypadków takich, jak przypadki wskazane przez Komitet Europejskich Organów Nadzoru nad Papierami Wartościowymi w jego opinii oraz uwzględnionych przez Komisję w art. 3 rozporządzenia nr 2273/2003. Komitet ten odwołuje się w szczególności do odkupów akcji mających miejsce albo w celu zmniejszenia kapitału, albo w celu wywiązania się z zobowiązań wynikających z dłużnych instrumentów finansowych wymienialnych na instrumenty akcyjne, albo zobowiązań wynikających z programów opcji pracowniczych lub innego rodzaju programów przyznawania akcji pracownikom. Następujące działania natomiast nie zostały objęte przedmiotowym zwolnieniem (i tym samym podlegają innym postanowieniom dyrektywy [nr 2003/6/WE]): odkup akcji podlegających umorzeniu zgodnie z postanowieniami pierwotnego dokumentu ofertowego, nabywanie własnych akcji, wykonywanie porozumień w sprawie płynności zawartych pomiędzy emitentem a firmami inwestycyjnymi, sprzedaż własnych akcji” – A. G. Ferrarini, *The European Market Abuse Directive*, „Common Market Law Review” 2004, nr 3; LEX nr 84296.

cji wewnętrznych oraz definicji manipulacji na rynku²¹, a także art. 39 ust. 3 oraz art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* ustawy. Chodzi o brak konstrukcji prawnej na zasadzie przestępstwa kierunkowego, tj. takiego, które cechuje *dolus coloratus*. Dyrektywa w tym zakresie ma wyłącznie charakter przedmiotowy, tzn. dotyczy tylko strony przedmiotowej. Również w pkt 1 *in princ.* ust. 2 art. 39 ustawy jest: „**wprowadzić w błąd**”, a nie „w celu wprowadzenia w błąd” albo „z zamiarem wprowadzenia w błąd”²². Nie odróżnia się błędu spowodowanego „przy okazji” od błędu celowego, Tak samo traktuje się błędzących przy okazji i błędzących celowo, co samo w sobie oznacza sprzeczność z art. 2 Konstytucji stosowanym łącznie z art. 32 ust. 1 Konstytucji (sprawiedliwość rozdzielająca: równych równo, nierównych nierówno²³). W praktyce już samo zgromadzenie dużego wolumenu danego instrumentu finansowego, skutkujące istotnym wpływem na cenę tego instrumentu, może zostać uznane za manipulację nawet wówczas, gdy np. celem inwestora nie było podniesienie ceny do poziomu z pkt 2 *in princ.* ust. 2 art. 39 ustawy (art. 1 ust. 2a tiret drugie dyrektywy 2003/6/WE: do **nienormalnego lub sztucznego poziomu**), na co zwraca uwagę piśmiennictwo anglojęzyczne²⁴. Odpada zastosowanie obrony za pomocą kontratypów szczegółowych. One – tak jak każdy kontratyp – nie dotyczą strony podmiotowej²⁵.

Abstrahując od strony subiektywnej przestępstwa i pozostając na gruncie przedmiotowym, godzi się odnotować, że zwrot: **nienormalnego lub sztucznego poziomu** – nie jest przez prawodawcę unijnego i krajowego definiowany, czyli jest to klauzula generalna, ale niespełniająca ustawowego wymogu precyzyjności (określoności). Istnieje wiele metod wyceny wartości instrumentów finansowych, co siłą rzeczy może prowadzić

²¹ Dz.Urz. UE L.2003.339.70.

²² Polski ustawodawca zamiar wprowadził jedynie w art. 39 ust. 2 pkt 3 ustawy („Manipulację stanowi składanie zleceń lub zawieranie transakcji, z zamiarem wywołania innych skutków prawnych niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna”); jest to odpowiednik art. 1 ust. 2b MAD (transakcje fikcyjne).

²³ Por. W. Gontarski, *Toksyczne opcje walutowe. Zarys teorii prawa na przykładzie polskich opcji walutowych*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2009, s. 106; tenże, *Członkostwo partnerskie. Nie da się pogodzić zasady niedyskryminacji z wprowadzaniem dyskryminujących przepisów określających sposób ustalania wysokości dopłat bezpośrednich dla polskich rolników*, „Rzeczpospolita” z 8 lipca 2002 r. i orzecznictwo konstytucyjne tam powołane.

²⁴ „W świetle dyrektywy [nr 2003/6/WE] istnieje rzeczywiste ryzyko [stwierdzenia manipulacji na rynku bez wykazania zaistnienia szczególnego zamiaru manipulowania rynkiem], jako że dyrektywa ta nie zawiera szczególnego wymogu w zakresie zamiaru manipulacji siłą rynkową. Również dyrektywa nr 2003/124/WE w art. 4 koncentruje się na takich czynnikach, jak «znaczący udział w dziennych transakcjach» oraz «istotna zmiana ceny instrumentu finansowego», nie łącząc ich z zamiarem manipulacji. A zatem samo zgromadzenie dużego wolumenu danego instrumentu finansowego skutkujące istotnym wpływem na cenę tego instrumentu może zostać uznane za manipulację nawet wówczas, gdy inwestor nie zamierzał podnieść ceny do «**nienormalnego lub sztucznego poziomu**» [art. 1 ust. 2 lit. a) tiret drugie dyrektywy nr 2003/6/WE]. Dla uniknięcia tego skutku oskarżony inwestor nie może powołać się na środek obronny przewidziany w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy [nr 2003/6/WE] w sprawie nadużyć na rynku, który stwierdza zaistnienie manipulacji w taki sposób, **chyba że inwestor «wykaże, że przyczyny takiego działania są zgodne z prawem oraz że te transakcje lub zlecenia są zgodne z przyjętymi praktykami rynkowymi na danym rynku regulowanym»** – A. G. Ferrarini, *The European Market*.

²⁵ „Taka obrona dostępna jest w przypadku «**bezpiecznych przystani**» [«safe harbours»] uznawanych przez prawo w wyjątkowych okolicznościach (takich jak odkup i praktyki stabilizacyjne) i nie dowodzi, iż za takimi transakcjami stały motywy inne niż zamiar manipulacyjny” – tamże.

do uzyskania różnych danych dotyczących tych wartości²⁶; uwaga ta dotyczy również zwrotu: **rzeczywistego popytu, podaży lub ceny instrumentu finansowego** – z pkt 1 *in princ.* ust. 2 art. 39 ustawy (art. 1 ust. 2a tiret pierwsze dyrektywy 2003/6/WE).

W sumie statuowane jest przestępstwo na zasadzie ryzyka odnośnie do manipulacji, co jest nie do pogodzenia z ustrojową zasadą domniemania niewinności, gdyż oznacza nieobalalne domniemanie winy, charakterystyczne dla występującej w systemach anglosaskich obiektywnej odpowiedzialności karnej; większość tamtejszych przestępstw nie ma w swojej strukturze strony podmiotowej, czyli do prawa karnego wprowadzono odpowiedzialność za przypadek (*strict liability*²⁷ – przestępstwo składa się wtedy tylko z *actus reus*). Do zarzucenia przestępstwa wystarczy, aby w wyniku zachowania sprawcy nawet na moment cena jednego instrumentu finansowego osiągnęła określony poziom, bez względu na zamiar sprawcy w tym zakresie²⁸.

2.4. Domniemanie bezprawności, czyli odwrócony ciężar dowodu

W art. 39 ust. 2 pkt 1–2 ustawy zawierającym konstrukcję: „**chyba że**” – ciężar dowodu w zakresie alternatywnego kontraktu ogólnego zostaje przerzucony na sprawcę. Takie ujęcie normatywne, polegające na odejściu od klasycznego rozkładu ciężaru dowodu prawnokarnego, w systemie polskim i w systemie Rady Europy jest dopuszczalne jedynie ze względu na prawnokarną ochronę czci zewnętrznej (dobrego imienia) – kontrakt przestępstwa zniesławienia, co jest dyktowane tym, że stawiający zarzuty zniesławiające występuje w roli oskarżyciela, a zniesławiany korzysta z domniemania dobrego imienia (*praesumptio boni viri*)²⁹, na której to zasadzie opiera się też domniemanie niewinności³⁰. Dlatego wyjątkowo odwrócenie ciężaru dowodu kontraktu prawdy w przestępstwie zniesławienia (kontrakt z art. 213 k.k.) nie narusza istoty domniemania niewinności. Domniemanie dobrego imienia człowieka, którego cześć zewnętrzna (dobre imię) została zaatakowana, stanowi wyższą wartość prawną niż domniemanie niewinności atakującego (oskarżonego) i w konsekwencji nie kłóci się z domniemaniem niewinności z art. 42 ust. 3 Konstytucji („Każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu”) i art. 6 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności („Każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą”) – na zasadzie: domniemanie niewinności + cześć > domniemanie

²⁶ Tak A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji*, s. 295; K. Korn, *Pojęcie manipulacji instrumentem finansowym. Część I. Wprowadzenie*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2012, z. 3, s. 31 i powołane tam piśmiennictwo.

²⁷ Tak C. M. V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, London 2001, s. 1–8 i 139–148, szczególnie s. 4 i 139.

²⁸ Według orzecznictwa luksemburskiego: „Wykładni art. 1 pkt 2 lit. a) tiret drugie dyrektywy 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku) należy dokonywać w taki sposób, że aby uznać, iż cena jednego lub wielu instrumentów finansowych została ustalona na poziomie nienormalnym lub sztucznym, nie wymaga on, by cena ta utrzymywała się na takim poziomie powyżej pewnego okresu czasu” – sentencja wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 7 lipca 2011 r., C-445/09, *IMC Securities BV v. Stichting Autoriteit Financiële Markten*, ECR 2011, s. 00000.

²⁹ Szerzej P. Kruszyński, *Materiałny ciężar dowodu w procesach karnych o zniesławienie i oszczerstwo*, „Państwo i Prawo” 1980, z. 8, s. 75–76.

³⁰ Tak S. Śliwiński, *Proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 115.

niewinności; odpowiednikiem art. 6 ust. 2 Konwencji jest art. 48 ust. 1 Karty praw podstawowych („Każdego oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona zgodnie z prawem”) i art. 14 ust. 2 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych³¹ („Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo być uważana za niewinną aż do udowodnienia jej winy zgodnie z ustawą”); zasadę domniemania niewinności formułuje też art. 5 § 1 k.p.k. („Oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem”), zaś *in dubio pro reo* – § 2 art. 5 („Nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”). Konstytucyjne domniemanie niewinności, przy wykładni językowej, zawiera gwarancję jedynie dotyczącą ochrony dobrego imienia, podczas gdy domniemanie z pozostałych aktów prawnych – także odnośnie do klasycznego ciężaru dowodu materialnego.

Zdaniem doktryny: „Domniemanie niewinności jako gwarancja względna znajduje wyraz jako reguła dowodowa oraz jako reguła oceny dowodów. W pierwszym znaczeniu określa, że to nie oskarżony musi udowodnić swoją niewinność, lecz oskarżonemu udowodnić trzeba jego winę. Jedyne dopuszczony w Strasburgu wyjątek od tej reguły dotyczy procesów w sprawach o naruszenie czci (...) gdy chodzi o tzw. dowód prawdy. Jako reguła oceny dowodów domniemanie niewinności sprowadza się do prostego imperatywu: *in dubio pro reo*”³².

Wyjaśnien nie wymaga zasada *in dubio pro reo*, związana z zasadą domniemania niewinności, gdyż dotyczy wszelkich wątpliwości, także odnośnie do strony przedmiotowej (wina w ujęciu prawa karnego materialnego), a nie tylko tych związanych ze stroną podmiotową. Natomiast w kontekście domniemania niewinności godzi się dodać, że wina w prawie karnym procesowym ma szerokie znaczenie, tzn. wina karnoprosesowa = „czyn zawiniony”. Mówiąc o winie w znaczeniu karnoprosesowym, bierzemy pod uwagę „czyn kryminalnie bezprawny, społecznie niebezpieczny (tzn. obiektywnie antyspołeczny i zawiniony w rozumieniu prawa materialnego) w stopniu więcej niż znikomym”³³. Oto wydaje się **wyrok uniewinniający**, gdy czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia bądź gdy czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa (art. 414 § 1 zd. drugie *in princ.* w zw. z art. 17 § 1 pkt 1–2), apelację co do winy uważa się zaś za zwróconą przeciwko całości wyroku (447 § 1 k.p.k.). W tym sensie domniemanie niewinności (zasada karnoprosesowa) dotyczy też sfery przedmiotowej, także odnośnie do kontratypów, co wyklucza odwracanie klasycznego ciężaru dowodu w prawie karnym (poza ww. wyjątkiem odnośnie do kontratypu zniesławienia), które to odwrócenie występuje w dyrektywie 2003/6/WE. Tymczasem domniemanie wszelkiej bezprawności i związane z tym obarczanie sprawcy ryzykiem trudności dowodowych (np. zmarli wszyscy świadkowie³⁴) oznaczać będzie domniemanie wystąpienia czynu

³¹ Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167 zał.

³² P. Hofmański, *Ochrona praw człowieka w prawie karnym procesowym. Zasada fair trial*, (w:) *Standardy praw człowieka a prawo karne*, pod red. J. Skupińskiego, Warszawa 1995, s. 46.

³³ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. 4, (w:) M. Cieślak, *Dziela wybrane*, t. 3, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 248.

³⁴ Por. M. Klejnowska, *Wyjątki od reguł rozkładu ciężaru dowodu w procesie karnym*, „Ius et Administratio” 2004, nr 1, s. 48.

zawinionego (statuowanie odpowiedzialności obiektywnej), na co zwraca uwagę orzecznictwo luksemburskie³⁵. Zakłada się wtedy bowiem, że w rzeczywistości miała miejsce działalność naruszczeniowska, a przy odpowiedzialności subiektywnej może to być jedynie naruszenie zawinione, czyli wina jest domniemywana.

Artykuł 1 ust. 2a *in fine* dyrektywy 2003/6/WE („**jeżeli** osoba uczestnicząca w takich transakcjach lub składająca zlecenia **nie wykaże**, że przyczyny takiego działania są zgodne z prawem oraz że te transakcje lub zlecenia są zgodne z przyjętymi praktykami rynkowymi na danym rynku regulowanym”) materialnym ciężarem dowodu w zakresie okoliczności wyłączających odpowiedzialność prawną obarcza osoby uczestniczące w transakcji. Jednak ze względu na ustrojowe domniemanie niewinności przepisy zawarte w dyrektywie nie nadają się do implementowania do prawa karnego, co prawodawca unijny zdaje się wyrażać w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2003/6/WE: „Bez uszczerbku dla prawa Państw Członkowskich do nakładania sankcji karnych, Państwa Członkowskie zapewniają, zgodnie ze swoim prawem krajowym, możliwość podjęcia właściwych środków administracyjnych lub nałożenia sankcji administracyjnych na osoby odpowiedzialne za niestosowanie przepisów przyjętych w ramach wprowadzania w życie niniejszej dyrektywy. Państwa Członkowskie zapewniają, że środki te będą skuteczne, **proporcjonalne** i odstrasżające”.

Jak widać, ustawodawca unijny wprost wskazuje tutaj zasadę proporcjonalności. Doktryna ostrzeża: „Dyrektywa [nr 2003/6/WE] w sprawie nadużyć na rynku zmierza w dobrym kierunku, przewidując **system kar cywilnych** za dopuszczenie się do nadużycia na rynku, kierunku zgodnym z trendami międzynarodowymi. Umożliwi to skuteczniejsze egzekwowanie przestrzegania przedmiotowych przepisów prawnych oraz lepszą współpracę pomiędzy organami nadzoru nad papierami wartościowymi, które zapewne będą stosować ten system sankcji. Nie należy jednakże przeceniać uzyskanych w drodze tego rozwiązania zysków wydajności, jako że kary cywilne mogą z łatwością

³⁵ Takie podejście prezentuje TSUE m.in. w wyroku z 21 czerwca 2012 r., *Mahagèben Kft przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága* (C-80/11) i *Péter Dávid przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-alföldi Regionális Adó Főigazgatósága* (C-142/11), gdzie w związku z pytaniem – pkt 33 tego wyroku: „Czy przepisy dotyczące odliczenia podatku VAT zawarte w szóstej dyrektywie [...] lub w dyrektywie [2006/112] w odniesieniu do 2007 r. należy interpretować w ten sposób, że organ podatkowy – na zasadzie odpowiedzialności bez winy – może ograniczyć lub pozbawić podatnika prawa do odliczenia, z którego podatnik ten chce skorzystać, w przypadku gdy wystawca faktury nie może wykazać, iż współpracował z innymi podwykonawcami zgodnie z prawem?” – TSUE zauważa: „Wprowadzenie systemu **odpowiedzialności bez winy** wykraczałoby bowiem poza zakres niezbędny do ochrony interesów skarbu państwa (zob. podobne wyroki: z 11 maja 2006 r. w sprawie C-384/04 *Federation of Technological Industries i in.*, Zb.Orz. s. I-4191, pkt 32; z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-271/06 *Netto Supermarkt*, Zb.Orz. s. I-771, pkt 23). Ponieważ odmowa prawa do odliczenia stanowi zgodnie z pkt 45 niniejszego wyroku wyjątek od zasady podstawowej, jaką jest istnienie takiego prawa, organ podatkowy zobowiązany jest wykazać w sposób prawnie wymagany istnienie **obiektywnych przesłanek** prowadzących do wniosku, że podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, iż transakcja mająca stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązała się z przestępstwem popełnionym przez dostawcę lub inny podmiot działający na wcześniejszym etapie obrotu. Ponieważ odmowa prawa do odliczenia stanowi zgodnie z pkt 45 niniejszego wyroku wyjątek od zasady podstawowej, jaką jest istnienie takiego prawa, **organ podatkowy zobowiązany jest wykazać** w sposób prawnie wymagany [onus probandi spoczywa po stronie organu] **istnienie obiektywnych przesłanek** prowadzących do wniosku, że **podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć**, iż transakcja mająca stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązała się z przestępstwem popełnionym przez dostawcę lub inny podmiot działający na wcześniejszym etapie obrotu” – pkt 48–49.

zostać uznane za «karne» w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, do których to kar tym samym znajdzie zastosowanie **art. 6 teże Konwencji** w sprawie rzetelnego procesu³⁶ (podkreślenia moje – W. G.). Tak też późniejsza judykatura luksemburska wydana na podstawie art. 14 ust. 1 dyrektywy 2003/6, w której TSUE akcentuje zasadę proporcjonalności, czyli im sankcja bardziej represyjna, tym większe gwarancje, co – zdaniem Trybunału – rzutuje w szczególności na możliwość stosowania domniemań prawnych³⁷.

2.5. Ustrojowa zasada proporcjonalności a model odpowiedzialności represyjnej z tytułu naruszenia zakazu manipulacji instrumentami finansowymi

Wszelkie ograniczenia wolności, w tym wolności gospodarczej, stanowią wyjątek od zasady (tj. od wolności) i jako takie nie podlegają wykładni rozszerzającej. Dotyczy to także wolności gospodarczej (art. 22 Konstytucji). Konstytucyjnie chronione wolności limitowane są art. 31 ust. 3 Konstytucji, w szczególności zawartą tam zasadą proporcjonalności, która sama w sobie wymaga precyzyjności i jasności oraz związanej z tym przewidywalności unormowań limitujących³⁸, abstrahując od sformułowanego również w tym przepisie wymogu legalności.

Wyjašnjmy, że na ustrojową zasadę proporcjonalności *sensu largo* składają się zasady: przydatności, konieczności (niezbędności) i proporcjonalności *sensu stricto*³⁹, której istota

³⁶ A. G. Ferrarini, *The European Market*.

³⁷ „Artykuł 14 ust. 1 dyrektywy 2003/6 rzeczywiście nie nakłada na państwa członkowskie obowiązku wprowadzenia sankcji karnych wobec osób stosujących informacje poufne, lecz ogranicza się do stwierdzenia, że państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić «możliwość podjęcia właściwych środków administracyjnych lub nałożenia sankcji administracyjnych na osoby odpowiedzialne za niestosowanie przepisów przyjętych w ramach wprowadzania w życie (tej) dyrektywy», zobowiązując państwa członkowskie ponadto do zapewnienia, by środki te były «skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające». Niemniej jednak biorąc pod uwagę rodzaj rozpatrywanych naruszeń, a także rodzaj i stopień dolegliwości sankcji, jakie mogą one spowodować, sankcje takie dla celów stosowania EKPC można uważać za sankcje karne (zob. analogicznie wyrok z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 P *Hüls przeciwko Komisji*, Rec. 1999 r. str. I-04287 pkt 150; wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i in. przeciwko Niderlandom*, seria A nr 22 § 82; z 21 lutego 1984 r. w sprawie *Öztürk przeciwko Niemcom*, seria A nr 73 § 53; z 25 sierpnia 1987 r. w sprawie *Lutz przeciwko Niemcom*, seria A nr 123, § 54). Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wszystkim systemom prawnym znane są domniemania faktyczne i prawne, a ETPCz zasadniczo się temu oczywiście nie sprzeciwia, lecz w dziedzinie prawa karnego zobowiązuje państwa umawiające się by nie przekraczały w tym względzie pewnego progu. **Zasada domniemania niewinności potwierdzona w art. 6 ust. 2 EKPC nie pozostaje zatem obojętna względem domniemań faktycznych lub prawnych zawartych w ustawach karnych.** Nakazuje ona państwom zamknąć je w rozsądnych granicach uwzględniających znaczenie zagadnienia i zachowujących prawo do obrony (zob. wyrok ETPCz z 7 października 1988 r. w sprawie *Salabiaku przeciwko Francji*, seria A nr 141-A, § 28 oraz z 25 września 1992 r. w sprawie *Pham Hoang przeciwko Francji*, seria A nr 243, § 33)³⁸ – wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 23 grudnia 2009 r., C-45/08 *Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck przeciwko Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBEA)*, ECR 2009, s. I-12073.

³⁸ Szerzej M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012, s. 190 i n. oraz powołane tam orzecznictwo.

³⁹ Szerzej: A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji*, (w:) B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności konstytucyjne w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 705; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 18; B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych*

zawiera się w odpowiedzi na pytanie, czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela⁴⁰. Dopuszczalna jest jedynie możliwie najslabsza ingerencja⁴¹. Jednocześnie z punktu widzenia odpowiedzialności karnej, im większa surowość kary, tym większe powinno być zabezpieczenie jednostki przed ingerencją w jej prawa i wolności. Dlatego kierując się zasadą proporcjonalności *sensu stricto*, rozważmy zastąpienie analizowanych w niniejszym opracowaniu sankcji karnych z ustawy o obrocie instrumentami finansowymi sankcjami administracyjnymi (w tym karami pieniężnymi).

Ustawodawca unijny odnośnie do sankcji z tytułu manipulacji instrumentami wprost wskazuje zasadę proporcjonalności – ww. art. 14 ust. 1 dyrektywy 2003/6/WE. Inna rzecz, że – jak ostrzega powołana powyżej doktryna anglojęzyczna – sankcje cywilne (administracyjne) mogą z łatwością zostać uznane za karne w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, do których to kar tym samym znajdzie zastosowanie art. 6 teże Konwencji w sprawie rzetelnego procesu, w tym domniemanie niewinności z art. 6 ust. 2.

Tymczasem polska doktryna prawa rynku kapitałowego nie postuluje zastąpienia obecnych sankcji karnych sankcjami administracyjnymi (w tym karami pieniężnymi)⁴², ale czyni tak, jeśli nie dostrzega powyżej zrekonstruowanej oczywistej sprzeczności art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi z art. 2 Konstytucji (paradygmat ustawodawcy racjonalnego) lub z art. 42 ust. 1 Konstytucji (*nullum crimen sine lege*), a ponadto pomija sprzeczność z art. 91 ust. 2 Konstytucji (obowiązek pronunijnej wykładni prawa krajowego). Wtedy doktryna ta postuluje, aby ze względu na aktualnie obowiązujące ustawowe definicje manipulacji odpowiedzialność karną zachować – z argumentacją, że przynajmniej część manipulacji (definicje zakazanego zachowania) z art. 39 ustawy wymaga „dokładnej analizy od strony podmiotowej”⁴³. Krótko mówiąc, brak ustawowo wskazanej określoności czynu zabronionego (strony przedmiotowej) próbuje się „nadrobić” (zastąpić) analizą strony podmiotowej. Jednak gdy wspomniana doktryna bierze pod uwagę ustawowy wymóg określoności czynu zabronionego, postuluje depenalizację omawianych tutaj manipulacji⁴⁴ – tj. mani-

wolności, Warszawa 2008, s. 169 i n.; W. Gontarski, *Sędzia śledczy a potrzeba dalszej reformy prokuratury*, (w:) *Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*, Warszawa-Sejm 2010, s. 38.

⁴⁰ „Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, dla oceny, czy doszło do naruszenia zasady proporcjonalności (zakazu nadmiernej ingerencji) konieczne jest udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Zwrócić też jednak należy uwagę, że art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji z 1997 r. szczególnie nacisk położył na kryterium «konieczności w demokratycznym państwie». Oznacza to, że każde ograniczenie praw i wolności jednostki musi być w pierwszym rzędzie oceniane w płaszczyźnie pytania, czy było ono «konieczne», czyli – innymi słowy, czy tego samego celu (efektu) nie można było osiągnąć przy użyciu innych środków, mniej uciążliwych dla obywatela, bo słabiej (bardziej płytko) ingerujących w sferę jego praw i wolności (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 stycznia 2000 r., sygn. P.11/98, OTK ZU nr 1/2000, s. 43)” – wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, uzasadnienie pkt IV.2, OTK-A 2002, nr 2, poz. 18.

⁴¹ Tak W. Gontarski, *Sędzia śledczy a potrzeba dalszej reformy prokuratury*, s. 38.

⁴² Tak A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji*, s. 272–273 i piśmiennictwo tam powołane.

⁴³ Tamże, s. 273.

⁴⁴ Tak tamże, s. 297–298.

pułacji kreujących „sygnał” wprowadzający w błąd będący efektem zawartej transakcji, czyli manipulacji cenowych z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 – a nawet proponuje się rezygnację z sankcji administracyjnych, uzasadniając to wymogiem proporcjonalności *sensu largo*⁴⁵; także doktryna anglojęzyczna postuluje w tym zakresie depenalizację⁴⁶.

Dodajmy, że ustawowy wymóg precyzyjności strony przedmiotowej zakazanego zachowania składa się na kwestię odrębną w stosunku do konieczności stosowania *dolus coloratus*, wynikającej z istoty (z natury) danego zachowania kontratypowego, tak aby nie dochodziło do wspomnianej manipulacji bez manipulacji.

3. ANALIZA KOMPARATYSTYCZNA

Za postulowaną zamianą sankcji karnych na sankcje administracyjne przemawiają wyniki analizy komparatystycznej. Ustawodawca polski przyjął priorytet sankcji karnych w zwalczaniu manipulacji instrumentami finansowymi. Spośród zachowań opisanych w art. 39 ust. 2 tylko w przypadku czynności określonych w pkt 4b i 8 tego przepisu przewidziano odpowiedzialność administracyjną. W pozostałych rodzajach manipulacji ustanowiono sankcje karne. Na tle regulacji prawnych obowiązujących w innych krajach europejskich polskie prawodawstwo w zakresie zwalczania manipulacji ocenić należy jako stosunkowo represyjne⁴⁷. Wprawdzie w prawie brytyjskim⁴⁸, niemieckim⁴⁹ czy francuskim⁵⁰ obok odpowiedzialności administracyjnej występuje karny reżim zwalczania manipulacji, ale ma on charakter wyjątkowy, limitowany wspomnianymi wymogami dotyczącymi szczególnego zamiaru (*dolus coloratus*, czyli zamiar w określonym celu) bądź następstw zachowania (typu: w celu wywierania wpływu na cenę instrumentów

⁴⁵ Tak tamże.

⁴⁶ Np. D. R. Fischel, D. J. Ross, *Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?*, „Harvard Law Review” 1991, Vol. 105, No. 2, s. 510 i 516–519; E. Avgouleas, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, Oxford 2005, s. 225–226.

⁴⁷ Tak A. Blachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji*, s. 327–330.

⁴⁸ Np. art. 397 ust. 3 FSMA (*Financial Services and Markets Act 2000*) odnosi się przede wszystkim do manipulacji poprzez transakcje, choć nie tylko. Przepis ten stanowi, że odpowiedzialność ponosi ten, kto dokonuje czynu albo angażuje się w pewien sposób postępowania, który tworzy fałszywe lub wprowadzające w błąd wrażenie dotyczące rynku, ceny albo wartości określonej inwestycji, jeśli dopuszcza się takiego zachowania w celu stworzenia takiego wrażenia i w ten sposób zachęca inną osobę m.in. do nabycia, sprzedaży albo do powstrzymania się od tych działań lub realizacji praw wynikających z danej inwestycji. Odpowiedzialność takiej osoby może być wyłączona m.in. wówczas, gdy pozostawała w usprawiedliwionym przekonaniu, że jej postępowanie nie będzie wywierało takiego wrażenia, bądź też że zaangażowała się w to postępowanie w celu stabilizacji cen i do tego zgodnie z regulami określającymi stabilizację. Popętnienie wymienionych w art. 397 czynów zagrożone jest karą do 7 lat pozbawienia wolności, grzywną, albo tymi karami łącznie.

⁴⁹ W art. 38 ust. 2 WpHG (ustawa z 26 lipca 1994 r. o obrocie papierami wartościowymi – *Gesetz über den Wertpapierhandel*) uregulowano odpowiedzialność karną z tytułu naruszenia zakazu manipulacji. Przepis ten stanowi, że każdy, kto celowo dopuszcza się naruszenia zakazów, o których mowa w art. 39 ust. 1 pkt 1, 2, art. 39 ust. 2 pkt 11 WpHG i tym samym wywiera wpływ na krajową giełdę lub cenę rynkową instrumentu finansowego albo na cenę instrumentu finansowego notowanego na rynku regulowanym w innym kraju członkowskim Unii Europejskiej albo kraju, który jest stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, podlega odpowiedzialności karnej.

⁵⁰ Jeśli sprawcy manipulacji określonej w art. L 631-1 Regul Ogólnych AMF (*Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*) nie będzie można wykazać elementu zamiaru, który został ujęty w art. L 465-2 COMOFI w opisie zachowania stanowiącego przestępstwo manipulacji, wówczas poniesie on jedynie odpowiedzialność administracyjną.

finansowych)⁵¹. W systemach tych głównym uregulowaniem nastawionym na zwalczanie manipulacji instrumentami finansowymi jest prawo administracyjne.

Natomiast w prawie austriackim, bułgarskim, czeskim i słoweńskim prawo administracyjne stanowi wyłączny środek temu służący.

Stosunkowo szeroko kryminalizowana jest manipulacja w prawie norweskim, co w ogóle charakteryzuje tamtejszy system prawa. Jednak trzeba zwrócić uwagę na regulację przewidzianą w norweskiej ustawie o obrocie papierami wartościowymi, zgodnie z którą ściganie manipulacji ma miejsce dopiero wówczas, gdy wymaga tego interes publiczny⁵².

W prawie litewskim reżim odpowiedzialności karnej funkcjonuje obok administracyjnego (tak jak w Wielkiej Brytanii, Niemczech i Francji), przy czym ograniczony jest nie tylko szczególnymi wymogami, które muszą być wykazane w zachowaniu sprawcy (w prawie litewskim jest to szczególny zamiar sprawcy i skutek jego zachowania⁵³), lecz także w zakresie zachowań manipulacyjnych. Otóż prawodawca litewski odpowiedzialność karną stosuje jedynie wobec manipulacji sprowadzającej się do rozpowszechniania informacji.

Z kolei prawodawca szwajcarski z tytułu naruszenia zakazu manipulacji przewidział wyłącznie reżim odpowiedzialności karnej⁵⁴, ale na gruncie prawa szwajcarskiego manipulacja postrzegana jest stosunkowo wąsko w porównaniu z unormowaniami innych państw. Mianowicie w Szwajcarii manipulacja została sprowadzona do rozpowszechniania informacji oraz dokonywania transakcji fikcyjnych. Są to tego rodzaju zachowania manipulacyjne, których wykazanie jest łatwiejsze niż manipulacji polegającej na ogólnie pojętych transakcjach wprowadzających w błąd, nastawionych na kreowanie sztucznej ceny. Te ostatnie wymienione zachowania nie są traktowane w prawie szwajcarskim jako manipulacja. Dla uczestników obrotu na szwajcarskim rynku kapitałowym zakaz manipulacji (ograniczony do dwóch ww. rodzajów zachowań) jest więc stosunkowo łatwy do identyfikacji w praktyce. Pomimo wyłącznie karnego charakteru reżimu zwalczania manipulacji nawet regulacje szwajcarskie ocenimy jako mniej punitywne niż regulacje dotyczące zwalczania manipulacji obowiązujące w Polsce.

Krótko mówiąc, względy komparatystyczne przemawiają za zastąpieniem sankcji

⁵¹ Por. A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji*, s. 73 i 77.

⁵² Zgodnie z art. 17-3 ust. 5 norweskiej ustawy o obrocie papierami wartościowymi (*Lov om verdipapirhandel*) z 29 czerwca 2007 r. ściganie przestępstw wymienionych w tym przepisie ma miejsce tylko wówczas, gdy wymaga tego interes publiczny (*Påtale finner sted bare når allmenne hensyn krever det*).

⁵³ Zgodnie z art. 218 litewskiego Kodeksu karnego przestępstwem jest manipulacja polegająca na zachowaniu, którego celem jest doprowadzenie do arbitralnego wzrostu lub spadku rynkowej ceny papierów wartościowych poprzez rozpowszechnianie fałszywych lub niepełnych (niekompletnych) informacji dotyczących emitenta lub tych papierów wartościowych i spowodowanie w ten sposób znacznej szkody. Sprawcy grozi z tego tytułu kara ograniczenia wolności, grzywny lub pozbawienia wolności do lat 3.

⁵⁴ Art. 161 bis szwajcarskiego Kodeksu karnego (wprowadzony nowelą z 24 marca 1995 r.) dwukrotnie formułuje zamiar o szczególnym zabarwieniu: „Kto z zamiarem wpływania w sposób znaczny [*erheblich*] na kurs [*Kurs*] papierów wartościowych [*Effekten*] notowanych na giełdzie w Szwajcarii, aby osiągnąć bezprawną korzyść majątkową dla siebie lub innych osób: świadomie [*wider besseren Wissens*] rozpowszechnia wprowadzające w błąd informacje bądź kupuje lub sprzedaje papiery wartościowe, podczas gdy kupno lub sprzedaż są wzajemnie przedsięwzięte bezpośrednio lub pośrednio na rachunek tej samej osoby lub osób powiązanych z nią w tym celu, poniesie karę do 3 lat pozbawienia wolności lub karę pieniężną”.

karnej z art. 183 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi sankcją administracyjną, przewidzianą przepisem zawartym w 172 ust. 1, jedynie w zakresie określonym w pkt 4b i 8 ust. 2 art. 39.

II. WNIOSKI

Ustawowe znamię sprawcze karalnej manipulacji może być dookreślane – jest to konstytucyjnie i konwencyjnie dopuszczalne – w drodze interpretacji przepisów prawa składających się na normę karną, ale pod warunkiem, że nie wyjdzie się poza luz interpretacyjny limitowany przez ustawodawcę, w szczególności limitowany poprzez obligatoryjną uchwałę KNF, o której mowa w art. 44 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi – to **po pierwsze**. **Po drugie**, okoliczność polegająca na tym, że KNF może zdecydować, iż wspomniana uchwała jest zbędna, świadczy o niedochowaniu wymogu ustawowej określoności i związanej z tym przewidywalności przepisów prawa, a w konsekwencji nie można w pełni zrekonstruować zgodnie z wolą ustawodawcy części sankcjonowanej normy karnej; z kolei jeśli nie można zrekonstruować całości normy karnej, to odpada stosowanie sankcji karnych. **Po trzecie**, omawiane tutaj manipulacje cenowe, w świetle konstytucyjnego i konwencyjnego wymogu określoności czynu zabronionego, nie nadają się do penalizacji, gdyż istnieje wiele metod wyceny wartości instrumentów finansowych, co siłą rzeczy może prowadzić do uzyskania różnych danych dotyczących tych wartości – kolejna niezgodność z wymogiem ustawowej określoności.

Przeto daje o sobie znać podwójny deficyt funkcji gwarancyjnej przepisów prawa karnego:

1) art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi należy uznać za sprzeczny z art. 2 Konstytucji (paradygmat ustawodawcy racjonalnego) lub z art. 42 ust. 1 Konstytucji (*nullum crimen sine lege*), stanowiącym odpowiednik art. 7 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności;

2) ta konstrukcja normatywna pozostaje w sprzeczności z art. 91 ust. 2 Konstytucji (obowiązek pronijniej wykładni prawa krajowego).

Ad 1) Jeśli przyjmiemy, że incydentalne wady praktyki działania organów państwa co do zasady znajdują się poza obszarem kontroli konstytucyjności prawa i dlatego Trybunał Konstytucyjny z punktu widzenia art. 42 ust. 1 Konstytucji nie może zajmować się kwestią niewydania przez Komisję Nadzoru Finansowego uchwały, o której w sposób obligatoryjny mowa w art. 44 ustawy – wówczas alternatywnie sięgniemy po paradygmat ustawodawcy racjonalnego i stwierdzimy, że bez tej uchwały ustawa nie może funkcjonować w zakresie, w jakim dekoduje się z niej normę karnej manipulacji: art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 44 ust. 1 ustawy.

Ad 2) Odrębną kwestią ustrojową jest wykładnia pronijnia (obowiązek której wynika z art. 91 ust. 2 Konstytucji). Oprócz art. 44 ust. 1 ustawy implementowany tym przepisem art. 1 ust. 5 akapit pierwszy MAD stanowi, że akceptacja określonych władz składa się na warunek *sine qua non* „przyjętych praktyk rynkowych”.

W związku z powyższym, w kontekście sprawy zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym – P 11/11, wydaje się konieczne uzupełniające pytanie prawne sądu, zawie-

rające w *petitum* art. 44 ustawy (i pkt 2 ust. 1 art. 39), obok już zaskarżonej konstrukcji art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 (poszerzenie zakresu przedmiotu kontroli), przy zachowaniu podwójnego wzorca legalności (art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji). Ponadto wzorzec legalności należy poszerzyć o art. 91 ust. 2 Konstytucji.

Odnośnie do poszerzenia wzorca legalności dodajmy, że karalna manipulacja cenowa instrumentami finansowymi, jako ustawowe znamię czynności sprawczej, nie nadaje się do penalizacji nie tylko ze względu na regułę *nullum crimen sine lege*, lecz też ze względu na ustrojową zasadę domniemania niewinności. Obarcza bowiem sprawcę ciężarem dowodu alternatywnego kontratypów ogólnych (stanów faktycznych wypełniających te kontratypy) z art. 39 ustawy ust. 2 pkt 1 *in fine* i pkt 2 *in fine* (odpowiednik art. 1 ust. 2a *in fine* MAD). Zasada domniemania niewinności i związana z tym reguła *in dubio pro reo* wykluczają możliwość obarczania ciężarem dowodu odnośnie do faktów świadczących o występowaniu ustawowo określonych okoliczności wyłączających bezprawność karną, chociaż na takim rozkładzie *onus probandi* opiera się przepis zawarty w art. 1 ust. 2a *in fine* dyrektywy 2003/6/WE (MAD), implementowany przez omawianą ustawę o obrocie instrumentami finansowymi (art. 39 ust. 2 pkt 1 *in fine* i pkt 2 *in fine*); przerzucenie na sprawcę ciężaru dowodu w zakresie znamion kontratypów oznacza obarczanie sprawcy ryzykiem trudności dowodowych, a jak zwraca uwagę orzecznictwo luksemburskie, każde domniemanie bezprawności karnej w konsekwencji oznacza statuowanie odpowiedzialności obiektywnej (bez winy). Daje to w sumie **trzeci** deficyt funkcji gwarancyjnej omawianych przepisów prawa karnego.

Czwarty deficyt funkcji gwarancyjnej przepisów statuujących przestępstwa manipulacji też jest związany z naruszeniem domniemania niewinności – poprzez prawnie określony sposób stosowania kontratypów szczegółowych z art. 8 dyrektywy 2003/6/WE w połączeniu z definicją legalną manipulacji z art. 1 ust. 2a tiret pierwsze i drugie dyrektywy nr 2003/6/WE; odpowiednikiem jest art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* Otóż może dojść do postawienia zarzutu manipulacji, nawet gdy sprawca nie obejmuje jej swoją świadomością (co oznacza przestępstwo na zasadzie ryzyka, a więc nieobalalne domniemanie winy), bowiem przepisy dyrektywy 2003/6/WE i dyrektywy 2003/124/WE, w tym art. 8 dyrektywy 2003/6/WE (odpowiednik w art. 39 ust. 3 ustawy) nie zawierają tutaj szczególnego wymogu następstw tego zachowania typu: w celu wywierania wpływu na cenę instrumentów finansowych manipulacji. Tymczasem zachowanie karalne (karalna manipulacja) od legalnego (od spekulacji) w gruncie rzeczy różni jedynie zamiar, co wynika z istoty obrotu giełdowego (każda transakcja proporcjonalnie do jej wielkości wpływa kreacyjnie na cenę). Jeśli w strukturze przestępstwa manipulacji nie ma *dolus coloratus*, ustawa nie odróżnia manipulacji właściwej (celowej) od transakcji wpływających na cenę „przy okazji”, które stanowią istotę każdego obrotu z wykorzystaniem ceny, w tym giełdowego (co samo w sobie oznacza sprzeczność z art. 2 Konstytucji stosowanym łącznie z art. 32 ust. 1 Konstytucji: równych równo, nierównych nierówno). Jest to już element ze sfery podmiotowej, zaś ww. dyrektywy i ustawa w omawianym zakresie (w zakresie manipulacji cenowej z 39 ust. 2 pkt 1–2 ustawy) mają jedynie charakter przedmiotowy. Kraje unijne, które implementując dyrektywę 2003/6/WE, zdecydowały się na sankcje karne, wprowadziły tutaj dodatkowy standard gwarancyjny w postaci przestępstwa kierunkowego (z *dolus coloratus*); dyrektywa nie zobowiązuje do ustanowienia sankcji karnych, lecz pozwala porzucić na sankcjach administracyjnych (art. 14 ust. 1).

Przeto przedmiotem kontroli pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą i aktami prawnymi ponadustawowymi zawierającymi domniemanie niewinności, powinien być również art. 39 ust. 3 w połączeniu z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* ustawy.

W związku z powyżej opisanymi deficytami funkcji gwarancyjnej, kierując się zasadą proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (im większa surowość sankcji, tym wyższy poziom gwarancji proceduralnych), konieczna wydaje się być nowelizacja polegająca co najmniej na zastąpieniu sankcji karnej z art. 183 ust. 1 ustawy sankcją administracyjną z przepisów Działu VIII ustawy, co odpowiadałoby ww. przepisowi zawartemu w art. 14 ust. 1 MAD. Opisane powyżej statuowanie przestępstwa karnej manipulacji cenowej (art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2) na gruncie prawa unijnego pozostaje dotychczas w sprzeczności z prawem pierwotnym (art. 48 ust. 1 Karty praw podstawowych zawiera zasadę domniemania niewinności, a art. 49 ust. 1 wymóg ustawowej określoności/precyzyjności czynu zabronionego). Jednocześnie stanie się sprzeczne z wtórnym prawem unijnym po wejściu w życie projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie sankcji karnych za wykorzystywanie informacji poufnych i manipulacje na rynku, gdzie art. 4 *in princ.* (Manipulacja na rynku) stanowi: „Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia kwalifikacji następujących czynów jako przestępstw, jeżeli zostaną popełnione **w wyniku niedbałości lub celowo**”. Oznacza to zakaz statuowania przestępstwa manipulacji na zasadzie ryzyka. Jednocześnie według motywu 9 preambuły projektowanej dyrektywy: „W celu ujednoczenia zakresu niniejszej dyrektywy z zakresem rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr .../... [MAR] niniejsza dyrektywa nie powinna obejmować obrotu akcjami własnymi i innymi instrumentami finansowymi w ramach programów odkupu lub stabilizacji instrumentów finansowych ani transakcji, zleceń lub zachowań związanych z celami gospodarki pieniężnej, zarządzania długiem publicznym, a także działań dotyczących uprawnień do emisji w dążeniu do realizacji unijnej polityki na rzecz walki ze zmianą klimatu”.

Krótko mówiąc, po wejściu w życie dyrektywy ustalającej wspólne zasady w zakresie definicji przestępstw manipulacji instrumentami finansowymi oraz sankcji karnych polska ustawa, chociaż zawiera takie sankcje, będzie pozostawać w sprzeczności z tą dyrektywą.

O NIEBEZPIECZEŃSTWIE ODRZUCENIA PRZEZ SĄD NIEOPŁACONEGO ŚRODKA ODWOŁAWCZEGO ALBO ŚRODKA ZASKARŻENIA MIMO UCHYLENIA PRZEPISU ART. 130² § 3 K.P.C.

Dla praktyków nie jest żadną nowiną stwierdzenie o fatalnej jakości legislacji między innymi przepisów procesu cywilnego. Na porządku dziennym są ciągłe zmiany, wprowadzanie przypadkowych przepisów burzących całą ustaloną od lat konstrukcję kodeksu, częstotliwość nowelizacji niepozwalająca na ukorzenie się zmian i wypracowanie stałego orzecznictwa, a nawet, o zgrozo, zmiany przepisów jeszcze znajdujących się w okresie *vacatio legis*. Warto poinformować, że w ciągu pierwszych 14 lat swego obowiązywania Kodeks postępowania cywilnego nowelizowany był zaledwie 8 razy, zaś w ciągu dziesięciu lat (1999–2008) aż 116 razy, z czego większość zmian przeprowadzano w imię naczelnej idei naszych legislatorów – przyspieszenia postępowania. W wyniku tylu zmian kodeks stał się zbiorem przypadkowych przepisów, których racjonalne stosowanie wymaga niekiedy uciekania się przez Sąd Najwyższy do wykładni prawotwórczej¹. Co więcej, ustawodawca eksperymentuje, wprowadzając do kodeksu określone rozwiązania po to, aby – ale dopiero gdy narobią one dużo szkód – uchylić je po kilku latach. Taki był los na przykład art. 182¹ k.p.c., który na kilka lat zburzył ustaloną od lat 30. XX wieku zasadę zawieszania postępowań cywilnych w razie ogłoszenia upadłości pozwanego. Podobnie było z omawianym w tym artykule art. 130² k.p.c., o którego skutkach z § 3 niejeden adwokat boleśnie się przekonał. Zanim przejdę do szczegółowych rozważań warto przypomnieć, że Sąd Najwyższy dopuścił już możliwość odpowiedzialności odszkodowawczej Sejmu za bezprawie legislacyjne². Ten wyrok Sądu Najwyższego powinien być *pro memoria* wyryty w sali posiedzeń Sejmu i w Ministerstwie Sprawiedliwości, gdzie powstaje większość pomysłów.

¹ Por. uzasadnienie uchwały z 3 kwietnia 2008 r., sygn. II CSK 561/2007, gdzie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że „w piśmiennictwie podkreśla się usterki nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego dokonanej ustawą z dnia 16 listopada 2006 r., które wymagają przekraczania granic wykładni językowej (...)”.

² Wyrok Sądu Najwyższego z 24 września 2003 r., sygn. I CK 143/03, zakwalifikował wadliwą legislację jako czyn niedozwolony powodujący odpowiedzialność odszkodowawczą organu stanowiącego prawo.

Przypomnijmy teraz krótko historię art. 130² k.p.c. W dniu 2 marca 2006 r. weszła w życie ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych³. Nowa ustawa wprowadziła w art. 126 zmianę Kodeksu postępowania cywilnego, polegającą na dodaniu przepisu art. 130² k.p.c. Norma ta w § 3 zawierała następujący przepis:

„§ 3. Sąd odrzuca bez wezwania o uiszczenie opłaty pismo wniesione przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego środki odwoławcze lub środki zaskarżenia (apelację, zażalenie, skargę kasacyjną, skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, sprzeciw od wyroku zaocznego, zarzuty od nakazu zapłaty, skargę na orzeczenie referendarza sądowego) podlegające opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu zaskarżenia”.

Po zaledwie 3,5 roku obowiązywania przepis art. 130² § 3 k.p.c. spędzający adwokatom sen z powiek został uchylony w dniu 1 lipca 2009 r. na mocy nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁴. Pierwotnie w projekcie przewidywano tylko uchylenie samego § 4 z art. 130² k.p.c. ze względu na niekonstytucyjność dostrzeżoną w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 grudnia 2007 r.⁵, co znalazło wyraz w treści uzasadnienia projektu nowelizacji⁶. W toku prac parlamentarnych zdecydowano się jednak również na uchylenie przytoczonego wyżej § 3.

Wydawać by się zatem mogło niektórym, zwłaszcza poprzestającym tylko na sprawdzeniu aktualnej treści przepisów, że niebezpieczeństwo minęło i obecnie (zwłaszcza ze względu na niekonstytucyjność jako podstawową przyczynę uchylenia przepisu) nie ma już w żadnym wypadku obowiązku uiszczenia opłaty od środków odwoławczych lub środków zaskarżenia pod rygorem odrzucenia. Nic bardziej błędnego. Przepis ten stosuje się w dalszym ciągu do wszystkich spraw wszczętych przed 1 lipca 2009 r., a takich spraw nadal jest sporo.

Otóż art. 8 powołanej ustawy nowelizującej z 5 grudnia 2008 r. stanowi, że jej przepisy stosuje się do postępowań wszczętych po dniu jej wejścia w życie (to jest 1 lipca 2009 r.), z zastrzeżeniem ust. 2–5, które jednak nie mają żadnego odniesienia do niniejszej problematyki, gdyż dotyczą jurysdykcji krajowej. Co ważne i wymaga podkreślenia – omawiany przepis intertemporalny dotyczący m.in. stosowania art. 130² § 3 k.p.c. nie przyjmuje zasady instancyjności, jak miało to miejsce na przykład w wypadku przepisu intertemporalnego nowej ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (o czym dalej), lecz ustanawia cezurę czasową na dzień 1 lipca 2009 r. i uzależnia stosowanie art. 130² § 3 od tego, czy daną sprawę wszczęto przed tą datą, czy po tej dacie – niezależnie od tego, czy obecnie toczy się ona w pierwszej, czy w drugiej instancji.

Tak właśnie wykładają omawianą nowelizację sądy. W postanowieniu z 28 października 2009 r.⁷ Sąd Najwyższy stwierdził: „Jakkolwiek zatem ustawodawca uchylił przepis art. 130² § 3 k.p.c., to jednak w przypadkach, w których znajduje on zastosowanie (w szczególności art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Ko-

³ Tekst pierwotny: Dz.U. z 2005 r. nr 167, poz. 1398.

⁴ Dz.U. nr 234, poz. 1571.

⁵ Sygn. P 39/06.

⁶ Druk sejmowy nr 949 Sejmu VI kadencji.

⁷ Sygn. II PZ 16/2009 (LexPolonica 3026666).

deks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. nr 234, poz. 1571), środki odwoławcze wnoszone przez pełnomocników, a nieopłacone należycie, podlegają odrzuceniu bez wzywania do uzupełnienia braków”.

Identycznie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Gdańsku w postanowieniu z 23 września 2010 r.⁸, dodając: „Nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego, że przepis ma zastosowanie w niniejszej sprawie, gdyż od jego uchylecia ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r., przepisy ustawy zmieniającej stosuje się, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy zmieniającej, do postępowań wszczętych po dniu jej wejścia w życie, tj. po 1 lipca 2009 r., a sprawa, w której wniesiono zażalenie, została wszczęta przed tą datą”.

Powołanej wyżej linii orzeczniczej nie tylko nie sprzeciwia się uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z 15 czerwca 2010 r.⁹ (o mocy zasady prawnej!), ale nawet ją wzmacnia, mimo że teza tej uchwały pozornie prowadzi do odmiennego wniosku. Uchwała bowiem zawiera wykładnię cyt. art. 8 ust. 1 ustawy z 5 grudnia 2008 r., ale analizując ten przepis pod kątem pytania, czy wszczęcie postępowania kasacyjnego przez złożenie skargi kasacyjnej jest postępowaniem nowym, czy też kontynuacją postępowania dotychczasowego. Uchwała jako zasada prawna przesądza, że postępowanie kasacyjne jest postępowaniem nowym i dlatego przepis art. 130² § 3 k.p.c. nie ma zastosowania, jeżeli skargę kasacyjną wniesiono po dniu wejścia w życie nowelizacji uchylającej tenże przepis: „Z powyższych względów należy więc przyjąć, że postępowanie wszczęte skargą kasacyjną jest postępowaniem nowym. Wynika z tego, że do skargi kasacyjnej wniesionej po 1 lipca 2009 r. nie znajduje zastosowania uchylony art. 130[2] § 3 k.p.c.”.

Trzeba dodać, że choć przepis art. 130² § 3 wprowadzono dopiero w 2005 r. w ustawie z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, to jeszcze większa pułapka czyha na tego, kto nadal prowadzi sprawę wszczętą wcześniej (pod rządami ustawy z dnia 13 czerwca 1967 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, która straciła moc w chwili wejścia w życie nowej ustawy o kosztach z 2005 r.). Otóż ta nowa ustawa zawiera w art. 149 ust. 1 przepis intertemporalny, który stanowi, że w sprawach wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się, do czasu zakończenia postępowania w danej instancji, dotychczasowe przepisy o kosztach sądowych. Odmiennie zatem niż omówiony wyżej przepis art. 8 ustawy nowelizującej z 5 grudnia 2008 r. art. 149 ust. 1 u.k.s.c. stosuje charakterystyczną dla proceduralnych przepisów przejściowych zasadę instancyjności. Trzeba pamiętać, że wniesienie apelacji inicjuje nową instancję. W rezultacie apelacja jako nowa instancja oraz zażalenie wnoszone w drugiej instancji będą podlegać nowej u.k.s.c. z 2005 r. – ze wszystkimi jej przepisami wprowadzonymi tekstem pierwotnym (a zatem wraz z art. 130² § 3 k.p.c.!), choć oczywiście z uwzględnieniem późniejszych zmian, o ile będą mogły mieć zastosowanie. Oznacza to, że paradoksalnie będzie podlegał sankcji z art. 130² § 3 k.p.c. ten, kto wnosił sprawę, gdy przepis jeszcze nie obowiązywał, a kto wnosi apelację, gdy przepis już nie obowiązuje. Jest to chyba jedna z największych pułapek zastawionych przez nieudolnego ustawodawcę na pełnomocników.

Trzeba jednak przypomnieć, że wyższe wymagania formalne stawiane profesjonal-

⁸ Sygn. III APz 23/2010 (Lex Polonica 2460982).

⁹ Sygn. II UZP 4/2010.

nym pełnomocnikiem przez ustawodawcę nie były nigdy zakwestionowane ani przez Trybunał Konstytucyjny, ani przez Sąd Najwyższy (por. wydane na tle art. 130² § 3 k.p.c. postanowienie SN z 24 sierpnia 2009 r.¹⁰ oraz uchwałę SN z 13 kwietnia 2007 r.¹¹, w uzasadnieniu której podkreślono, że art. 130² § 3 k.p.c. jednoznacznie wskazuje, iż adresowanie go do kręgu podmiotów mających specjalne kwalifikacje zawodowe stanowi podstawę zaostrożenia wymogów związanych z ich sytuacją procesową w porównaniu z obowiązками innych osób będących stronami postępowania sądowego).

Już tylko z obowiązku należy przypomnieć oczywistość terminologiczną, że instancja to tylko pewne stadium w jednym postępowaniu. Apelacja nie wszczyna nowego postępowania w sprawie, lecz kontynuuje dotychczasowe. Także zwolnienie od kosztów udzielone stronie w danym postępowaniu obejmuje obie instancje oraz postępowania wypadkowe (np. zażaleniove). Podobnie pełnomocnictwo udzielone adwokatowi, jeżeli z jego treści nie wynika nic innego, nie wygasa wraz z wydaniem wyroku w pierwszej instancji; adwokat z apelacją nie musi składać nowego pełnomocnictwa ani uiszczać kolejnej opłaty skarbowej.

Można też podać przykład, gdy sam ustawodawca właśnie w przepisach przejściowych do zmian w Kodeksie postępowania cywilnego wyraźnie wskazuje, że obowiązywanie danego przepisu zależne jest nie od daty wszczęcia postępowania w sprawie, lecz od zakończenia postępowania w danej instancji (por. art. 6 ustawy z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. nr 121, poz. 831). Zatem sam ustawodawca w dwóch aktach prawnych regulujących tę samą materię rozróżnia pojęcia „**postępowanie**” i „**postępowanie w instancji**”. O instancyjności mówią też przepisy ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Wreszcie art. 176 ust. 1 Konstytucji stanowi, że „**postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne**” – używając terminu postępowanie w liczbie pojedynczej. O ile więc nie wolno utożsamiać pojęć „postępowanie” i „instancja”, o tyle w wielu wypadkach można postawić znak równości między pojęciami „postępowanie” i „sprawa”, jak uczynił Sąd Apelacyjny w Gdańsku w postanowieniu z 23 września 2010 r. Zainteresowanych pogłębioną analizą terminologii można odesłać do zasady prawnej wyrażonej w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego sygn. III CZP 142/2007, gdzie wskazywano, że pod pojęciem „**sprawa**” kryje się wiele czynności procesowych stron i sądu, od wszczęcia postępowania aż do wydania prawomocnego orzeczenia. Co więcej, w dwóch zdaniach odrębnych sędziowie SN argumentowali, że nawet postępowanie kasacyjne jest kontynuacją dotychczasowej sprawy.

Na koniec wyrażam przekonanie, że dla znakomitej większości adwokatów niegroźna będzie pułapka w postaci stosowania sankcji z art. 130² § 3 k.p.c. mimo jego uchylecia. Niemniej jednak warto pamiętać, że nigdy dość ostrożności w posługiwaniu się przepisami procesowymi, która powinna się wyrażać w dokładnym przesłedzeniu historii danego przepisu.

¹⁰ Sygn. I PZ 8/2009 (Lex Polonica 2473906).

¹¹ Sygn. III CZP 158/2006 (OSNC 2008, nr 3, poz. 33).

Punkty widzenia

Ryszard Zahorski

BEZPIECZEŃSTWO PIESZEGO NA DRODZE

I. WSTĘP

Przedmiotem rozważań są fizyczne źródła wypadku pieszego z pojazdem na wytyczonych przejściach dla pieszych w świetle obowiązującego Prawa o ruchu drogowym.

Problem nieskuteczności przepisów Prawa drogowego dotyczącego ruchu i zachowania się dwóch skrajnie różnych uczestników ruchu – pojazdów i pieszych – na wytyczonych drogach, przejściach dla pieszych, na których w bezsensowny, nielogiczny sposób piesi giną lub doznają trwałych obrażeń ciała, nie rozumiejąc, dlaczego doszło do kolizji z pojazdem, skoro znajdowali się na przejściu dla pieszych zgodnie z danym im przywilejem przez przepis art. 13 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo o ruchu drogowym (dalej: p.r.d.): **„Pieszy znajdujący się na tym przejściu ma pierwszeństwo przed pojazdem”**, zmusza do głębokiego zastanowienia i znalezienia przyczyny tej tragicznej, niespadającej, a rosnącej statystyki tego rodzaju wypadków drogowych.

Na rozprawach sądowych poszkodowani piesi, którzy przeżyli kontakt z pojazdem na przejściu, i ich pełnomocnicy powołują się na cytowaną treść przepisu art. 13 ust. 1 p.r.d. i bardzo często, mimo wielu argumentów rodzących istotne wątpliwości w ramach czynności obrończych, kierujący pojazdem zostaje skazany. Nasuwa się pytanie, czy postępowanie procesowe rozwiązuje problem następnych kolizji na przejściu dla pieszych innych uczestników ruchu? Niestety, dostarcza tylko argumentów adwokatom, obrońcom oskarżonego lub oskarżycielom posiłkowym poszkodowanego.

Obowiązujące przepisy Prawa drogowego dotyczące ruchu i zachowania się pieszych i pojazdów przy wkroczeniu – wjechaniu na przejście dla pieszych wymagają innej oceny aktualności metodyki i redakcji przepisów dotyczących zarówno przywileju w ruchu pieszego na przejściu dla pieszych, jak i wymogu stawianego kierującemu pojazdem zbliżającym się do przejścia, w przeciwieństwie do aprobowanej w mediach przez obrońców redakcji aktualnych przepisów Prawa drogowego.

Rozszerzenia obowiązku stawianego kierującemu pojazdem wymaga przepis art. 26 ust. 1 p.r.d. stawiany kierującemu pojazdem zbliżającym się do przejścia dla pieszych,

zwłaszcza tego, na którym brak jest sygnalizacji świetlnej kierującej ruchem pojazdów i pieszych. Obecnie przepis ten brzmi: „**Kierujący pojazdem, zbliżając się do przejścia dla pieszych, jest zobowiązany zachować szczególną ostrożność i ustąpić pierwszeństwa pieszemu znajdującemu się na przejściu**”. Jest to sucha treść wymogu postawionego przez ustawodawcę kierującym pojazdami. Znowu rodzi się pytanie, jak w konsekwencji wygląda skuteczność i realia tak skonstruowanego przepisu. Odpowiedzią jest statystyka wypadków drogowych, z której wynika, że w roku 2012 na drogach polskich zginęło ponad 4000 osób, różnych uczestników ruchu. Około 40% wypadków drogowych powodują piesi. Informacji na temat, ilu pieszych zginęło na przejściach dla pieszych, może dostarczyć Komenda Główna Policji.

Są to dane zatrważające i zmuszające do myślenia i rozważenia, czy uczyniliśmy wszystko, by zmniejszyć liczbę osób, które wkraczając na jezdnię, nawet na przejścia dla nich wytyczone i z własnej winy lub z powodu niewystarczającej ostrożności nakazanej przez aktualne Prawo drogowe, giną w okolicznościach, w których nie powinno dojść do wypadku.

Artykuł nie bez powodu nosi tytuł *Bezpieczeństwo pieszego na drodze*, zamiast: na przejściu dla pieszych. Przejście dla pieszych jest odcinkiem drogi wyznaczonym przez organizatora ruchu dla umożliwienia pieszemu przekroczenia jezdni, co nie zmienia faktu, że pieszy na tej jezdni jest i będzie zawsze intruzem, zgodnie z podziałem drogi przez człowieka na jezdnie dla pojazdów i chodniki dla pieszych.

Od czasu gdy człowiek wynalazł koło, a w ślad za tym zaczęto konstruować różne pojazdy, powstała potrzeba wytyczenia dla nich odrębnych dróg. Lawinowy rozwój motoryzacji w dwudziestym wieku i wraz z nim rozwój infrastruktury kraju, nadmierne zagęszczenie dróg różnymi i coraz szybszymi pojazdami oraz powstanie nowego zjawiska – nadmiernej wypadkowości drogowej, pochłaniającej w kraju rocznie tysiące ofiar i dziesiątki tysięcy rannych, zmusiły nas do wprowadzenia nowego prawa – Prawa drogowego, regulującego stosunki między użytkownikami tych dróg i uczestnikami ruchu.

Chociaż jezdnie dróg są budowane z przeznaczeniem dla pojazdów, inny użytkownik drogi – pieszy – jest też uczestnikiem ruchu, ponieważ musi przemieszczać się z jednej strony drogi na drugą.

Dążąc do tego, co oczywiste, że ruch na jezdni tak różnych jego uczestników powinien odbywać się bezkolizyjnie, ustawodawca podał w formie przepisów wymogi i przywileje dla nieporównywalnych fizycznie uczestników ruchu na drodze – pieszych i pojazdów.

Ruch każdego ciała materialnego w przestrzeni, a więc na drodze, jest zjawiskiem fizycznym, uwarunkowanym i definiowanym przez trzy parametry:

- s – drogę,
- v – prędkość,
- t – czas,

w związku z tym prawna i skuteczna regulacja tego ruchu nie może wynikać z narzuconych podmiotowo założeń autorów projektu przepisów uchwalonej ustawy, a musi opierać się na prawach fizyki rządzącej ruchem, a więc musi wynikać z praw teorii ruchu i teorii zderzeń ciał materialnych – pojazdów.

Truizmem jest twierdzenie, że również Prawo drogowe z upływem czasu wymaga zmian lub nowelizacji. Każde prawo dotyczące różnych dziedzin i spraw naszego życia aktualizuje czas jego działania.

Obecne przepisy Prawa drogowego w Polsce, bez potrzeby uzasadniania, wymagają nowelizacji dostosowanej do istniejących gwałtownych zmian – w rosnącym burzliwie ruchu pojazdów i zmieniającej się mentalności zróżnicowanych fizycznie i psychologicznie uczestników tego ruchu.

II. FIZYKA RUCHU POJAZDU I PIESZEGO – MOŻLIWOŚCI UNIKNIĘCIA KOLIZJI

Dla uzasadnienia potrzeby uaktualnienia niektórych zasad bezpieczeństwa drogowego należy przytoczyć fizyczne argumenty, nieznoszące jakiegokolwiek polemiki z realiami życia.

Podstawową różnicą dzielącą obu tak różnych uczestników ruchu w kwestii możliwości uniknięcia wzajemnego kontaktu na drodze są:

- możliwość zatrzymania się w miejscu pieszego, wkraczającego na jezdnię (przejście dla pieszych) normalnym krokiem, to jest z prędkością rzędu: $v_p = 3\text{--}5$ km/h,
- niemożliwość zatrzymania się w miejscu pojazdu, nawet wjeżdżającego na przejście z prędkością pieszego. Pojazd, od chwili podjęcia przez kierowcę decyzji hamowania do chwili zatrzymania, musi przebyć określony odcinek drogi, nie może stanąć w miejscu.

Podstawową przeszkodę w tak zróżnicowanych manewrach obronnych obu uczestników ruchu stanowi zasób energii kinetycznej ich ruchu, na który składa się zarówno masa uczestnika ruchu, jak i jego prędkość. Fizyka ruchu ciał materialnych określa zasób energii kinetycznej ciała znanym wzorem:

$$E_k = \frac{m \times v^2}{2} \text{ (Nm)}$$

Bez podawania przykładu łatwo przytoczyć nierówność zasobu energii kinetycznej obu uczestników ruchu – samochodu i pieszego:

$$E_{ks} = \frac{m_s \times v_s^2}{2} > E_{kp} = \frac{m_p \times v_p^2}{2}$$

Zasób energii kinetycznej samochodu zbliżającego się do toru ruchu pieszego (przejścia dla pieszych) jest wielokrotnie większy od zasobu energii kinetycznej pieszego. Należy przy tym pamiętać, że dwukrotnemu wzrostowi prędkości pojazdu towarzyszy nie dwukrotny, a czterokrotny przyrost energii kinetycznej jego ruchu.

Łatwo zatem zrozumieć, że przy znacznych różnicach prędkości obu uczestników kolizji znaczna przewaga energii kinetycznej uderzającego pojazdu nad pieszym daje mu nikłe szanse przeżycia przy kontakcie z pojazdem. Stąd kolizja pojazdu z pieszym stwarza pole do różnych spekulacji myślowych i często podświadomie ustawia nas po stronie słabszej, a więc pieszego. Jest to – wbrew utartym przekonaniom – najtrudniejszy do oceny i osądzenia model wypadku, gdyż często na jezdni nie pozostają żadne ślady, co powoduje wielokrotnie sprzeczne dedukcje matema-

tyczno-fizyczne przy próbie dedukcyjnej rekonstrukcji przebiegu zdarzenia, przedstawiając fałszywy obraz wypadku i zachowania się jego uczestników w początkowej fazie wypadku – stanie zagrożenia. Z reguły najtrudniej wybronić się kierującemu pojazdem z zarzutu spowodowania wypadku niż sprawcy wypadku, poszkodowanemu pieszemu, mającemu wszelkie możliwości uniknięcia spowodowanego przez niego stanu zagrożenia.

Problem rozwikłania możliwości zapobiegnięcia wypadkowi przez kierowcę wymaga z jednej strony zaangażowania odpowiedniego potencjału wiedzy dobrego biegłego, a z drugiej – daje pole do licznych spekulacji nieprzygotowanym dostatecznie w tym przedmiocie biegłym lub obrońcom oskarżonego kierowcy lub pieszego, wyciągającym wnioski na podstawie intuicyjnej dedukcji biegłego lub obrońcy opartej na konfabulacjach oskarżonego. Takie są często realia postępowań przed sądami.

Jeżeli żadna ze stron procesowych nie potrafi w rzetelny sposób, oparty na matematyczno-fizycznej podbudowie (brak dowodów materialnych z miejsca wypadku), uzasadnić swojej racji, ich argumenty w konfrontacji z podobnymi tracą na ostrości, „rozmydlają się”. Dochodzi do licytacji racji, a skutek – liczne apelacje i zaangażowane nierzadko wszystkie instancje procesowe.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że w modelu wypadku pojazd-pieszony stan zagrożenia wywołany przez jednego z uczestników ruchu jest wyraźną funkcją określonych parametrów fizycznych ruchu i ujawnienie tych parametrów stanowi jedyną podstawę do wydania rzetelnej opinii, a dla organu procesowego – zajęcia stanowiska niepozostawiającego uczucia niedosytu.

Z tego fizycznego uwarunkowania powstania na drodze (na przejściu dla pieszych) stanu zagrożenia wynika jedyny logiczny wniosek i sposób tworzenia przepisów Prawa drogowego – wymogi i przywileje dla uczestników ruchu, warunkujące ich większy szacunek dla Prawa drogowego i rygorystyczne przestrzeganie przepisów tego prawa.

Redakcja przedmiotowych przepisów musi obecnie wykluczać możliwość swobodnej interpretacji przepisu i możliwości wymuszania przez pieszego danego mu przez ustawodawcę przywileju (pierwszeństwa) w ruchu. Jest to niezbędny dogmat stawiany w interesie słabszego uczestnika ruchu – pieszego, za cenę jego przeżycia.

Zmusza nas do tego brutalna, niezmiuszająca się statystyka śmiertelnych wypadków na przejściach dla pieszych.

Powstaje zatem paradoks, a mianowicie wraz ze wzrostem nowocześniejszych i szybszych samochodów rośnie liczba wypadków drogowych (dane amerykańskie). Posiadacz samochodu własny proces myślenia i przewidywania usiłuje zastąpić nowoczesnymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi samochodu. To są odkrycia, których nie przewidzieli twórcy obecnego Prawa drogowego.

Zatem podobnej nowelizacji wymaga przepis dotyczący kierującego pojazdem zbliżającym się do każdego przejścia dla pieszych, nawet z istniejącą sygnalizacją świetlną kierującą ruchem.

Fizyczne możliwości uniknięcia wypadku określają rozwijane przez samochody prędkości, które są coraz trudniej wyczuwalne we współczesnych konstrukcjach, i wynikające stąd opóźnienia oraz drogi zatrzymania. Ten kontekst uzasadnia stwierdzenie, że w stanie zagrożenia zapobiec wypadkowi może praktycznie tylko pieszy, gdyż jego naturalną reakcją po zauważeniu stanu zagrożenia jest możliwość natychmiastowego

zatrzymania się w miejscu. Pojazd natomiast musi przejechać określony odcinek drogi od chwili podjęcia przez kierowcę decyzji o zatrzymaniu.

Obydwaj uczestnicy ruchu, kierujący pojazdem i pieszy – pomimo że znajdują się jeszcze od siebie w odległości stanowiącej wielokrotność długości pojazdu – skazani są na bezpośredni kontakt.

Drugi paradoks polega na tym, że z dramatu sytuacji zdaje sobie sprawę tylko jedna strona, kierowca, który ma mniej do powiedzenia, by zapobiec wypadkowi. Druga strona zdarzenia, pieszy, mający wszelkie możliwości fizyczne likwidacji stanu zagrożenia, najczęściej do chwili zderzenia jest nieświadomy narastającego niebezpieczeństwa, lub świadomie wymusza posiadany przywilej w ruchu, ponieważ znajduje się na przejściu i nie uczestniczy w procesie myślowym kierowcy, któremu bezwiednie pozostawia problem i kłopot wyjścia z sytuacji. Występuje tu zdecydowana nierówność przeżycia obydwu stron. Nieuchronnie nasuwa się następujący końcowy wniosek. Konieczna nowelizacja przepisów Prawa drogowego dotyczących ruchu pieszego po jezdni, a zwłaszcza na wszystkich przejściach dla pieszych, musi być w swoich wymogach jednakowo kategoryczna dla pojazdów i pieszych i uwzględniać rozmaite możliwości zapobieżenia kolizji tych różnych uczestników ruchu w sytuacji pojawienia się na przejściu stanu zagrożenia (brak możliwości zatrzymania pojazdu w miejscu przez jego kierowcę). Dawanie przywileju (pierwszeństwa w ruchu) pieszem na przejściu musi być wyraźnie i kategorycznie uwarunkowane prawdopodobieństwem zaistnienia niebezpiecznej sytuacji na przejściu ze strony zbliżającego się do przejścia pojazdu i uwarunkowane upewnieniem się przez pieszego, zamierzającego wkroczyć na przejście, że zbliżający się doń pojazd zamierza i może się zatrzymać przed przejściem, by umożliwić pieszem bezkolizyjne przekroczenie jezdni.

Dotychczasowa redakcja przepisów Prawa drogowego ma charakter urzędowy, oficjalny, obojętny, dający możliwość metaforycznej, swobodnej, samodzielnej interpretacji. *Casus* – cytowane zdanie przepisu art. 13 ust. 1 p.r.d. Takie środki przekazu informacji twórcy Prawa drogowego nie sprawdzają się, jak pokazuje życie – sprzyjają zagrożeniom urzeczywistnianym przez uczestników ruchu.

Jeśli chcemy zmniejszyć wypadkowość zachowania się uczestników ruchu – kierującego pojazdem i pieszego na jezdni, zwłaszcza na różnego rodzaju przejściach dla pieszych, metodyka i redakcja przepisów Prawa drogowego musi mieć charakter kategoryczny, ale powinna być podana w sposób dydaktyczny, edukacyjny, z uwarunkowaniami niedającymi uczestnikowi ruchu swobodnej, samodzielnej interpretacji przepisu. Tego wymaga statystyka wypadków drogowych.

Jedynie przez zmniejszenie stanu zagrożenia na jezdni zmniejszy się wypadkowość kolizji pojazd-pieszy oraz – jak czasami się zdarza – nietypowych kolizji: pieszy-pojazd.

III. PROJEKT ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW PRAWA DROGOWEGO – ZACHOWANIA SIĘ PIESZYCH I KIERUJĄCYCH POJAZDAMI NA JEZDNI, W OBSZARZE PRZEJŚCIA DLA PIESZYCH

Poniżej zaprezentowano, w ramach postulatów *de lege ferenda*, tekst przepisów ustawy Prawo o ruchu drogowym, wprowadzając doń tłustym drukiem dodatkowe, konieczne uzupełnienia, nowelizujące tekst przepisu:

RUCH PIESZYCH

Art. 11 p.r.d. nie wymaga zmian.

Art. 12.

ust. 6. Jeżeli przemarsz kolumny pieszych odbywa się w warunkach niedostatecznej widoczności:

1) pierwszy i ostatni z idących z lewej strony są obowiązani nieść latarki:

a) pierwszy – ze światłem białym, skierowanym do przodu,

b) ostatni – ze światłem czerwonym, skierowanym do tyłu,

ponadto jest obowiązany używać elementów odblaskowych odpowiadających właściwym warunkom technicznym.

cd. – bez zmian.

Art. 13 ust. 1. Pieszy, przechodząc przez jezdnię lub torowisko, jest obowiązany zachować szczególną ostrożność **bez wymuszania przejścia przed nadjeżdżającym pojazdem** oraz, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, korzystać z przejścia dla pieszych. Pieszy znajdujący się na tym przejściu ma pierwszeństwo przed pojazdem, **pod warunkiem koniecznego upewnienia się, że widziany, zbliżający się do przejścia pojazd może i zdąży zatrzymać się przed przejściem.**

a) pieszy, przekraczając przejście przed zatrzymanym pojazdem na jezdni o kilku pasach ruchu, ma obowiązek upewnienia się, zbliżając się do kolejnego pasa ruchu, czy nadjeżdżający tym pasem ruchu pojazd zatrzyma się przed przejściem.

b) pieszemu nie wolno wymuszać przekraczania przejścia przed jadącymi pojazdami, nawet gdy ma pierwszeństwo ruchu. Dotyczy to szczególnie przejść przez jezdnię, na których istnieje sygnalizacja świetlna kierująca ruchem wszystkich uczestników ruchu. Pieszy winien pamiętać, że pojazd nie jest w stanie przy żadnej prędkości zatrzymać się w miejscu.

cd. – bez zmian.

Art. 14.

Zabrania się:

1) wchodzenia na jezdnię:

a) bezpośrednio przed jadącym pojazdem, w tym również na przejściu dla pieszych, **bez upewnienia się, czy kierujący pojazdem może i zdąży zatrzymać się przed przejściem. Zabrania się pieszemu zmuszania kierującego pojazdem do awaryjnego hamowania,**

b) spoza pojazdu lub innej przeszkody ograniczającej widoczność drogi, **nawet na kolejnych pasach ruchu pojazdów, bez zachowania szczególnej ostrożności;**

2) przechodzenia przez jezdnię w miejscu o ograniczonej widoczności drogi, **i obowiązkowo nakazuje się wybór innego miejsca przekraczania jezdni, umożliwiającego obserwację ruchu pojazdów.**

cd. – bez zmian.

RUCH POJAZDÓW

W stosunku do kierujących pojazdami zbliżającymi się do przejścia dla pieszych autor widzi uzasadnioną fizycznie i prawnie potrzebę znowelizowania przepisu warunkującego bezkolizyjny ruch pojazdu.

Art. 26.

ust. 1. Kierujący pojazdem, zbliżając się do przejścia dla pieszych, jest obowiązany

zachować szczególną ostrożność, to znaczy przewidzieć możliwość wtargnięcia pieszego na przejście, a więc powinien zmniejszyć prędkość pojazdu oraz zatrzymać się i ustąpić pierwszeństwa pieszemu **wkraczającemu lub** znajdującemu się na przejściu.

ust. 3. Kierującemu pojazdem zabrania się:

1) wyprzedzania pojazdu na przejściu dla pieszych i bezpośrednio przed nim, **nawet na przejściu, na którym ruch jest kierowany,**

2) omijania pojazdu, który jechał w tym samym kierunku, **lecz zaczął zwalniać lub zatrzymał się** w celu ustąpienia pierwszeństwa pieszemu,

3) jazdy wzdłuż po chodniku lub przejściu dla pieszych, **z wyjątkiem nietypowej sytuacji, w której wzdłużny ruch po jezdni chwilowo jest niemożliwy i ominięcie przeszkody dla zachowania płynności ruchu wymaga uzasadnionej zmiany miejsca lub toru ruchu, z zachowaniem szczególnej ostrożności i ustąpienia pierwszeństwa ruchu pieszemu,**

4) kierujący pojazdem, **zbliżający się do każdego przejścia dla pieszych, nawet z ruchem kierowanym, musi zdawać sobie sprawę, że niektórzy piesi nie znają ograniczonej możliwości manewru obronnego kierowcy i mogą wymuszać przejście przez jezdnię.**

cd. – bez zmian.

IV. KONKLUZJA

Konieczność nowelizacji cytowanych przepisów Prawa drogowego nie podlega żadnej dyskusji i polemice ze strony dotychczasowych jego twórców i zwolenników. Są już nieadekwatne do rodzaju i zmian natężenia tego ruchu i wiedzy o nim, uwzględniającej nie tylko potrzebę zapewnienia przepisem prawa bezpieczeństwa ruchu, ale i jego płynności oraz ekonomii funkcji ruchu.

Dziś, oprócz bezpieczeństwa ruchu na drodze, warunkiem istnienia i rozwoju transportu staje się ekonomia ruchu, o czym musi pamiętać nie tylko twórca prawa drogowego, ale i organizator ruchu, odpowiednio wyznaczający przejścia dla pieszych (zob. art. 14 ust. 2 p.r.d.).

Zatem sprawą podstawową, na którą nie ma wpływu autor znowelizowanych przepisów, jest czas potwierdzenia słuszności nowelizacji przepisów Prawa drogowego i wprowadzenia ich w życie.

Należy tylko żywić nadzieję, że znowelizowane przepisy, rządzące ruchem na drogach w obszarze przejścia dla pieszych różnych uczestników ruchu, dotrą jak najszybciej do właściwego adresata – zespołu sejmowego zajmującego się bezpieczeństwem ruchu, przygotowującego projekty ustaw, który zrozumie nie tylko konieczność tej nowelizacji przepisów, ale i nada im szybki, proceduralny, dalszy bieg.

CZY DZIECIOBÓJCZYNIIE ZABIJAJĄ POD WPŁYWEM AFEKTU?

Na wstępie pragnę zaznaczyć, że zaproponowany przeze mnie tytuł stanowi znaczne uproszczenie zagadnienia dogmatycznego stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania. W istocie przeprowadzone w dalszej części rozważania zmierzają do rozwiązania następującego dylematu interpretacyjnego:

Czy w świetle aktualnej wykładni art. 148 § 4 k.k. możliwe jest zaistnienie takiego stanu faktycznego, który uzasadniałby przyjęcie, że matka dokonała zabójstwa swojego nowo narodzonego dziecka, znajdując się w stanie afektu usprawiedliwionego okolicznościami zajścia, co przesądzałoby o konieczności zakwalifikowania takiego zachowania z art. 148 § 4 k.k., a nie art. 149 k.k. (dzieciobójstwo)?

W doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa karnego materialnego stan afektu definiuje się jako „przeżycie utrudniające kontrolującą funkcję rozumu”, powodujące, że „sprawca kieruje się wyłącznie względami uczucia, niczym nie hamowanymi”¹. Jednocześnie podkreśla się, że omawiany termin obejmuje swym zakresem znaczeniowym jedynie „**afekt fizjologiczny**, nie związany z odchyleniami psychiki człowieka od normy”², co do zasady odnosząc się więc jedynie do osób psychicznie zdrowych. Co więcej, sama reakcja afektywna cechuje się nagłością wystąpienia i krótkotrwałością przebiegu, a także stanowi bezzwłoczną reakcję na bodziec zewnętrzny usytuowany poza sprawcą³. Z uwagi na tę ostatnią okoliczność występki opisany w art. 148 § 4 k.k. należy zaliczyć do przestępstw sytuacyjnych. W myśl kolejnego wymogu interpretacyjnego tak postrzegany afekt musi stanowić wyłączny motor działania sprawcy⁴, spełniając decydującą rolę w procesie motywacyjnym prowadzącym do zabójstwa. Ponadto większość przedstawicieli doktryny dodaje, że dla przyjęcia realizacji znamion „zabój-

¹ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 161.

² A. Zoll, (w:) A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, wyd. II, Lex 2006, stan na 15 kwietnia 2011 r. [art. 148 § 4 k.k.], teza 68.

³ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa*, s. 161.

⁴ Wyrok SA w Katowicach z 6 kwietnia 2000 r., II AKa 40/00, OSA 2001, nr 6, poz. 34.

stwa pod wpływem silnego wzburzenia” konieczne jest, aby przyczyna wywołująca afekt pochodziła od pokrzywdzonego, co oznacza, że to właśnie zachowanie późniejszej ofiary ma wywołać u sprawcy tak gwałtowną i nieoczekiwaną reakcję⁵. A. Zoll zaznacza w tym względzie, że: „zachowanie się pokrzywdzonego stanowiące przyczynę silnego wzburzenia **musi polegać na wyrządzeniu sprawcy krzywdy**, np. poprzez znęcanie się przyszłej ofiary zabójstwa nad sprawcą, zdradę małżeńską, ciężką obrazę, posądzenie o czyn hańbiący”⁶.

Na samym końcu procesu interpretacyjnego spoczywa konieczność weryfikacji, czy owo silne wzburzenie jest usprawiedliwione okolicznościami zajścia, a więc czy może zasługiwać na pewną dozę zrozumienia z punktu widzenia zasad moralnych i oceny społecznej⁷.

Jeśli weźmie się pod uwagę ten skrótowy zarys wykładni art. 148 § 4 k.k., powstać mogą wątpliwości co do możliwości pogodzenia zamiaru nagłego, charakteryzującego omawiany typ zabójstwa, z długotrwałym okresem ciąży, pełnym przemyśleniem ciężarnych kobiet nad losem i przyszłością ich niechcianego dziecka, w obliczu trudnej sytuacji materialnej i osobistej⁸.

Z drugiej jednak strony wskazana koncepcja zdaje się korespondować z literalnym brzmieniem art. 149 k.k., w którym mowa o „**matce, która zabija dziecko w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu**”, wskazując tym samym, że na gruncie omawianego przestępstwa zamiar zabójstwa rodzi się dopiero w trakcie porodu, a ponadto pozostaje w ścisłym związku z samym procesem rodzenia.

W konsekwencji na pierwszy rzut oka wydawać się może, że cytowany przepis stanowi właśnie o sytuacjach nagłego, nieprzewidzianego zakłócenia czynności psychicznych, będących wynikiem samej akcji porodowej. Wszakże to dopiero lektura orzecznictwa i poglądów doktryny w zakresie wykładni art. 149 k.k. pozwala na uwzględnienie w ramach znamienia „wpływu przebiegu porodu” także czynników społecznych, związanych z sytuacją ekonomiczną, rodzinną i osobistą rodzących kobiet.

Idąc dalej, nie ulega wątpliwości, że poród jest procesem fizjologicznym, który w pewnych rzadkich przypadkach może doprowadzić do zakłócenia równowagi psychicznej u osób psychicznie zdrowych. Wyniki ostatnich badań aktowych dowodzą przy tym, że najczęściej diagnozowaną przyczyną nieprawidłowości w strukturze psychiki rodzących kobiet są **zaburzenia osobowości**⁹.

Ponadto możliwe do wyobrażenia wydają się sytuacje, w których zamiar zabójstwa zrodzi się u dzieciobójczyń w sposób nagły. W praktyce wymiaru sprawiedliwości częste są bowiem przypadki, w których dzieciobójczynie przez cały okres ciąży nie korzystają z pomocy ginekologicznej, nie znają daty porodu, a w rezultacie dokonują go w zaskoczeniu – w drodze powrotnej do domu z pracy, w samotności, w nocy.

Podkreślenia wymaga także fakt, że w piśmiennictwie prawnokarnym dopuszcza

⁵ A. Zoll, (w:) *Kodeks*, teza 73.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ K. Daszkiewicz, *O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.)*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 43.

⁹ A. Księżopolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Lex 2010, stan na 7 kwietnia 2011 r., s. 91.

się wyjątki od wymogu „natychmiastowości” reakcji afektywnej. Powyższe odstępstwo uzasadnia się w szczególności, stwierdzonymi na gruncie psychologii, sytuacjami gwałtownego wybuchu, jako reakcji na błahy bodziec, w następstwie nagromadzenia negatywnych odczuć¹⁰. W tym kontekście na uwagę zasługuje fakt, że podobny stan permanentnego obniżenie nastroju towarzyszy okresowi niechcianej ciąży.

W dalszej kolejności należy zastanowić się, czy stan nagłego wzburzenia, powstałego w okolicznościach opisanych w art. 149 k.k., może choćby potencjalnie zostać zakwalifikowany jako reakcja na bodziec zewnętrzny oraz co w przypadku dzieciobójstwa stanowi ów faktor umiejscowiony poza sprawcą – „poród” czy raczej nowo narodzone, niechciane „dziecko”?

Jeśli przyjąć pierwszą hipotezę, nie sposób byłoby zasadnie twierdzić, że silne wzburzenie zostało wywołane przez okoliczność umiejscowioną poza sprawcą. Powyższego założenia nie dałoby się także pogodzić z wymogiem, że to właśnie **naganne zachowanie pokrzywdzonego** rodzi u sprawcy nieoczekiwany wybuch emocji.

W związku z powyższym w tym aspekcie trafniejsze wydaje się twierdzenie, że u podłoża potencjalnego afektu rodzącej kobiety leży fakt przyjścia na świat niechcianego dziecka. Jednocześnie nie sposób argumentować, aby to zupełnie niezależne od niemowlęcia zdarzenie cechowało się jakąkolwiek nagannością z jego strony.

Jeśliby natomiast doszukiwać się okoliczności usprawiedliwiających powstanie wzburzenia „w okresie porodu”, upatrywać ich należy głównie w okolicznościach egzogennych (zewnętrznych), takich jak: atypowe miejsce i czas porodu, duża utrata krwi. W judykaturze i doktrynie prawa karnego podkreśla się bowiem, że okoliczności usprawiedliwiające mają dotyczyć samego wzburzenia, a nie późniejszego zabójstwa¹¹. Jednocześnie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na fakt, że przy ocenie całokształtu okoliczności usprawiedliwiających słuszne jest także branie pod uwagę czynników endogennych, takich jak „**cechy charakteru sprawcy, jego predyspozycje oraz motywacja**”¹².

Jednocześnie sporne w doktrynie pozostaje, czy za usprawiedliwione okolicznościami można uznać także sytuacje wzburzenia, skierowanego przeciwko osobie trzeciej, która swoim zachowaniem nie spowodowała reakcji afektywnej¹³. W orzeczeniu z 29 maja 2003 r. Sąd Najwyższy dopuścił taką możliwość, jednocześnie ograniczając ją do sytuacji, „**kiedy okoliczności, w jakich powstał stan silnego wzburzenia, można – z punktu widzenia etycznego i społecznego – uznać za usprawiedliwione**”¹⁴.

Reasumując powyższe rozważania, nie ulega wątpliwości, że koncepcja zastosowania art. 148 § 4 k.k. do przypadków nagłych i gwałtownych zaburzeń równowagi psychicznej powstałych w związku z porodem budzić może kontrowersje interpretacyjne.

Jakkolwiek osobiście nie przychyliam się do stanowiska, że przepisy art. 149 k.k.

¹⁰ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa*, s. 176.

¹¹ *Ibidem*, s. 173.

¹² Wyrok SN z 12 stycznia 1977 r., II KR 228/76, OSNKW 1977, nr 4–5, poz. 39.

¹³ SN udzielił negatywnej odpowiedzi na tak zadane pytanie w wyroku z 29 września 1971 r., II KR 186/71, OSNKW 1972, nr 1, poz. 10, natomiast w uzasadnieniu postanowienia z 29 maja 2003 r., III KK 74/2003, R-OSNKW 2003, poz. 1156, SN nie wykluczył możliwości przyjęcia usprawiedliwionego wzburzenia, którego ofiarą padła osoba trzecia.

¹⁴ Uzasadnienie postanowienia SN z 29 maja 2003 r., III KK 74/03, R-OSNKW 2003, poz. 1156.

oraz 148 § 4 k.k. wzajemnie się wykluczają¹⁵. W świetle aktualnej wykładni art. 148 § 4 k.k. bezsporne jest, że powołany przepis mógłby znajdować zastosowanie jedynie do takich wyjątkowych przypadków, kiedy to wyłącznie afekt pozostaje przyczyną popełnienia czynu zabronionego, a nie – jak to bywa w przytłaczającej większości spraw o dzieciobójstwo – całokształt sytuacji społeczno-osobistej sprawczyń. Nie oznacza to jednak całkowitej eliminacji znaczenia czynników pozaporodowych. Przeprowadzone badania własne akt sądowych wskazują bowiem, że okoliczności społeczne, nawet jeśli nie są głównym motorem działania dzieciobójczyń, wywierają ewidentny wpływ na odporność psychiczną ciężarnych kobiet, szczególnie wtedy, gdy osobowościowo są one na takie negatywne wpływy podatne.

Wydaje się także, że nie można wykluczyć sytuacji, w której widok niepożądanego dziecka, w połączeniu z fizjologicznymi i hormonalnymi konsekwencjami porodu, doprowadzi do silnego wzburzenia, opisanego w art. 148 § 4 k.k. Dla takich właśnie całkowicie wyjątkowych sytuacji wpływu czynników okołoporodowych na psychikę kobiety właściwa stawałaby się konstrukcja uprzywilejowanej postaci zabójstwa z art. 148 § 4 k.k.

¹⁵ A. Księżopolska-Breś, *Odpowiedzialność*, s. 39.

Praktyczne zagadnienia prawne

Karol Weitz

CZY ZWOLNIENIE OD KOSZTÓW SĄDOWYCH PRYZNANE W PRAWOMOCNIE ZAKOŃCZONYM POSTĘPOWANIU ROZCIĄGA SIĘ NA SKARGĘ O WZNOWIENIE POSTĘPOWANIA?

I. Wniesienie skargi o wznowienie postępowania wiąże się z koniecznością uiszczenia takiej opłaty, jaka w danej sprawie należna jest od pozwu, względnie wniosku wszczynającego postępowanie (art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹, dalej: u.k.s.c.). W toku postępowania prowadzonego na podstawie skargi o wznowienie w grę wchodzi konieczność uiszczenia ponadto innych należnych opłat, jak również ponoszenia wydatków (art. 2 ust. 1 i 2 u.k.s.c.). Niewątpliwie w tym postępowaniu stosuje się reguły dotyczące ustawowego zwolnienia od kosztów sądowych. Możliwe jest także uzyskanie przez stronę lub uczestnika postępowania zwolnienia od kosztów sądowych na mocy postanowienia sądu dopiero w odniesieniu do postępowania wywołanego złożeniem skargi o wznowienie. Kwestią budzącą wątpliwości jest jednak to, czy zwolnienie od kosztów sądowych uzyskane przez stronę lub uczestnika postępowania przed uprawomocnieniem się orzeczenia, przeciwko któremu skierowana jest skarga o wznowienie, obejmuje również postępowanie prowadzone na podstawie skargi. Innymi słowy chodzi o to, czy przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu zwolnienie od kosztów sądowych rozciąga się na postępowanie prowadzone na podstawie skargi o wznowienie. Zagadnienie jest aktualne nie tylko z punktu widzenia podmiotu wnoszącego skargę o wznowienie (skarżącego), lecz także z punktu widzenia podmiotu lub podmiotów mających legitymację bierną w postępowaniu ze skargi o wznowienie².

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 90, poz. 594 ze zm.

² O potrzebie uwzględnienia w kontekście skargi o wznowienie nie tylko kwestii legitymacji do jej wniesienia, ale także kwestii legitymacji biernej w postępowaniu wywołanej jej wniesieniem, zob. M. Allerhand, *Glosa do orzeczenia SN z 13 kwietnia 1926 r.*, R. 13/26, OSP 1926, t. V, poz. 357, s. 383–384; J. Krajewski, *Glosa do wyroku SN z 7 stycznia 1976 r.*, IV PZP 12/75, OSPiKA 1976, nr 12, poz. 228, s. 530; K. Weitz, (w:) *System prawa procesowego*

II. W okresie międzywojennym ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie zakresu ówczesnego prawa ubogich (art. 112 i n. d.k.p.c.) do tej instancji, w której było ono udzielone. Odrzucono w tym zakresie wyraźnie rozwiązanie prawa niemieckiego³, znającego tego rodzaju ograniczenie⁴. Przyjmowano więc, że raz przyznane prawo ubogich rozciągało się na całe postępowanie w sprawie, w której go udzielono⁵. Mocą wyraźnego postanowienia przewidziano, że przyznane w postępowaniu rozpoznawczym prawo ubogich obejmowało także postępowanie zabezpieczające oraz egzekucyjne (art. 524 d.k.p.c.). Kwestia, czy prawo ubogich przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu obejmowało także skargę o wznowienie, nie była rozstrzygana jednolicie w judykaturze. W jednym orzeczeniu Sąd Najwyższy wyraził zapatrywanie, że prawo ubogich nie obejmuje postępowania ze skargi o wznowienie, ponieważ udzielane jest dla poszczególnej sprawy i z jej ukończeniem gaśnie, natomiast skarga o wznowienie postępowania wszczyna już nową sprawę⁶. Dwukrotnie Sąd Najwyższy wypowiedział się jednak w przeciwnym kierunku, przyjmując, że wznowienie postępowania nie jest rozpoczęciem nowego procesu, lecz dalszym ciągiem sporu głównego, dlatego udzielone w tym sporze stronie prawo ubogich rozciąga się także na postępowanie ze skargi o wznowienie⁷. To drugie zapatrywanie zaakceptowane zostało także w doktrynie⁸.

Z rozpatrywanego punktu widzenia ani obowiązujący Kodeks postępowania cywilnego w swym pierwotnym kształcie (dawne art. 111 § 1 pkt 6 k.p.c. oraz art. 112 i n. k.p.c.), ani też obecna ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (art. 100 ust. 2 u.k.s.c. oraz art. 101 i n. u.k.s.c.) nie przyniosły istotnych zmian normatywnych, jednak w judykaturze zaczęto uznawać, że zwolnienie od kosztów sądowych przyznane w postępowaniu rozpoznawczym nie obejmuje postępowania ze skargi o wznowienie⁹. Na rzecz tego zapatrywania podnoszone są dwa argumenty. Pierwszy dotyczy charakteru skargi o wznowienie i postępowania, które jest prowadzone na skutek jej

cywilnego, red. T. Ereciński, t. III, *Środki zaskarżenia*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, dział VII, rozdział 4, pkt 6 (w druku).

³ Zob. w tym zakresie S. Gołąb, *Projekt rozdziału polskiej procedury cywilnej o prawie ubogich z motywami*, (w:) *Polska procedura cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem*, przedruk wyczerpanych druków z r. 1921 i 1923, t. 1, Warszawa 1928, s. 106–107.

⁴ Zob. § 119 ust. 1 niem. ZPO.

⁵ Por. L. Nadel, *Prawo ubogich wedle k.p.c.*, cz. 2, „Nowa Palestra” 1934, nr 1, s. 10; J. Balken-Neuman, *Prawo ubogich w procesie cywilnym w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Nowa Palestra” 1937, nr 7, s. 302; K. Apołłow, *Prawo ubogich w świetle doktryny i praktyki (ciąg dalszy)*, GSW 1938, nr 7, s. 102; Ś. Kruszelnicki, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem. Część I. Art. 1–507*, Warszawa–Poznań–Kraków, b.r.w., art. 113, uw. 5, s. 167. Prawo ubogich było ograniczone do określonej instancji, gdy strona o to wносиła, a sąd (błędnie) orzekł zgodnie z jej wnioskiem, por. orzeczenie SN z 30 listopada 1934 r., III. CZ. 314/33, Zb. Urz. 1935, nr 6, poz. 232. Dekretem z 21 listopada 1938 r. o usprawnieniu postępowania sądowego (Dz.U. nr 89, poz. 609) wprowadzono jednak przepis art. 116 § 2 d.k.p.c., który przewidywał możliwość przyznania prawa ubogich częściowo. Zasady częściowego przyznania prawa ubogich miało określić rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości.

⁶ Por. orzeczenie SN z 6 września 1937 r., C. III. 3506/36, RPEiS 1938, nr 1, s. 169.

⁷ Por. orzeczenia SN z 17 sierpnia 1933 r., C. III. Z 151/33, Zb. Urz. 1934, nr 3, poz. 185 i z 19 stycznia 1938 r., C. II. 1803/37, PS 1938, nr 3, poz. 450.

⁸ Zob. K. Apołłow, *Prawo ubogich*, s. 102.

⁹ Por. przede wszystkim postanowienie SN z 26 listopada 2009 r., III CZ 50/09, OSNC 2010, nr 7–8, poz. 112. Zob. ponadto postanowienia SN z 14 marca 2007 r., I CZ 5/07, MoP 2009, nr 8, s. 452 i z 24 sierpnia 2007 r., I CZ 98/07, LexPolonica nr 1641067.

wniesienia. W rozpatrywanym ujęciu zakłada się, że skarga o wznowienie wszczyna nowe postępowanie (inicjuje nową sprawę), a zwolnienie od kosztów sądowych przyznawane jest w konkretnej sprawie i gaśnie z chwilą jej zakończenia, zostaje bowiem pochłonięte przez uprawomocnienie się orzeczenia kończącego postępowanie. Jeśli skarga o wznowienie wszczyna już nowe postępowanie, to w żadnym razie nie może na nią rozciągać się zwolnienie od kosztów udzielone w prawomocnie zakończonym postępowaniu. Drugi argument związany jest z zasadą, że udzielenie zwolnienia od kosztów sądowych ma uwzględniać aktualną sytuację majątkową strony. W myśl tej zasady sąd powinien cofnąć przyznane zwolnienie od kosztów sądowych, jeżeli w toku postępowania odpadły ku temu podstawy. Przyjęcie, że zwolnienie od kosztów udzielonych w postępowaniu rozpoznawczym rozciąga się na postępowanie wznowieniowe, podważałoby regułę uwzględniania aktualnej sytuacji majątkowej strony wnoszącej skargę o wznowienie postępowania. W przypadku tego środka jest to szczególnie istotne przy uwzględnieniu, że może on być wniesiony, inaczej niż środki odwoławcze i inne środki zaskarżenia oraz skarga kasacyjna, nawet po okresie kilku lat od zakończenia postępowania rozpoznawczego¹⁰.

Stanowisko współczesnej doktryny nie jest jednolite. Przeważa wprawdzie pogląd, że zwolnienie od kosztów sądowych udzielone w prawomocnie zakończonym postępowaniu nie obejmuje skargi o wznowienie i wywołanego jej wniesieniem postępowania¹¹, jednak bywa bronione także zapatrywanie przeciwne¹².

III. Charakter prawny skargi o wznowienie o postępowania, jak również postępowania prowadzonego na jej podstawie, budzą w judykaturze i doktrynie od dawna bardzo poważne wątpliwości¹³. Nie wdając się w tym miejscu w szczegółowe uzasadnienie tego stanowiska, należy stwierdzić, że skarga o wznowienie postępowania wprawdzie od strony formalnej jest postacią powództwa (por. art. 409 *in princ.* k.p.c.), jednak poddaną przez ustawodawcę – z uwagi na to, że jest skierowana przeciwko orzeczeniu – daleko idącym modyfikacjom, wobec czego funkcjonalnie odgrywa rolę środka zaskarżenia (*sensu largo*)¹⁴. Jednym z rezultatów tych modyfikacji skargi o wznowienie jest to, że – odmiennie niż zwykle powództwo – nie inicjuje ona nowego, odrębnego postępowania, lecz zmierza jedynie do podjęcia i kontynuacji tego samego postępowania, w którym zapadło uprzednio zaskarżone prawomocne orzeczenie. W postępowaniu tym, po stwierdzeniu istnienia podstawy wznowienia, rozpoznawana jest w określonych grani-

¹⁰ Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 26 listopada 2009 r., III CZ 50/09, OSNC 2010, nr 7–8, poz. 112.

¹¹ Tak K. Gonera, *Komentarz do ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012, art. 100, uw. 11, s. 504; A. A. Bąk, *Praktyczne aspekty orzekania o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Toruń 2007, s. 128–129; J. Stasiak, *Zwolnienie od kosztów sądowych*, Warszawa 2010, s. 172–173; A. Winnicka-Mackenthun, *Zwolnienie od kosztów sądowych a postępowanie wznowieniowe*, (w:) *Orzecznictwo SN w zakresie postępowania cywilnego – okiem praktyków*, red. A. Tomaszek, O. Szejnert-Roszak, Warszawa 2011, s. 620–621. Por. także ponadto T. Zembrzowski, *Zwolnienie od kosztów sądowych oraz pełnomocnictwo procesowe w postępowaniu kasacyjnym*, „Palestra” 2009, nr 3–4, s. 19.

¹² Por. A. Zieliński, *Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 100, uw. 6, s. 377; K. Weitz, (w:) *System*, dział VII, rozdział 4, pkt 3.

¹³ Szczegółowo z podaniem literatury i orzecznictwa zob. K. Weitz, (w:) *System*, dział VII, rozdział 1, pkt 3.1.

¹⁴ K. Weitz, (w:) *System*, dział VII, rozdział 1, pkt 3.1; tenże, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, t. 2, Warszawa 2012, art. 399, uw. 2, s. 443–444.

cach ta sama sprawa, którą wcześniej prawomocnie osądzono. Prawidłowo i lapidarnie oddaje to nazwa skargi, zgodnie z którą ma ona zmierzać właśnie do „wznowienia” postępowania, czyli podjęcia go na nowo i dalszego prowadzenia, a nie do wszczęcia nowego postępowania¹⁵.

Przyjęcie założenia, że w rezultacie wniesienia skargi o wznowienie nie dochodzi do zainicjowania nowego postępowania, lecz nastąpić ma podjęcie i kontynuacja postępowania, w którym zapadło objęte skargą prawomocne orzeczenie, pozwala na stwierdzenie, że nie ma podstaw do tego, aby uznać, że zwolnienie od kosztów sądowych, które zostało przyznane w tym postępowaniu przed uprawomocnieniem się orzeczenia, nie rozciągało się na jego etap po wniesieniu skargi o wznowienie. Innymi słowy, uzasadnione jest zapatrywanie, że zwolnienie od kosztów sądowych przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu nie wygasa z momentem uprawomocnienia się danego orzeczenia, lecz obejmuje także ewentualną skargę o wznowienie skierowaną przeciwko temu orzeczeniu i postępowanie prowadzone w wyniku jej złożenia. Odmienne poglądy wymagałyby wyraźnego postanowienia, ograniczającego działanie zwolnienia od kosztów sądowych, jednak ustawa o kosztach sądowych takiego ograniczenia nie przewiduje. Prawidłowe jest założenie, że zwolnienie od kosztów sądowych przyznawane jest w konkretnym postępowaniu i *per se* nie rozciąga się na inne postępowania, o ile ustawa nie stanowi inaczej (por. art. 771 k.p.c.), jednak nie wynika stąd jeszcze, że automatycznie się kończy z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia kończącego to postępowanie. Rozciąga się bowiem również na ewentualne czynności procesowe, rodzące koszty sądowe, podejmowane już po chwili uprawomocnienia się orzeczenia, o ile stanowią one wciąż część tego samego postępowania¹⁶.

Zwolnienie od kosztów sądowych na mocy postanowienia sądu może być całkowite albo częściowe (art. 100 ust. 2 i art. 101 u.k.s.c.). Co do zasady w obu sytuacjach zwolnienie od kosztów sądowych przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu rozciąga się na skargę o wznowienie i postępowanie prowadzone na jej podstawie. W wypadku zwolnienia częściowego uczynić jednak należy pewne zastrzeżenie. Zwolnienie to może polegać bowiem na tym, że strona nie będzie musiała ponosić ułamkowej lub procentowej części kosztów lub określonej ich kwoty albo niektórych opłat lub wydatków, jak również na tym, że obejmować będzie tylko pewną część roszczenia lub niektóre roszczenia dochodzone łącznie (art. 101 ust. 2 u.k.s.c.). Jeśli więc częściowe zwolnienie od kosztów sądowych polegać będzie na tym, że strona będzie przykładowo zwolniona od obowiązku uiszczenia opłaty od pozwu lub apelacji, to takie zwolnienie z chwilą wniesienia pozwu lub apelacji zostanie „skonsumowane” i nie będzie obejmować innych czynności procesowych rodzących powinność poniesienia

¹⁵ K. Weitz, (w:) *System*, dział VII, rozdział 1, pkt 3.2.

¹⁶ Z tego punktu widzenia przy założeniu, że skarga kasacyjna inicjuje w sensie technicznop procesowym nową sprawę (nowe postępowanie), konsekwentne jest stanowisko Sądu Najwyższego, że na postępowanie kasacyjne nie rozciąga się zwolnienie od kosztów sądowych przyznane w postępowaniu przed sądem powszechnym, por. uchwałę SN z 5 czerwca 2008 r., III CZP 142/07, OSNC 2008, nr 11, poz. 122. Nie przekonuje natomiast – jako zbyt ogólna i stanowiąca nadmierne uproszczenie – teza, że z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie dochodzi do spełnienia się celu zwolnienia od kosztów sądowych.

innych kosztów sądowych. Z natury rzeczy nie będzie ono już odnosić się do skargi o wznowienie i postępowania na jej podstawie.

Przeciwko pogładowi, że zwolnienie od kosztów sądowych przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu obejmuje także skargę o wznowienie i postępowanie prowadzone na jej podstawie, nie przemawia w żadnym razie wzgląd na zasadę uwzględniania aktualnej sytuacji majątkowej strony. Po pierwsze, do zmian w sytuacji majątkowej strony dojść może w toku postępowania przed uprawomocnieniem się orzeczenia, gdyż postępowanie z natury jest rozciągnięte w czasie. Mimo to nie obowiązuje zasada, że zwolnienie od kosztów miałyby być przyznawane tylko w danej instancji. Po drugie, ustawodawca przewidział mechanizm, w którym możliwe jest uwzględnienie dynamiki w rozwoju sytuacji majątkowej strony. Zgodnie z art. 110 zd. 1 u.k.s.c. jedną z sytuacji, w której sąd cofa zwolnienie od kosztów sądowych, jest ta, w której okoliczności, na podstawie których przyznano zwolnienie, przestały istnieć¹⁷. Nic nie stoi na przeszkodzie w stosowaniu tego unormowania w wypadku wniesienia skargi o wznowienie i w toku postępowania prowadzonego na jej podstawie¹⁸. Fakt, że do wystąpienia ze skargą o wznowienie może jeszcze dojść po znacznym upływie czasu od uprawomocnienia się orzeczenia objętego skargą, może powodować, że częściej wystąpią podstawy do tego, aby sąd cofnął zwolnienie przyznane w prawomocnie zakończonym postępowaniu w następstwie zmian w sytuacji majątkowej strony, jednak *de lege lata* jako taki nie uzasadnia tego, aby z tego tylko tytułu odrzucać rozciągnięcie zwolnienia na skargę o wznowienie i postępowanie prowadzone po jej wniesieniu.

IV. W konkluzji należy więc stwierdzić, że zwolnienie od kosztów sądowych, które strona uzyskała przed uprawomocnieniem się orzeczenia, obejmuje skargę o wznowienie oraz postępowanie prowadzone na jej podstawie, chyba że było to zwolnienie częściowe, które w całości zostało zrealizowane w prawomocnie zakończonym postępowaniu.

¹⁷ Co do przyczyn cofnięcia zwolnienia od kosztów sądowych por np. S. Machalski, *O cofnięciu prawa ubogich*, PS 1934, nr 12, s. 365 i n.; J. Stasiak, *Zwolnienie*, s. 175 i n.

¹⁸ K. Weitz, (w:) *System*, dział VII, rozdział IV, pkt 3. Nie przeczy temu teza Sądu Najwyższego, że cofnięcie zwolnienia od kosztów sądowych nie może nastąpić po prawomocnym zakończeniu sprawy, por. orzeczenie z 10 sierpnia 1963 r., II CZ 77/63, OSNCP 1964, nr 12, poz. 252. Teza ta odnosi się do sytuacji, w której cofnięcie zwolnienia miałyby nastąpić po prawomocnym zakończeniu sprawy, gdy nie wniesiono skargi o wznowienie.

WPŁYW ZASIEDZENIA NA MOŻLIWOŚĆ DOCHODZENIA ROSZCZEŃ UZUPEŁNIAJĄCYCH (cz. 2)

W postanowieniu z 15 kwietnia 2011 r.¹ Sąd Najwyższy uznał, że osobie, która utraciła własność rzeczy wskutek jej zasiedzenia przez posiadacza, nie przysługuje wobec posiadacza roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy bez tytułu prawnego w okresie poprzedzającym dzień zasiedzenia. W ramach przytoczonej przez Sąd argumentacji kluczowe znaczenie miało stwierdzenie, że roszczeń uzupełniających (a przynajmniej roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy) nie można dochodzić przed wytoczeniem powództwa windykacyjnego.

Stwierdzenie to zasługuje zatem na baczną uwagę i pogłębioną analizę, tym bardziej że w świetle dotychczasowego orzecznictwa i poglądów doktryny stanowi istotną nowość.

Sąd Najwyższy bowiem uznawał dotychczas jednolicie, że roszczenia uzupełniające – zwłaszcza roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy – mają status samodzielny względem roszczenia windykacyjnego, co wyraża się m.in. w tym, iż mogą być dochodzone przed dochodzeniem roszczenia wydobywczego².

¹ III CZP 7/11, OSP 2012, z. 10, poz. 93 z krytyczną glosą M. Olczyk.

² Zob. uchwałę SN z 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149 [„(...) związek roszczeń uzupełniających z roszczeniem windykacyjnym i z samym prawem własności nie jest nierozdzielny. W szczególności, mogą one być oddzielnie dochodzone; właściciel może żądać np. tylko wydania rzeczy albo tylko wynagrodzenia za korzystanie z niej, nie dochodząc wydania”]; wyrok SN z 22 września 2005 r., IV CK 105/05, LEX nr 346083 („Wobec wyraźnej odrębności jurystycznej roszczeń o wydanie rzeczy i roszczeń uzupełniających te ostatnie mogą być dochodzone zarówno przed, jak i po zwrocie rzeczy. W tym drugim jednak wypadku roszczenia mogą być dochodzone z zachowaniem rocznego terminu przedawnienia, przewidzianego w art. 229 k.c.”); wyrok SN z 24 lutego 2006 r., II CSK 139/05, LEX nr 201025 („w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, iż roszczenie właściciela nieruchomości przeciwko samoistnemu posiadaczowi w złej wierze może być dochodzone odrębnie, niezależnie od roszczenia windykacyjnego lub negatoryjnego”); wyrok z 8 grudnia 2006 r., V CSK 296/06, LEX nr 359471 [„Nie ulega (...) wątpliwości, że roszczenia przewidziane w art. 224 i art. 225 k.c. mogą być dochodzone przez właściciela także, gdy nie nastąpiło jeszcze wydanie nieruchomości. Takie stanowisko można uznać za ugruntowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego (...)”]; wyrok z 25 listopada 2008 r., II CSK 344/08, niepubl. [„(...) jako ugruntowane można uznać stanowisko, że roszczenia przewidziane w art. 224 i 225 k.c. mogą być dochodzone także, gdy nie nastąpiło jeszcze wydanie nieruchomości”]; identycznie wyroki SN z 3 kwietnia 2009 r.: II CSK 459/08, LEX nr 607254; II CSK

Takie też stanowisko jednomyślnie przyjmowano w doktrynie. W szczególności warto tu przywołać pogląd J. Ignatowicza, który stwierdzał, że „(...) związek roszczeń uzupełniających z roszczeniem windykacyjnym i z samym prawem własności nie jest nierozdzielny. W szczególności mogą być one oddzielnie dochodzone; właściciel może żądać tylko wydania rzeczy albo tylko wynagrodzenia za korzystanie z niej, nie dochodząc windykacji”³. Pogląd ten został zaakceptowany przez innych autorów⁴.

470/08, LEX nr 599755; II CSK 471/08, LEX nr 607255; wyrok SN z 24 września 2010 r., IV CSK 76/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 46 [„Związek roszczeń uzupełniających z roszczeniem windykacyjnym lub negatoryjnym wyraża się w tym, że powstanie roszczeń uzupełniających jest uwarunkowane ziszczeniem się przesłanek ustawowych roszczenia windykacyjnego (...) Jednakże związek ten nie jest tak ścisły, by wymagał dochodzenia roszczeń uzupełniających razem z roszczeniem windykacyjnym lub negatoryjnym. Przeciwnie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalone jest stanowisko, że roszczenia te mają charakter samodzielny, a nie akcesoryjny i ich związek z roszczeniem windykacyjnym nie jest nierozdzielny. Dochodzenie roszczeń uzupełniających nie wymaga zatem zgłoszenia roszczenia windykacyjnego; mogą one być dochodzone oddzielnie. Właściciel może w szczególności żądać np. tylko wydania rzeczy albo tylko wynagrodzenia za korzystanie z niej, nie dochodząc wydania”].

³ J. Ignatowicz (w:) J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 1, Warszawa 1972, s. 600.

⁴ Zob. E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Zakamycze 2001, s. 513, 545; tak też – jak się zdaje – S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Ks. 2. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2009, kom. do art. 229, nb 2 (autor bez zastrzeżeń przytacza jednobrzmiące wywody Sądu Najwyższego); por. też T. Dybowski, *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, Warszawa 1969, s. 137 [autor wskazuje tam, że o ile w prawie rzymskim roszczenia uzupełniające roszczenie główne o zwrot rzeczy musiało być dochodzone łącznie w ramach *rei vindicatio*, o tyle na tle współczesnych ustawodawstw „tego rodzaju potrzeba łącznego ujmowania różnych w zasadzie żądań odpada zarówno z punktu widzenia teoretycznego, konstrukcyjnego jak i praktycznego. Na tle współczesnych ustawodawstw każdego z tych roszczeń można dochodzić w odrębnym postępowaniu (...)”], s. 277 [autor pisze tam, że roszczenia uzupełniające „(...) są niezależne od roszczenia windykacyjnego i mogą być dochodzone w odrębnym procesie, co jasno wynika z art. 229 k.c.”, autor podkreśla też, że roszczenia uzupełniające są „w pewnym stopniu niezależne od prawa własności”, co polega na tym, że „(...) z chwilą ich powstania zawiązuje się węzeł obligacyjny między osobą, która w chwili powstania roszczenia była właścicielem, i osobą, która w chwili powstania roszczenia była posiadaczem rzeczy. Jednakże od tego momentu roszczenia uzupełniające, jako roszczenia o charakterze osobistym, uniezależniają się od prawa własności i przysługują osobie, która w chwili ich powstania była właścicielem, lecz niekoniecznie pozostała nim nadal”]; por. też S. Wójcik (w:) *System prawa cywilnego, t. II, Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977, s. 509–510 (autor wskazuje, że roszczenia te mogą, ale nie muszą być dochodzone z roszczeniem windykacyjnym). Takie też stanowisko zajmowane jest przez doktrynę niemiecką odnośnie do roszczeń uregulowanych w § 987 i n. k.c.n., będących odpowiednikami roszczeń uzupełniających – zob. np. H. J. Wieling, *Sachenrecht*, Berlin–Heidelberg 2007, s. 172 (gdzie wskazuje się, że roszczenia z § 987 i n. mają charakter czyisto obligacyjny i są całkowicie niezależne od roszczenia windykacyjnego; mogą być podniesione także bez podnoszenia roszczenia wydobywczego: „Die §§ 987 ff. enthalten rein schuldrechtliche Ansprüche, die (...) gegenüber § 985 selbständig, sie können auch ohne den Vindikationsanspruch geltend gemacht werden”); K.-H. Gursky, (w:) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, Sachenrecht. §§ 985–1011 (Eigentum 3)*, Berlin 2006, s. 167–168 (gdzie wskazuje się, że roszczenia te mają charakter obligacyjny i zależą od roszczenia windykacyjnego tylko w ten sposób, iż ich powstanie jest uzależnione od tego, czy istnieje stan uzasadniający roszczenie windykacyjne (*Vindikationslage*); w każdym innym aspekcie roszczenia te są całkowicie niezależne: nie ma wątpliwości, że mogą być odrębnie dochodzone, zbywane i obciążane [„Sie können zweifellos selbständig geltend gemacht (...), abgetreten (...), belastet (...), und gepfändet werden”], a w razie zmiany właściciela nie przechodzą automatycznie na nowego właściciela; nie wygasają także w razie wygaśnięcia roszczenia windykacyjnego: przyjmuje się np., że już powstałe roszczenia o wydanie korzyści lub naprawienie szkody nie wygasają z chwilą zużycia rzeczy albo jej skutecznego zbycia przez posiadacza); co do tej ostatniej kwestii zob. też Ch. Baldus, (w:) R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Ge-*

W rezultacie wśród przesłanek dochodzenia roszczeń uzupełniających nikt nie wymienia wytoczenia powództwa o wydanie rzeczy.

U podstaw tego zapatrywania leży założenie, że roszczenia uzupełniające powstają i stają się wymagalne jeszcze przed zwrotem rzeczy⁵.

Konsekwencją takiego ujęcia jest z kolei stwierdzenie, że art. 229 § 1 k.c. nie reguluje kwestii wymagalności wymienionych tam roszczeń, tj. nie określa początku biegu ich przedawnienia (art. 120 § 1 k.c.), a jedynie skraca wynikające z art. 118 k.c. ogólne terminy przedawnienia⁶. Oznacza to – jak zgodnie przyjmowano dotychczas w orzecznictwie i doktrynie – że w okresie oznaczonym w art. 229 § 1 k.c. właściciel może dochodzić wynagrodzenia za cały, nieprzekraczający terminu przewidzianego w art. 118 k.c., czas korzystania z jego rzeczy⁷.

setzbuch, Band 6, *Sachenrecht*, München 2009, s. 1338; por. też K.-H. Gursky, (w:) H. P. Westermann, K.-H. Gursky, D. Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg–München–Landsberg–Frechen–Hamburg 2011, s. 235 (gdzie wskazuje się, że przedmiotowe roszczenia wynikają z własności, mają jednak charakter całkowicie samodzielny). Warto też wspomnieć, że w doktrynie niemieckiej przyjmuje się, iż omawiane roszczenia przedawniają się w zwykłym 3-letnim (głównym) albo 10-letnim (pomocniczym) terminie, najpóźniej jednak – jako roszczenia poboczne – z chwilą przedawnienia roszczenia windykacyjnego (por. § 217 k.c.n.) – zob. K.-H. Gursky, (w:) *J. von Staudingers Kommentar*, s. 168; K.-H. Gursky, (w:) H. P. Westermann, K.-H. Gursky, D. Eickmann, *Sachenrecht*, s. 244, 246. Ta ostatnia kwestia jest jednak sporna, ponieważ reprezentowany jest również pogląd, że „pochodne” przedawnienie z § 217 k.c.n. dotyczy tylko roszczeń o wydanie uzyskanych korzyści, a roszczenia o naprawienie szkody przedawniają się na zasadach ogólnych (nie są związane z roszczeniem windykacyjnym) – zob. E. Peters, E. Jacoby, (w:) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5)*, Berlin 2009, s. 868, 584.

⁵ W orzecznictwie zob. np. wyrok SN z 23 stycznia 2007 r., III CSK 278/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 186 [„(...) roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy (...) powstaje od chwili objęcia rzeczy w posiadanie przez posiadacza, a po powstaniu uzyskuje samodzielny byt prawny jako roszczenie o charakterze obligacyjnym i może być dochodzone niezależnie od roszczenia windykacyjnego (...).”]; wyrok SN z 24 września 2010 r., IV CSK 76/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 46 [„(...) samo powstanie roszczeń uzupełniających wymaga nie tyle istnienia czy dochodzenia roszczenia windykacyjnego, ile raczej zaistnienia określonej ustawowo sytuacji, gdy takie roszczenie przysługuje, a więc posiadania cudzej rzeczy, korzystania z niej i pobierania korzyzków bez podstawy prawnej. Roszczenia uzupełniające powstają zatem już w chwili zrealizowania się przesłanek uzasadniających roszczenie windykacyjne, a nie dopiero wówczas, gdy w konkretnych okolicznościach roszczenie windykacyjne byłoby uwzględnione”].

⁶ Zob. uchwałę SN z 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149 [„art. 229 § 1 k.c. nie normuje kwestii wymagalności tych roszczeń, tj. nie określa początku biegu ich przedawnienia (art. 120 § 1 k.c.), a jedynie skraca wynikające z art. 118 k.c. ogólne terminy przedawnienia”].

⁷ W orzecznictwie zob. wyroki Sądu Najwyższego z 4 grudnia 1980 r., II CR 501/80, OSNCP 1981, nr 9, poz. 171 [„W okresie jednego roku oznaczonym w art. 229 § 1 k.c. może właściciel dochodzić wynagrodzenia za cały – nie przekraczający jednak lat 10 (art. 118 zd. 2 k.c.) – czas korzystania z jego rzeczy przez posiadacza w złej wierze (art. 225, 230 k.c.)”] i z 25 marca 1986 r., IV CR 29/86, OSNCP 1987, nr 2–3, poz. 44 („powód mógłby dochodzić za dziesięć lat wynagrodzenia za bezprawne korzystanie z jego nieruchomości rolnej przez stronę pozwaną, gdyby o to wytoczył przeciwko niej powództwo przed upływem roku od dnia zwrócenia mu tej nieruchomości”); uchwałę SN z 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149 („w okresie oznaczonym w art. 229 § 1 k.c. właściciel może dochodzić wynagrodzenia za cały, nie przekraczający terminu przewidzianego w art. 118 k.c., czas korzystania z jego rzeczy przez posiadacza w złej wierze”); wyrok SN z 22 września 2005 r., IV CK 105/05, LEX nr 346083 [Sąd wskazał tam, że art. 229 § 1 k.c. ma to znaczenie, iż „(...) w okresie roku od zwrotu rzeczy można dochodzić roszczeń uzupełniających, które nie uległy przedawnieniu na zasadach ogólnych, przewidzianych w art. 118 k.c.”]; wyrok SN z 24 lutego 2006 r., II CSK 139/05, LEX nr 201025 [„(...) w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, iż roszczenie właściciela nieruchomości przeciwko samoistnemu posiadaczowi w złej wierze może

Odcięcie się przez Sąd Najwyższy od przyjmowanego dotychczas jednolicie w orzecznictwie i doktrynie poglądu wymaga głębszego namysłu.

Przede wszystkim dlatego, że teza o braku możliwości dochodzenia roszczeń uzupełniających przed wytoczeniem powództwa o wydanie rzeczy nie znajduje wyraźnego oparcia w art. 224–225 k.c. Wprawdzie istotnie – jak wskazuje Sąd – art. 224 § 2 k.c. wiąże powstanie „uzupełniających” obowiązków posiadacza w dobrej wierze z chwilą dowiedzenia się przezeń o wytoczeniu powództwa o wydanie rzeczy, jednakże należy pamiętać, że przepis ten dotyczy tylko posiadacza w dobrej wierze. Artykuł 225 k.c. regulujący „uzupełniające” obowiązki posiadacza w złej wierze zależności takiej nie przewiduje. Przepis ten nie powtarza wszak za art. 224 § 2 k.c. – ani w żaden inny sposób nie stanowi – że obowiązki samoistnego posiadacza w złej wierze („takie same, jak obowiązki samoistnego posiadacza w dobrej wierze od chwili, w której ten dowiedział się o wytoczeniu przeciwko niemu powództwa o wydanie rzeczy”) powstają albo stają się wymagalne dopiero od chwili, w której wytoczono przeciwko niemu powództwo o wydanie rzeczy. Z art. 225 k.c. wynika jedynie, że posiadacz w złej wierze ma obowiązek wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy i jest odpowiedzialny za jej zużycie, pogorszenie lub utratę, chyba że rzecz uległaby pogorszeniu lub utracie także wtedy, gdyby znajdowała się w posiadaniu uprawnionego. Jest także obowiązany zwrócić pobrane pożytki, których nie zużył, uiścić wartość tych, które zużył, oraz zwrócić wartość pożytków, których z powodu złej gospodarki nie uzyskał. W świetle przywołanego przepisu nasuwa się wniosek, że roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy powstaje już z chwilą, w której korzystanie to rozpoczęło się (i z biegiem czasu wzrasta), roszczenie o zwrot pożytków lub o zapłatę ich wartości powstaje z chwilą ich pobrania albo z chwilą, w której powinny zostać pobrane zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, a roszczenie o naprawienie szkody z powodu zużycia, utraty czy pogorszenia rzeczy powstaje już

być dochodzone odrębnie, niezależnie od roszczenia windykacyjnego lub negatoryjnego, i podlega ocenie pod kątem przedawnienia na podstawie art. 118 k.c. stosowanego łącznie z art. 229 k.c. Oznacza to, że roszczenie powyższe przedawnia się z upływem 10 lat, począwszy od dnia, w którym uprawniony mógł się domagać zaspokojenia, jednak nie później niż w ciągu roku od dnia zwrotu nieruchomości”]; wyrok SN z 23 stycznia 2007 r., III CSK 278/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 186 [„(...) roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy (...) przedawnia się w terminie 10-letnim przewidzianym w art. 118 k.c., a jego bieg rozpoczyna się od chwili objęcia nieruchomości w posiadanie przez posiadacza i wraz z upływem czasu posiadania «przesuwa się do przodu». Właściciel może zatem dochodzić wynagrodzenia za korzystanie przez posiadacza z rzeczy przez cały 10-letni, nieprzedawniony okres posiadania liczony wstecz, od daty wytoczenia powództwa. (...) Przewidziany w art. 229 k.c. roczny termin przedawnienia uzupełniających roszczeń właściciela przeciwko posiadaczowi, liczony od dnia zwrotu rzeczy, dotyczy wymienionych w nim roszczeń dochodzonych już po zwrocie rzeczy właścicielowi. Określa termin końcowy skutecznego dochodzenia tych roszczeń – najpóźniej w ciągu roku od dnia zwrotu rzeczy, nie zmieniając samej wymagalności roszczeń ani terminów przedawnienia przewidzianych w art. 118 k.c.”]; wyrok SN z 5 stycznia 2011 r., III CSK 72/10, LEX nr 927819 („Odnosząc się do kwestii przedawnienia roszczeń uzupełniających wskazać należy, że mogą być one dochodzone w czasie trwania posiadania, a po jego ustaniu tylko w terminie określonym w art. 229 k.c. Przepis ten nie normuje kwestii wymagalności tych roszczeń, a jedynie skraca ogólne terminy przedawnienia wynikające z art. 118 k.c. W konsekwencji właściciel może dochodzić w okresie oznaczonym w art. 229 k.c. wynagrodzenia za cały czas korzystania z rzeczy przez posiadacza w złej wierze, nie przekraczający terminu przewidzianego w art. 118 k.c.”). W doktrynie zob. E. Gniewek, *Kodeks*, s. 545.

z chwilą zużycia, utraty albo pogorszenia rzeczy. Brak też wystarczających podstaw, by uznać, że zgodnie z wolą ustawodawcy przywołane roszczenia stają się wymagalne dopiero z chwilą wytoczenia powództwa o wydanie rzeczy. Podstawą taką nie jest z pewnością art. 229 § 1 k.c. Jest tak już dlatego, że początek biegu przedawnienia wiąże on z chwilą zwrotu rzeczy, a nie z chwilą wytoczenia powództwa o jej wydanie. Wynikające z przepisu powiązanie nie traci sensu także przy założeniu, że roszczenia uzupełniające powstają i stają się wymagalne wcześniej. W takim kontekście powiązanie terminu przedawnienia ze zwrotem rzeczy może być odczytywane jako wola wyłączenia zastosowania ogólnych terminów przedawnienia (w rezultacie roszczenia uzupełniające nie mogłyby przedawnić się wcześniej niż rok od zwrotu rzeczy) albo – i w tym kierunku poszły zapatrywania orzecznictwa i doktryny – jako wola wprowadzenia dodatkowego, ostatecznego terminu przedawnienia w stosunku do roszczeń, które nie przedawniły się wcześniej na zasadach ogólnych (służy to zamknięciu rozliczeń między stronami w krótkim czasie po zwrocie rzeczy).

Równocześnie nie widać żadnych przemożnych racji systemowych albo funkcjonalnych, które mimo milczenia ustawy wystarczająco silnie przemawiałyby za tezą, że roszczenia uzupełniające stają się wymagalne dopiero z chwilą wytoczenia powództwa o wydanie rzeczy. Pewne racje mogłyby przemawiać jedynie za powiązaniem wymagalności roszczeń z chwilą zwrotu rzeczy – dochodzi wszak wtedy do ostatecznego ustalenia zakresu czasowego bezprawnego korzystania z rzeczy, ilości pobranych korzyści oraz stanu rzeczy (stopnia jej pogorszenia), i z tą chwilą łatwiejsze jest rozliczenie i kompensacja z roszczeniami posiadacza o zwrot nakładów, które stają się wówczas wymagalne – jednakże takie ujęcie miałyby poważne konsekwencje. Po pierwsze, do czasu zwrotu rzeczy właściciel nie mógłby żądać zapłaty roszczeń uzupełniających, co – ściśle rzecz biorąc – oznaczałoby, że roszczenia te nie mogłyby być dochodzone łącznie z powództwem windykacyjnym. Po drugie, w takim ujęciu roszczenia te nie przedawniałyby się na zasadach ogólnych, co oznaczałoby, że żądania właściciela mogłyby dotyczyć całego okresu bezprawnego władztwa nad rzeczą (nawet blisko 30 lat), a takie rozwiązanie mogłyby się okazać nadmiernym i niepożądanym obciążeniem dla posiadacza.

Być może tym należy tłumaczyć, że Sąd nie zdecydował się na stwierdzenie, iż roszczeń uzupełniających można dochodzić dopiero z chwilą zwrotu rzeczy, lecz powiązał taką możliwość (z wyjątkiem utraty rzeczy) z wytoczeniem powództwa o wydanie rzeczy. W takim ujęciu można nadal – jak się wydaje – bronić utrwalonego w judykaturze i doktrynie poglądu, że roszczenia uzupełniające przedawniają się na zasadach ogólnych, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zwrotu rzeczy. Można bowiem twierdzić, że ma tu zastosowanie art. 120 § 1 zd. 1 k.c., a czynnością, od której zależy wymagalność roszczeń uzupełniających, jest właśnie wytoczenie powództwa o wydanie rzeczy.

Nie jest to jednak równoznaczne ze wskazaniem racji systemowych albo funkcjonalnych, które przemawiałyby za tezą, że roszczenia uzupełniające stają się wymagalne dopiero z chwilą wytoczenia powództwa o wydanie rzeczy.

Znacznie łatwiej uzasadnić pogląd przeciwny, przyjmowany dotychczas jednolicie w orzecznictwie i w doktrynie.

W kontekście racji systemowych warto przypomnieć, że – jak wskazuje się w dok-

trynie – roszczenia uzupełniające „(...) są to roszczenia odszkodowawcze lub roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia” i „należą do roszczeń typu obligacyjnego”⁸. Nie mają one na celu usunięcia bezprawnej ingerencji w sferę uprawnień właściciela, lecz „przesunięcie pewnych wartości z majątku jednego podmiotu do majątku drugiego podmiotu (...)”, a: „U podstawy tego przesunięcia można dopatrywać się, generalnie rzecz biorąc, myśli legislacyjnej, że bezprawne wykonywanie posiadania w złej wierze rodzi obowiązek naprawienia wynikłej stąd szkody i obowiązek zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia”⁹. Podstawowym celem przepisów regulujących roszczenia uzupełniające jest przy tym – co dostrzega także Sąd Najwyższy – „znacznie łagodniejsze traktowanie posiadacza w dobrej wierze, aniżeli by to wynikało z przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, i z kolei ostrzejsze potraktowanie posiadacza w złej wierze, niżby to wynikało z przepisów o odpowiedzialności dłużnika”¹⁰. W świetle tych założeń trudno byłoby wytłumaczyć korzyść, jaką posiadacz w złej wierze uzyskuje przez to, że właściciel nie może – inaczej niż na gruncie bezpodstawnego wzbogacenia lub czynów niedozwolonych – dochodzić od niego roszczeń uzupełniających przed wytoczeniem powództwa windykacyjnego.

Nie jest także całkiem jasne, dlaczego inaczej miałyby być w przypadku, w którym posiadacz utracił rzecz, zbywając ją nieskutecznie albo tracąc w inny sposób, któremu nie towarzyszy utrata własności przez właściciela. W doktrynie wskazuje się, że w takiej sytuacji właściciel może – przynajmniej w przypadku rzeczy ruchomych – wystąpić z roszczeniem o naprawienie szkody z powodu utraty rzeczy względem byłego posiadacza, zamiast wystąpić z roszczeniem windykacyjnym przeciwko aktualnemu posiadaczowi¹¹. Możliwość taka jest uznawana mimo komplikacji, które pojawiają się w razie następczego odzyskania rzeczy przez właściciela [byłemu posiadaczowi przysługuje wtedy roszczenie z tytułu nienależnego świadczenia (*condictio causa finita*)]¹².

Przeciwko pogładowi, że właściciel nie może dochodzić od posiadacza roszczeń uzupełniających przed wytoczeniem powództwa windykacyjnego, zdają się także przemawiać liczne racje funkcjonalne, i to nawet przy założeniu – o którym Sąd nie wspomina wyraźnie – że z punktu widzenia wymagalności roszczeń uzupełniających ekwiwalentem wytoczenia przez właściciela powództwa o wydanie rzeczy jest dobrowolny zwrot rzeczy przez posiadacza.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że mogą istnieć poważne powody, dla których właściciel nie decyduje się na wytoczenie powództwa o wydanie rzeczy, a zarazem ma słuszny interes w dochodzeniu roszczeń uzupełniających. I tak np. właściciel może zrezygnować z dochodzenia roszczenia rzeczowego, obawiając się jego

⁸ T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 137.

⁹ Tamże, s. 184–185.

¹⁰ Tamże, s. 187.

¹¹ Tak co do ruchomości i nieruchomości tamże, s. 195–196. Co do ruchomości zob. też J. Ignatowicz, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 605. Pod rządem prawa rzeczowego z 1946 r. por. też W. Czachórski, „*Rei vindicatio*” według obowiązującego prawa polskiego (I), NP 1960, nr 3, s. 322 (autor wskazuje, że: „Posiadacz w złej wierze może co najwyżej – jak się wydaje – podnosić przeciwko uprawnionemu zarzut «nadużycia prawa», wywodząc, że w konkretnych okolicznościach sprawy występowanie przez uprawnionego z roszczeniem odszkodowawczym jest całkowicie zbędne”); J. Marowski, *Odpowiedzialność posiadacza w dobrej wierze po wytoczeniu mu powództwa windykacyjnego*, PiP 1955, z. 9, s. 385, przypis 4.

¹² Zob. T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 195–196.

oddalenia ze względu na nadużycie prawa, i wystąpić jedynie z roszczeniami uzupełniającymi, którym nie sprzeciwiają się racje ucieleśnione w art. 5 k.c.¹³ Roszczenia uzupełniające mogą okazać się użyteczne także w innych przypadkach, w których powództwo windykacyjne jest skazane na niepowodzenie (np. w sytuacji określonej w art. 151 k.c.¹⁴). Zamiast występować z roszczeniem wydobywczym, właściciel może też skorzystać z opcji stwarzanej mu przez art. 231 § 2 k.c., czemu towarzyszyć może żądanie zaspokojenia roszczeń uzupełniających¹⁵.

Nie należy też zapominać, że właściciel może być zainteresowany nie tyle zwrotem rzeczy, ile czerpaniem z niej korzyści na zasadach właściwych dla najmu czy dzierżawy. Możliwość wystąpienia z roszczeniami uzupełniającymi, a zwłaszcza z roszczeniem o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy – bez dochodzenia jej wydania – wydaje się atrakcyjnym środkiem ochrony w sytuacji, w której posiadacz nie zwraca rzeczy i nie odpowiada na starania o umowne uregulowanie istniejącej sytuacji; zwłaszcza że stan ten posiadacz może zakończyć, zwracając rzecz albo zawierając stosowną umowę. Dostrzegana przez Sąd trudność z odróżnieniem takich przypadków od powództw o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy na podstawie dorozumianego stosunku umownego nie wydaje się niemożliwa do przewyżczenia. W każdym razie wydaje się jasne, że wystąpienia z żądaniem wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z rzeczy nie można uznać za dorozumiane wyrażenie woli zawarcia umowy.

Trzeba też mieć na względzie, że koncepcja uzależniająca możliwość wystąpienia z roszczeniami uzupełniającymi od wytoczenia powództwa o wydanie rzeczy prowadzi do niepożądanych rezultatów w razie przeniesienia własności przez właściciela wyzutego z faktycznego władztwa nad rzeczą. Jak wiadomo, w takiej sytuacji – w braku przelewu (choćby dorozumianego) – dotychczasowy właściciel zachowuje roszczenia, które powstały przed przeniesieniem własności¹⁶ (brak podstaw dla przyjęcia *cessio legis*¹⁷). Trudno zaś zaakceptować sytuację, w której możliwość dochodzenia przez dotychczasowego właściciela – albo osobę, na którą roszczenia zostały następnie przeniesione – roszczeń przeciwko posiadaczowi jest zależna od działań osoby trzeciej (aktualnego właściciela). O kwestii tej Sąd nie wspomina, choć omawia konsekwencje swego poglądu w razie zmiany podmiotu legitymowanego biernie¹⁸.

¹³ Zob. np. wyrok SN z 26 lipca 2007 r., V CSK 120/07, LEX nr 465612.

¹⁴ Zob. wyrok SN z 24 września 2010 r., IV CSK 76/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 46.

¹⁵ Zob. wyroki SN z 11 lutego 1998 r., III CKN 354/97, LEX nr 164264 oraz z 30 czerwca 2004 r., IV CK 502/03, LEX nr 183713.

¹⁶ T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 185 (autor wskazuje, że „Jeżeli w okresie, w którym posiadacz w złej wierze władał rzeczą, zmieniali się właściciele, każdy z nich może dochodzić roszczeń uzupełniających od posiadacza za okres, w którym był właścicielem”).

¹⁷ Tamże, s. 185–186.

¹⁸ „Jeżeli w czasie, kiedy właściciel był pozbawiony władztwa nad rzeczą, zmieniali się posiadacze rzeczy, właściciel może dochodzić od ostatniego posiadacza, obecnie biernie legitymowanego w zakresie windykacji, roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy, zrekompensowania jej zużycia lub pogorszenia oraz zwrotu pożytków lub ich wartości tylko za okres posiadania przez niego rzeczy. Nie wyklucza to jednak dochodzenia przez właściciela tych roszczeń za wcześniejsze okresy, po wytoczeniu powództwa windykacyjnego przeciwko ostatniemu posiadaczowi, od uprzednich posiadaczy, obecnie już nie legitymowanych biernie

Przytoczone wyżej argumenty mogą wywoływać poważne wątpliwości co do tego, czy Sąd Najwyższy miał wystarczające podstawy, by zerwać z przyjmowanym dotychczas jednolicie w orzecznictwie i doktrynie poglądem, że roszczeń uzupełniających (w tym roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy) można dochodzić jeszcze przed wytoczeniem powództwa o wydanie rzeczy.

Podtrzymanie tego poglądu – równoznaczne z zakwestionowaniem węzłowego elementu argumentacji, uzasadniającej stanowisko Sądu wyrażone w postanowieniu z 15 kwietnia 2011 r.¹⁹ – nie oznacza *per se* odrzucenia zapatrywania, że osobie, która utraciła własność rzeczy wskutek jej zasiedzenia przez posiadacza, nie przysługuje wobec tego posiadacza roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy bez tytułu prawnego w okresie poprzedzającym dzień zasiedzenia.

Za zapatrywaniem tym rzeczywiście zdają się przemawiać istotne racje funkcjonalne, a przede wszystkim brak zainteresowania przez właściciela nieruchomości przez długi okres oraz dążenie do uniknięcia dodatkowych komplikacji w stosunkach między posiadaczem a właścicielem. Jedną z funkcji zasiedzenia jest wszak uniknięcie trudności dowodowych towarzyszących przeprowadzeniu dowodu własności (*probatio diabolica*), a więc ułatwienie sytuacji dowodowej rzeczywistego właściciela²⁰; z funkcją tą klóci się dopuszczenie dochodzenia roszczeń uzupełniających, które oparte są na założeniu (potwierdzanym przez orzeczenie stwierdzające zasiedzenie), że dotychczasowy posiadacz samoistny nie był właścicielem.

Nawet jednak wskazane, istotne racje funkcjonalne nie mogą same przez się uzasadniać stwierdzenia, że utrata prawa własności wskutek zasiedzenia prowadzi do wygaśnięcia powstałych już uprzednio roszczeń uzupełniających. Nie uzasadnia go również wystarczająco proponowane w doktrynie odwołanie do pierwotnego charakteru nabycia własności w drodze zasiedzenia, a – jak wskazano – także argumentacja Sądu Najwyższego może wzbudzać poważne wątpliwości.

Stosownej podstawy nie może też stwarzać – inaczej niż w niektórych obcych porządkach prawnych – teza o wstecznym skutku zasiedzenia. W rodzimej doktrynie i orzecznictwie zbyt utrwalony jest pogląd, że nabycie własności przez posiadacza wskutek zasiedzenia następuje *ex lege* w dacie upływu terminu zasiedzenia²¹ (a więc bez skutku wstecznego).

w zakresie windykacji – mających jednak taką legitymację wcześniej”. Por. w doktrynie T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 185.

¹⁹ III CZP 7/11, OSP 2012, z. 10, poz. 93 z krytyczną głosą M. Olczyk.

²⁰ Zob. S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1976, s. 80; J. S. Piątowski, (w:) J. Ignatowicz (red.), *System prawa cywilnego*, tom II, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977, s. 312. W doktrynie polskiej przeważa jednak pogląd, że nie może żądać stwierdzenia zasiedzenia osoba, która ma trudności z udowodnieniem swojego prawa, nabytego w innej drodze – zob. J. Majorowicz, (w:) J. Ignatowicz (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1972, s. 469; E. Janeczko, *Zasiedzenie*, Zielona Góra 2002, s. 131; J. Ignatowicz, (w:) J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 106.

²¹ Tak pod rządem prawa rzeczowego A. Kunicki, *Zasiedzenie*, s. 80 (autor wskazywał, że „Posiadacza, który nabywa własność przez zasiedzenie, należy uznać za właściciela od chwili ukończenia biegu terminu zasiedzenia”); pod rządem Kodeksu cywilnego J. S. Piątowski, (w:) J. Ignatowicz (red.), *System*, s. 338 (autor wskazuje, że „z upływem ostatniego dnia wymaganego terminu samoistny posiadacz nabywa prawo własności”); E. Gniewek, *Kodeks*, s. 295 (autor wskazuje, że nabycie własności przez zasiedzenie „następuje – po upływie dwudziestu lub trzydziestu lat – z końcem dnia, który swą datą odpowiada terminowi nabycia

Wygaśnięcia roszczeń uzupełniających nie można także tłumaczyć ścisłym powiązaniem roszczeń uzupełniających z traconym przez dotychczasowego właściciela prawem własności i roszczeniem windykacyjnym (co „w pewnym sensie” pozwala mówić o ich akcesoryjności²²). W doktrynie i orzecznictwie silnie eksponuje się wszak samodzielny charakter roszczeń uzupełniających²³.

Utraty roszczeń uzupełniających nie można wreszcie uzasadnić tym, że przechodzą one na nowego właściciela (dotychczasowego posiadacza), co prowadziłoby do skupienia przymiotu wierzyciela i dłużnika w jednej osobie i tym samym do wygaśnięcia roszczeń. W doktrynie bowiem i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że roszczenia

posiadania (art. 112 w zw. z art. 172 k.c.); E. Janeczko, *Zasiedzenie*, s. 150, 197 (autor wskazuje, że: „Upływ terminu zasiedzenia jest zbieżny z nabyciem własności, ponieważ z upływem ostatniego dnia terminu zasiedzenia posiadacz staje się właścicielem” – s. 150; „Posiadacz władający rzeczą staje się jej właścicielem z chwilą upływu terminu zasiedzenia” – s. 197); S. Rudnicki, *Nabycie przez zasiedzenie*, Warszawa 2007, s. 118 [autor wskazuje, że „(...) z chwilą upływu ostatniego dnia okresu posiadania przewidzianego w ustawie realizuje się skutek zasiedzenia: samoistny posiadacz staje się właścicielem rzeczy (...)”]; J. Ignatowicz, (w:) J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 108 (autor wskazuje, że skutek zasiedzenia polegający na nabyciu własności „następuje *ex lege* w dacie upływu terminu”); w orzecznictwie zob. np. postanowienie SN z 29 września 1999 r., I CO 39/99, LEX nr 523623.

²² Tak T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 186.

²³ W orzecznictwie zob. wyrok SN z 11 lutego 1998 r., III CKN 354/97, LEX nr 164264; uchwałę SN z 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149; wyrok SN z 25 lutego 2004 r., II CK 32/03, LEX nr 162199; wyrok SN z 22 września 2005 r., IV CK 105/05, LEX nr 346083; uchwałę SN z 26 maja 2006 r., III CZP 19/06, OSNC 2006, nr 12, poz. 195 [„(...) roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy ma charakter obligacyjny i gdy powstaje, uzyskuje byt samodzielny, co wyraża się tym, że może być dochodzone niezależnie od roszczenia windykacyjnego i jest samodzielnym przedmiotem obrotu (...) Uwaga ta jest istotna, gdyż oznacza, że utrata własności rzeczy nie powoduje utraty możliwości żądania wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy w okresie, w którym właścicielowi własność jeszcze przysługiwała”]; wyrok SN z 23 stycznia 2007 r., III CSK 278/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 186; wyrok SN z 24 września 2010 r., IV CSK 76/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 46 [„Związek roszczeń uzupełniających z roszczeniem windykacyjnym lub negatoryjnym wyraża się w tym, że powstanie roszczeń uzupełniających jest uwarunkowane ziszczeniem się przesłanek ustawowych roszczenia windykacyjnego (...) Jednakże związek ten nie jest tak ścisły, by wymagał dochodzenia roszczeń uzupełniających razem z roszczeniem windykacyjnym lub negatoryjnym. Przeciwnie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalone jest stanowisko, że roszczenia te mają charakter samodzielny, a nie akcesoryjny i ich związek z roszczeniem windykacyjnym nie jest nierozdzielny”]. W doktrynie zob. T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 277 [autor pisze tam, że roszczenia uzupełniające „(...) są niezależne od roszczenia windykacyjnego i mogą być dochodzone w odrębnym procesie, co jasno wynika z art. 229 k.c.”, autor podkreśla też, że roszczenia uzupełniające są „w pewnym stopniu niezależne od prawa własności”, co polega na tym, iż „(...) z chwilą ich powstania zawiązuje się węzeł obligacyjny między osobą, która w chwili powstania roszczenia była właścicielem, i osobą, która w chwili powstania roszczenia była posiadaczem rzeczy. Jednakże od tego momentu roszczenia uzupełniające, jako roszczenia o charakterze osobistym, uniezależniają się od prawa własności i przysługują osobie, która w chwili ich powstania była właścicielem, lecz niekoniecznie pozostała nim nadal”]; J. Ignatowicz (w:) J. Ignatowicz (red.), *Kodeks*, s. 600; S. Grzybowski, *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1976, s. 120 (autor wskazuje, że roszczenia uzupełniające są roszczeniami samoistnymi: nie są związane z roszczeniem windykacyjnym, nie dzielą jego losów, mogą trwać mimo zgaśnięcia roszczenia windykacyjnego); E. Gniewek, *Kodeks*, s. 513, 545; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, kom. do art. 229, nb 2. Por. też W. Czachórski, „*Rei vindicatio*”, s. 323 (autor wskazuje, że roszczenia uzupełniające „występują obok i przy istnieniu tych samych przesłanek co i roszczenie windykacyjne”, z wyjątkiem roszczenia odszkodowawczego; stwierdza ponadto, że nie ma „jak się wydaje” przeszkody, by każde z „roszczeń uzupełniających” roszczenie windykacyjne nie mogło w określonych sytuacjach faktycznych występować samoistnie).

te mają charakter obligacyjny²⁴ (nie są to roszczenia realne) i „nie idą” za własnością albo posiadaniem rzeczy²⁵.

W rezultacie wydaje się, że normatywnego wsparcia dla tezy, iż zasiedzenie powoduje wygaśnięcie powstałych uprzednio roszczeń uzupełniających, można doszukiwać się jedynie w tym, że rozdział Kodeksu cywilnego poświęcony zasiedzeniu nie zawiera odpowiednika art. 194 k.c., który stanowi, iż: „Przepisy o przetworzeniu, połączeniu i pomieszaniu nie uchybiają przepisom o obowiązku naprawienia szkody ani przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu”.

Milczenie ustawodawcy jest tu wymowne i oznacza, że w przypadku zasiedzenia mamy do czynienia nie tylko z prawną, ale także ekonomiczną ekspropriacją właściciela²⁶. Nie chodzi tu zatem jedynie o prawne uporządkowanie stosunków własnościowych, lecz także o ustabilizowanie stosunków ekonomicznych.

Takiemu założeniu ustawodawcy zdaje się sprzeciwiać dopuszczenie do rozliczeń między byłym a aktualnym właścicielem z odwołaniem do roszczeń uzupełniających. Sytuacja, w której ustawodawca wyłącza obowiązek zapłaty przez posiadacza – także przez posiadacza w złej wierze – ekwiwalentu za uzyskaną własność (a więc za prawo podlegające szczególnej ochronie konstytucyjnej), a równocześnie dopuszcza możliwość żądania od niego zwrotu korzyści czerpanych z rzeczy (pożytków albo ich wartości, wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy), tudzież naprawienia szkody wynikłej z jej pogorszenia (potencjalne odszkodowanie może być bardzo wysokie), wydaje się trudna do zrozumienia. W szczególności sposób dotyczy to roszczeń odszkodowawczych, skoro w świetle późniejszego zasiedzenia posiadacz wyrządza szkodę niejako samemu sobie.

Jest tak tym bardziej, że ustawodawca nie przewidział na wypadek zasiedzenia żadnego szczególnego, krótkiego terminu przedawnienia roszczeń uzupełniających. Nie reguluje go art. 229 k.c., ponieważ w żadnym razie nie można tu mówić o zwrocie rzeczy²⁷.

Tak ujęta argumentacja – wykazująca cechy rozumowania *a fortiori* – stanowić może podstawę do obrony poglądu, że osobie, która utraciła własność rzeczy wskutek jej zasiedzenia przez posiadacza, nie przysługują wobec tego posiadacza roszczenia uzupełniające za okres poprzedzającym dzień zasiedzenia. Kwestia jest jednak z pewnością

²⁴ Zob. wyrok z 23 stycznia 2007 r., III CSK 278/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 186; w doktrynie T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 184; E. Gniewek, (w:) *System*, s. 506. Pogląd taki przyjmowany jest także w doktrynie niemieckiej w stosunku do roszczeń przysługujących właścicielowi przeciwko posiadaczowi (§ 987 i n. k.c.n.) – zob. K.-H. Gursky, (w:) *J. von Staudingers Kommentar*, s. 167.

²⁵ T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 184–185; E. Gniewek, (w:) *System*, s. 507.

²⁶ W doktrynie wskazuje się, że uzyskanie prawa własności w wyniku zasiedzenia nie podlega rozliczeniu przez zastosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu – zob. J. S. Piątowski, (w:) J. Ignatowicz (red.), *System*, s. 340; E. Gniewek, *Kodeks*, s. 297; E. Janeczko, *Zasiedzenie*, s. 29, 32, 198.

²⁷ W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że zwrotem rzeczy w rozumieniu art. 229 k.c. jest każdy sposób odzyskania przez właściciela władztwa nad rzeczą – w orzecznictwie zob. wyrok SN z 13 listopada 1997 r., I CKN 323/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 79; wyrok SN z 26 marca 1998 r., I CKN 590/97, OSNC 1998, nr 11, poz. 180; wyrok z 23 stycznia 2007 r., III CSK 278/06, OSNC 2007, nr 12, poz. 186; w doktrynie zob. J. Ignatowicz, (w:) J. Ignatowicz (red.), *Kodeks*, s. 612; J. Winiarz, (w:) J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. I, Warszawa 1989, s. 199; E. Gniewek, *Kodeks*, s. 546; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, s. 2009, kom. do art. 229, pkt 3; E. Skowrońska-Bocian, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks*, s. 716.

dyskusyjna, zwłaszcza jeżeli uwzględni się zakaz interpretowania zasad prawnych kształtujących instytucję zasiedzenia w sposób rozszerzający – wraz z regułą, że wszelkie wątpliwości powinny być tłumaczone na korzyść ochrony własności²⁸ – oraz prawnomiedzynarodowe kontrowersje co do dopuszczalności nabycia własności wskutek dawności bez żadnego ekwiwalentu²⁹.

²⁸ Zob. wyrok TK z 28 października 2003 r., P 3/03, OTK-A 2003, nr 8, poz. 82. Trybunał stwierdził tam, że: „Niedopuszczalne jest interpretowanie zasad prawnych kształtujących instytucję zasiedzenia w sposób rozszerzający. [...] Zasadą konstytucyjnie określoną – od której tylko wyjątkowo wprowadza się odstępstwa – jest nienaruszalność prawa własności. Zasiedzenie jest odstępstwem od zasady jej nienaruszalności i to bardzo daleko idącym. Tym bardziej wszelkie wątpliwości powinny być tłumaczone na korzyść ochrony własności (innych praw majątkowych), bez względu na to, czy chodzi o własność (prawa majątkowe) osób fizycznych, jednostek samorządu terytorialnego, Skarbu Państwa czy innych podmiotów”.

²⁹ Należy przypomnieć, że instytucja zasiedzenia wzbudziła poważne wątpliwości w kontekście § 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Początkowo, w wyroku z 15 listopada 2005 r. w sprawie *J. A. Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom* (sprawa nr 44302/02), Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał (przewagą jednego głosu) za niezgodną z art. 1 Protokołu nr 1 regulację, która wyłączała możliwość żądania wydania gruntu po upływie 12-letniego okresu wrogiego posiadania (*adverse possession*) przez inną osobę [w przypadku niezarejestrowanego gruntu prowadziło to do nabycia własności przez posiadacza, a w przypadku gruntu rejestrowanego – do uznania zarejestrowanego właściciela za powiernika (do czasu ujawnienia nowego właściciela)]. W ocenie Trybunału wynikające z tej regulacji pozbawienie ujawnionych w rejestrze właścicieli przysługującego im prawa stanowiło działanie nieproporcjonalne z punktu widzenia podyktowanego interesem publicznym celu, polegającego na zapewnieniu zgodności między niekwestionowanym władztwem faktycznym a stanem prawnym. Istotne znaczenie dla Trybunału miała okoliczność, że pozbawieni swego prawa właściciele nie otrzymali z tego tytułu żadnej rekompensaty (co w świetle Konwencji może mieć miejsce jedynie wyjątkowo), a ponadto że system prawny nie zapewnił zarejestrowanym właścicielom wystarczającej ochrony przed utratą własności, np. w postaci powiadomienia ze strony posiadacza, które umożliwiłoby właścicielom podjęcie stosownych działań, chroniących ich przed utratą własności (istotna dla Trybunału była okoliczność, że rozwiązanie takie zostało przewidziane w angielskiej regulacji prawnej obowiązującej od 2002 r.). Orzeczenie to zostało podważone przez orzeczenie Wielkiej Izby Trybunału z 30 sierpnia 2007 r. (LEX nr 292787, <http://www.echr.coe.int>) – stosunkiem głosów 10 do 7 – w której Trybunał wskazał, że w rozpatrywanych okolicznościach właściciele nie utracili prawa do gruntu w wyniku przeniesienia jego własności przez państwo z jednego podmiotu na drugi, lecz w wyniku zastosowania ogólnych reguł dotyczących wygaśnięcia prawa do żądania wydania gruntu. Celem stosownych przepisów nie było zatem pozbawienie właścicieli przysługującego im prawa, lecz uregulowanie sytuacji, w której w wyniku długotrwałego wrogiego posiadania właściciel utracił prawo do żądania wydania gruntu; regulacja ta odpowiadała regule, że długotrwałe niekwestionowane posiadanie prowadzi do nabycia tytułu. W rezultacie Trybunał uznał, że przedmiotowa regulacja nie przewidywała „pozbawienia” właścicieli przysługującego im prawa w rozumieniu art. 1 ust. 1 zd. 2 Protokołu nr 1, lecz stanowiła „uregulowanie sposobu korzystania” z gruntu w rozumieniu art. 1 ust. 2 Protokołu nr 1, co miało istotne znaczenie dla oceny braku rekompensaty (w przypadku pozbawienia prawa brak rekompensaty jest dopuszczalny jedynie wyjątkowo). Trybunał ocenił, że wyłączenie prawa żądania wydania gruntu po upływie określonego czasu leży w interesie publicznym, a związana z tym regulacja polegająca na utracie tytułu przez właściciela i uzyskaniu go przez posiadacza mieści się w zakresie swobody realizacji celów społecznych i ekonomicznych, przysługującej państwom członkowskim. Właściciele nie byli też pozbawieni środków proceduralnych służących ochronie ich prawa, skoro mogli wytoczyć powództwo o wydanie nieruchomości (późniejsza zmiana prawa korzystniejsza dla właścicieli nie oznacza, że wcześniejsze prawo było sprzeczne z Konwencją).

Glosy

Zygmunt Kukula

GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W ŁODZI Z 15 GRUDNIA 2011 R., II AKA 133/11¹

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Przepis art. 301 k.k. chroni interesy wierzycieli, którzy ponoszą szkodę w chwili, gdy majątek dłużnika ulega faktycznemu zubożeniu. Wierzyciele są zainteresowani wyłącznie tymi czynnościami, których skutkiem jest pomniejszenie majątku dłużnika, natomiast nie jest dla nich istotne, co z tym majątkiem się dzieje, a w szczególności – czy został on wchłonięty do innej masy majątkowej, czy też nie. Relewantne i kluczowe jest – z punktu widzenia prawnokarnego wartościowania – to, z jakiego majątku wierzyciele mogą być zaspokojeni.

Głosowane orzeczenie zasługuje na szczególną uwagę, jest bowiem pierwszym opublikowanym dotąd judykatem odnoszącym się bezpośrednio do art. 301 k.k. w nowym Kodeksie karnym z 1997 r. Spośród orzeczeń wydanych do przepisów z rozdziału XXXVI Kodeksu karnego największy deficyt odczuwalny był dotąd w stosunku do tego właśnie przepisu. Z tym większym zadowoleniem należy przyjąć fakt jego wydania. Teza wyroku zwraca uwagę na przedmiot ochrony, jako że jest to jedno z wielu przestępstw zagrożających interesom wierzycieli. Za szczególną cechę przestępstw tego rodzaju uznać należy to, że ich strona przedmiotowa bywa realizowana czynnościami zewnętrznymi, formalnie zgodnymi z prawem, co też istotnie utrudnia oddzielenie zachowań zabronionych od prawnie dopuszczalnych.

Zanim nastąpi ocena stanowiska prawnego wyrażonego przez sąd, należy zwięźle przedstawić stan faktyczny sprawy, z którego ono wynika. Sąd Apelacyjny, rozstrzygając apelację wniesioną przez prokuratora i pełnomocników oskarżycieli posiłkowych na niekorzyść oskarżonych, uchylił wyrok w całości i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Wszyscy oskarżeni wywodzili się ze środowiska osób wchodzących w skład zarządu spółki akcyjnej aktywnie zaangażowanych w jej

¹ „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi” 2012, nr 2, poz. 18.

działalność, a zarzucono im wiele przestępstw, do których weszły, oprócz poświadczenia nieprawdy, przestępstwa gospodarcze z art. 296 § 1 i 3 k.k., art. 301 § 1 k.k. w zb. z art. 300 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 308 k.k., a dodatkowo przestępstwa z Kodeksu spółek handlowych wymienione w art. 585 i 586. Sąd pierwszej instancji dopuścił się w wielu miejscach rażących uchybień w ocenie zgromadzonego materiału dowodowego, ich wyliczenie zostanie jednak pominięte, gdyż nie wykazują istotnego związku z przedmiotem glosy. Błędnie, zdaniem sądu odwoławczego, przyjęto, że zachowanie polegające na przemieszczaniu do nowej spółki (sp. z o.o.) produkcji własnych wyrobów przez spółkę akcyjną, przekazanie jej zapasów posiadanych wyrobów, towarów oraz materiałów i rozliczanie ich następnie kompensatami – przy czym w opisie zarzucanego czynu zaniechano uściślenia, o jakie wyroby, materiały i towary chodzi, jaka miała być skala owego zjawiska i wartość składników majątkowych – nie wyczerpuje znamion przestępstwa przeciwko wierzycielom z art. 301 § 1 k.k. Sąd pierwszej instancji zaniechał ustalenia, czy w związku z utworzeniem spółki zależnej, którą w tym układzie była spółka z o.o., i podjętymi następnie działaniami związanymi m.in. z zawieraniem umów łączących spółkę akcyjną ze sp. z o.o. w realizacji tzw. umowy ramowej, rzeczywiście nie miało miejsca przenoszenie na nowo powstałą spółkę składników majątkowych spółki akcyjnej. Za przedwczesną oceniono konstatację sądu, że w zaistniałym stanie faktycznym nie doszło do przeniesienia majątku ze spółki akcyjnej do spółki z o.o. w ścisłe rozumianym znaczeniu, o którym mowa w art. 301 § 1 k.k., z tego powodu, że majątek spółki akcyjnej nie stał się majątkiem „spółki-córki”. Sąd pierwszej instancji wśród przesłanek przemawiających za wydaniem uchylonego później wyroku podniósł argument, że oskarżyciel publiczny nie wykazał, aby zachowanie oskarżonych miało jakikolwiek wpływ na udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia wierzycieli.

Przystępując do merytorycznej oceny wydanego wyroku w niezbędnym zakresie, należy się odnieść do charakteru przestępstwa typizowanego w art. 301 § 1 k.k. Ustawowy opis czynu nie pozostawia wątpliwości, że jest to przestępstwo umyślne o charakterze indywidualnym i materialnym (skutkowym), godzącym w interes wierzycieli. Przepis ten, nazywany także „fałszywym bankructwem”, stanowił reakcję ustawodawcy na powtarzające się patologiczne zachowania dłużników, przybierające szczególną postać nieujęta w innych przepisach. Polegała ona na tym, że sprawca, będąc dłużnikiem kilku wierzycieli, udaremniał lub ograniczał zaspokojenie ich należności przez to, iż tworzył na podstawie przepisów prawa nową jednostkę gospodarczą i przenosił na nią składniki swego majątku. Techniczna strona tak opisanego w ustawie działania przybrała formę transferu majątku mogącego pokryć przyszłe pretensje wierzycieli. Wobec braku wyraźnego ustawowego ograniczenia przepis znajduje zastosowanie zarówno do długów powstałych w działalności gospodarczej, jak i długów osobistych, niezwiązanych z jej prowadzeniem². Odpowiedzialność karna dotyczy sytuacji, gdy wierzycieli jest kilku, doktryna różnie podchodzi do sposobu określania ich liczby³. Konstrukcja tego przestępstwa wywołała jednak w literaturze prawa karnego kontrowersje. Koronnym

² J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Orzecznictwo. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 570.

³ J. Wojciechowski postuluje co najmniej trzech wierzycieli (*Kodeks karny*, s. 571), A. Marek wspomina o co najmniej trzech bez ograniczenia górnej ich granicy (A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 579), O. Górniok podaje liczbę od 3 do 9 (O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, Toruń 1997 r., s. 69), J. Skorupka przyjmuje liczbę powyżej dziesięciu (J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 131), R. Zawłocki

argumentem podnoszonym w dyskusji było uzależnienie karalności od wybranej formy szkodliwego postępowania dłużnika. Nie wiadomo, co przesądziło o ograniczeniu karalności wyłącznie do postaci tworzenia nowej jednostki gospodarczej, tak jakby przeniesienie majątku na jednostkę już istniejącą miało pozostać bezkarne⁴. R. Zawłocki uznaje wręcz rozwiązanie przyjęte w art. 301 § 1 k.k. za zbędne i niebezpieczne dla obrotu gospodarczego z tego powodu, że obejmuje sankcją karną zachowania powszechnie przyjęte w tym obrocie⁵. Opis czynu z art. 301 § 1 k.k. pozostaje w dużym stopniu zbliżony do przestępstwa definiowanego w art. 300 § 1 i 3 k.k., jako udaremnienie zaspokojenia wierzytelności, różni się jednak opisem strony przedmiotowej, który sprowadza się do tworzenia nowej jednostki gospodarczej i przenoszenia na nią składników swego majątku. Nie może być mowy o tym przestępstwie w przypadku przekształcenia się spółek, np. spółki z o.o. w spółkę akcyjną, gdyż przeczy to literalnej wykładni przepisu (jednostka nie tworzy się, lecz przekształca). Wykluczone będzie w zaistniałej sytuacji usuwanie, ukrywanie, niszczenie, pozorne obciążanie oraz uszkodzanie składników swego majątku przez dłużnika, jako że działanie to opisano w art. 300 k.k. Uwagi te należało przytoczyć w związku z tym, że opis stanu faktycznego glosowanego wyroku zawiera zbieg przepisów pomiędzy art. 301 § 1 k.k. a przestępstwami opisanymi w art. 300 § 1 i 3 k.k. oraz w art. 308 k.k.

Teza glosowanego orzeczenia jest zgodna z ogólnie przyjętym stanowiskiem doktryny, w myśl którego przepis art. 301 § 1 k.k. chroni interesy wierzycieli, choć w dużo węższym stopniu niż ochrona gwarantowana przez art. 300 k.k. Obawa wierzycieli tkwi w niepewności zaspokojenia swoich pretensji i roszczeń w przyszłości. Jest dla nich obojętne, jak słusznie dostrzegł sąd apelacyjny, co rzeczywiście stanie się z transferowanym majątkiem. Cokolwiek by się z nim w późniejszym czasie stało, i tak nie da się już go wykorzystać w postępowaniu egzekucyjnym. Z punktu widzenia powołanego przepisu okoliczność ta jest obojętne dla prawnokarnego wartościowania popełnionego przestępstwa. To słuszna diagnoza tego przepisu, albowiem w treści swoich znamion nie łączy on skutku z wynikiem przyszłego postępowania egzekucyjnego. Na kanwie samej tezy komentowanego wyroku oraz związanych z nim poszczególnych fragmentów uzasadnienia należy ustalić wpływ na odpowiedzialność karną takich zagadnień, jak: pojęcie składników majątkowych, rodzaj i charakter czynności prawnych, w wyniku których następuje przeniesienie składników majątkowych, skala przesunięć majątkowych oraz jej wartość, wpływ takich działań na udaremnienie lub ograniczenie zaspokojenia wierzycieli w aspekcie upadłości oraz kwestia zbiegu przepisów art. 301 § 1 k.k. z art. 300 § 1 i 3 k.k. i odpowiedzialność na podstawie art. 308 k.k.

Jeżeli chodzi o składniki majątkowe, jakimi w omawianym wyroku stały się wyroby własne, zapasy posiadanych wyrobów, towary i materiały, stanowisko zajęte przez sąd odwoławczy nie pociąga za sobą rozbieżności przy ich pojmowaniu. Jest ono co do zasady zgodne z utrwalonym od dawna zapatrywaniem doktryny, według której

podaje co najmniej 2 wierzycieli [R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, Warszawa 2004, s. 1176).

⁴ K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 157; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 619; O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII k.k. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 69–70.

⁵ R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny*, s. 1176.

składnikami majątkowymi będą zarówno prawa majątkowe, jak i rzeczy, bez podziału na ruchomości czy nieruchomości. Nie ma w tej płaszczyźnie żadnych ograniczeń, co pozostaje zgodne z pojęciem mienia występującym w Kodeksie cywilnym w art. 44 i 44¹. Ponieważ sam Kodeks karny nie definiuje mienia i majątku, a więc także i jego składników, dla celów wykładni tego pojęcia wykorzystuje się regulacje cywilnoprawne. Nie sposób zaprzeczyć, że mienie niewątpliwie stanowi synonim majątku. Wyjątki obejmują rozwiązania przewidziane w art. 519–525 k.c., gdzie spotykamy się z obciążeniem biernym, jak chociażby przejęcie długu, oraz przypadek gromadzenia lokat kapitału w bankach zagranicznych⁶. Bardziej złożona okaże się ocena charakteru czynności prawnych prowadzących do odpowiedzialności karnej przy zastosowaniu art. 301 § 1 k.k. Zgoda panuje, gdy mowa o czynnościach prawnych prowadzących do rozporządzenia majątkiem jednorazowo bądź etapami. Kontrowersje pojawiają się, gdy mamy do czynienia z czynnościami prawnie nieważnymi. Jakkolwiek bezwzględna nieważność aktu przeniesienia nie może spowodować skutku opisanego w ustawie (udaremnienie, ograniczenie), to jednak w sytuacji gdy fakt tylko pozorowania tej czynności nie zostaje ujawniony, może dojść co najmniej do ograniczenia zaspokojenia należności wierzyciela⁷. Podziela ten pogląd O. Górniok, argumentując za objęciem ich karalnością na podstawie tego przepisu. Jeżeli bowiem ich pozorność wyjdzie na jaw, a w praktyce nie ma na to wielkich szans, akty takie mogą pokrzywdzić wierzycieli z taką samą siłą jak ważne⁸. Przeciwny pogląd głosi R. Zawłocki, w jego opinii takie działanie powinno być ocenione jako ukrywanie majątku posiadanego przez dłużnika⁹. Zaakceptowanie tego poglądu nie obyłoby się bez pewnych trudności. Wygodniej będzie jednak przyjąć konstrukcję usiłowania nieudolnego przestępstwa z art. 301 § 1 k.k., za czym optuje O. Górniok¹⁰. Przeniesienie majątku niezależnie od formy prawnej czynności w logicznej konsekwencji prowadzi do udaremnienia zaspokojenia roszczeń wierzycieli. Fakt rozliczenia wzajemnych zobowiązań w formie kompensaty nie przekreśla innego faktu, że jest ona rezultatem wcześniej powstałego zobowiązania. Jego efektem w opisywanym przypadku było przesunięcie środków do nowej jednostki gospodarczej, przy czym nie można z góry w tym momencie przesądzać, że użycie ich w nowym przedsięwzięciu zapewni zysk będący podstawą do wzajemnego potrącenia wierzytelności. Istota kompensaty polega przecież na podstawie art. 498 i n. k.c. na uregulowaniu stosunku zobowiązaniowego w sytuacji, kiedy dwie osoby (także osoby prawne) są jednocześnie względem siebie dłużnikiem i wierzycielem, a jedna z nich, zamiast spełnić swoje świadczenie, umarza je przez zaliczenie świadczenia drugiej strony na poczet swojej należności. Wspomnieć w tym miejscu należy o bardzo istotnym wątku. Gdyby do kompensacji nie doszło z winy spółki akcyjnej, to w tym wypadku wierzytelność przypadająca spółce z o.o. pozostałaby teoretycznie nieuregulowana, co stawiałoby tę ostatnią w szeregu wierzycieli niezaspokojonych majątkowo lub zaspokojonych w stopniu niepełnym. Tak czy owak, skutek opisany w art. 301 § 1 k.k. zostałby zrealizowany. Tym, co odróżnia przestępstwo z art. 301 § 1 k.k. od pozostałych przestępstw zagrażających interesom

⁶ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, s. 63.

⁷ J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, Warszawa 2008, s. 413.

⁸ O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze*, s. 70.

⁹ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, s. 1183.

¹⁰ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, s. 65.

wierzycieli, jest brak występowania bezpośredniego zagrożenia niewypłacalnością bądź upadłością. Choć z opisu stanu faktycznego leżącego u podstawy wydania głosowanego orzeczenia wynikało bezpośrednio zagrożenie upadłością spółki akcyjnej, co zapewne stało się bezpośrednią przyczyną przyjęcia zbiegu przepisów art. 301 § 1 k.k. i art. 300 § 1 i 3 k.k., godzi się jednak zauważyć, że dla przypisania samej odpowiedzialności z art. 301 § 1 k.k. nie jest to konieczne. Ustawodawca w opisie karalnego zachowania nie umieścił znamion tej treści. Zapewne powodem takiego rozwiązania stało się zabezpieczenie należności, do których wierzyciele nie zgłosili jeszcze swoich roszczeń¹¹, tym samym nie wiemy, czy są one już wymagalne. Wystarczające okazuje się już samo dokonanie przesunięcia majątku, gdy zaciągnięto zobowiązanie wobec kilku wierzycieli. Argument przemawiający za wypełnieniem ustawowych znamion przestępstwa ulega niewątpliwie wzmocnieniu w sytuacji, kiedy jednostka gospodarcza w niedługi czas po transferze majątku ogłosiła upadłość bądź wystąpiła z wnioskiem o otwarcie postępowania naprawczego. W tej to bowiem sytuacji udaremnienie bądź ograniczenie zaspokojenia należności wierzycieli staje się w pełni realne. W każdym razie prowadzi to co najmniej do pogorszenia sytuacji majątkowej dłużnika, ze wszystkimi tego konsekwencjami. Przeszkodą przy wykładni znamion przepisu jest poza jedynym dostępnym judykatem, pochodzącym jeszcze z okresu przedwojennego, brak jakiegokolwiek dorobku orzecznictwa¹². Przedstawione uwagi dotyczące tego wątku pozwalają jednak, choć sąd apelacyjny to pominął, na wyprowadzenie wniosku zbudowanego na założeniu, że przestępstwo zostaje popełnione z chwilą powstania zobowiązania. Formują się wtedy relacje dłużnik–wierzyciel. Zawiązanie nowej jednostki gospodarczej dla transferu stanowi jednoznaczny sygnał o chęci ucieczki od konsekwencji zaciągniętego wcześniej zobowiązania.

Z opisu czynu zarzucanego oskarżonym wiemy, że doszło do przeniesienia wyrobów bez wskazania, w jakich ilościach i o jakiej wartości. Z zapatrywania sądu apelacyjnego wynika, że okoliczność ta nie odgrywa znaczenia w procesie prawnokarnego wartościowania popełnionego czynu. Zgodzić się trzeba z tym stanowiskiem. Po pierwsze, sam ustawodawca, używając zwrotu „ogranicza” zaspokojenie, dopuszcza tym samym każdą taką wartość, po drugie, świadczy też o tym skutkowy charakter przestępstwa. Akurat ta kwestia nie stanowi przedmiotu rozbieżności w opiniach komentatorów przepisów prawnych.

Na tle zapadłego rozstrzygnięcia wyłania się ostatnia kwestia, choć niemająca już takiej praktycznej doniosłości jak wspomniane wcześniej. Mowa tu o problematyce zbiegu przepisów. Sąd co prawda nie odniósł się do tego wątku, czyniąc ustalenia w innym obszarze, jednak, korzystając ze sposobności, wypadałoby poświęcić mu nieco uwagi, ponieważ w doktrynie nie zostało to jednoznacznie rozstrzygnięte. Pomimo uszczegółowienia pewnych fragmentów czynu karalnego przedstawionego w art. 301 § 1 k.k. trudno jest uznać, że jest to przepis specjalny w stosunku do art. 300 § 3 k.k. Przemawia za tym grożąca dłużnikowi niewypłacalność lub upadłość, co też powinno

¹¹ *Ibidem*, s. 64.

¹² „Użyte w art. 276 k.k. (aktualnie 301 k.k.) pojęcie ukrycia mienia (składników majątkowych) nie ogranicza się wyłącznie do czynnego zachowania się sprawcy, lecz również może się wyrazić w zatajeniu istnienia przedmiotów ulegających lub mogących ulec egzekucji” – wyrok SN 2K 229/33, Zb. O. 1933, z. 2, poz. 6.

znaleźć odbicie w przyjęciu kwalifikacji kumulatywnej¹³. Zapatrywanie odmienne nakazuje w razie zbiegu wyłączyć art. 300 k.k. na rzecz art. 301 §1 k.k., oceniając to jako zbieg pozorny¹⁴. R. Zawłocki jest przeciwnikiem, zastosowanej w omawianej sprawie, koncepcji odpowiedzialności zastępczej z art. 308 k.k. Na tej podstawie za przestępstwa określone w rozdziale XXXVI k.k. odpowiada jak dłużnik lub wierzyciel ten, kto na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami majątkowymi innej osoby prawnej, fizycznej, grupy osób lub podmiotu niemającego osobowości prawnej. Odpowiedzialność tych osób jest niezależna od odpowiedzialności dłużnika i dotyczy odpowiedzialności za przestępstwa indywidualne, do jakich bezspornie zalicza się art. 301 § 1 k.k. Tak naprowadzony tok rozumowania znalazł oparcie w jednym z wyroków nawiązujących do zastosowania art. 308 k.k. Skoro ustawodawca użył słów „swojego wierzyciela” i „składniki swego majątku”, to nie budzi wątpliwości, że jego zamiarem było właśnie poszerzenie podmiotowego kręgu osób odpowiedzialnych. Osoby te mogą odpowiadać tak samo jak dłużnicy, nie będąc nimi, a prowadząc sprawy majątkowe dłużników¹⁵. Kumulatywny zbieg art. 308 k.k. z art. 301 § 1 k.k. dopuszczają także O. Górniok¹⁶, J. Wojciechowski¹⁷ i J. Skorupka¹⁸. Do poglądu takiego należałoby się przychylić.

Przystępując do końcowej oceny głosowanego wyroku, zapadłe rozstrzygnięcie uznać należy za właściwe, zgodne z wymogami stawianymi przez ustawę przy prawnokarnej ocenie tego szczególnego rodzaju przestępstwa przeciwko wierzycielom. Można jedynie odczuć pewien niedosyt, gdy mowa jest o analizie przesłanek przemawiających za wpływem rozliczeń o charakterze kompensacyjnym pomiędzy obydwoma spółkami na specyfikę rozpatrywanego czynu. Było to możliwe do przeprowadzenia teoretycznie, abstrahując od stanu znajdującego się w aktach rozstrzyganej sprawy. Nie stanowi to jednak większego problemu dla prawidłowej subsumcji omawianego przepisu. Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że na podstawie przedstawionych argumentów zapadłe rozstrzygnięcie należy zaaprobować.

¹³ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, s. 68–69.

¹⁴ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny*, s. 1176.

¹⁵ Wyrok SN z 5 stycznia 2000 r., V KKN 192/99, LEX nr 50986.

¹⁶ O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze*, s. 69.

¹⁷ *Ibidem*, s. 583.

¹⁸ *Ibidem*, s. 53.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 5 STYCZNIA 2011 R., V KK 116/10¹

Teza glosowanego wyroku brzmi:

Niestawiennictwo należycie powiadomionego o terminie rozprawy apelacyjnej pełnomocnika wyznaczonego dla wnioskodawcy z powodu określonego w art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. tamuje rozpoznanie sprawy o odszkodowanie dochodzone na podstawie art. 552 k.p.k. (art. 79 § 3 k.p.k. w zw. z art. 450 § 3 k.p.k. i art. 556 § 3 k.p.k.).

I. Sąd Najwyższy wydał wyrok będący przedmiotem glosy na tle następującego stanu faktycznego. Sąd Okręgowy w L., wyrokiem z 10 czerwca 2009 r., oddalił wniosek Stefana L. o zadośćuczynienie za niewątpliwie niesłuszne zatrzymanie w dniu 9 maja 2006 r. przez funkcjonariuszy Policji. Wyrokiem z 7 października 2009 r. Sąd Apelacyjny w W. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. Kasację od wyroku sądu odwoławczego wniósł **pełnomocnik wnioskodawcy** (podkr. – B. R.) z urzędu, zarzucając wystąpienie uchybienia wymienionego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., ponieważ w rozprawie apelacyjnej nie uczestniczył pełnomocnik wnioskodawcy, oraz rażące naruszenie: art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 244 § 1 k.p.k., a nadto obrazę art. 2 § 2, art. 4, art. 5 § 2, art. 7 i art. 424 § 1 k.p.k. W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie obu wyroków i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy za trafny uznał zarzut zaistnienia tzw. bezwzględnie powodu odwoławczego, określonego w przepisie art. 439 § 1 pkt 10 część druga k.p.k., i z tego powodu uchylił zaskarżony wyrok.

II. Trzeba na wstępie zaznaczyć, że teza wyroku Sądu Najwyższego sformułowana w niniejszej sprawie – a przytoczona na samym początku – stała się już przedmiotem zainteresowania nauki procesu karnego i została w niej zaaprobowana². Moim zdaniem zasadnicze wątpliwości wywołuje to, że Sąd Najwyższy uznał za bezwzględną przy-

¹ LexPolonica nr 2473476; „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 3; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2011, nr 2; OSNKW 2011, nr 2, poz. 15.

² M. Zbrojewska, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 5 stycznia 2011 r. V KK 116/2010*, OSP 2011, nr 7–8, s. 583 i n.

czynę odwoławczą określoną w przepisie art. 439 § 1 pkt 10 część druga k.p.k. sytuację, w której wnioskodawca (żądający odszkodowania) nie miał w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie pełnomocnika w przypadku określonym w art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. i z tego to powodu uchylił za skarżony wyrok³. Ponadto w treści uzasadnienia orzeczenia brak jest motywów, jakimi kierował się Sąd Najwyższy, odstępując od literalnego brzmienia przepisu art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., który dotyczy przecież braku obrońcy, a nie braku pełnomocnika.

III. Istota problemu zasadza się w prawidłowym określeniu przedstawiciela procesowego w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie. Wbrew temu, co stwierdza M. Zbrojewska⁴ i Sąd Najwyższy, nie jest wcale takie oczywiste, że „podmiot dochodzący odszkodowania przewidzianego w rozdziale 58 k.p.k. z uwagi na jednoznaczne brzmienie art. 556 § 3 k.p.k. korzysta wyłącznie z pomocy pełnomocnika”. Przy czym należy w tym miejscu stwierdzić, że pogląd, iż uprawnieni do żądania odszkodowania na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. (art. 552 k.p.k. oraz art. 556 § 1 k.p.k.) mogą korzystać z pomocy prawnej pełnomocnika, jest dominujący w literaturze przedmiotu⁵. Jednakże ustawodawca, wprowadzając przepis art. 556 § 3 k.p.k., wcale nie usunął do końca wątpliwości, jakie na gruncie poprzedniego stanu prawnego zrodziły się odnośnie do statusu prawnego przedstawiciela procesowego w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie⁶.

Wątpliwości należy wiązać z treścią przepisu art. 552 k.p.k., który posługuje się pojęciem oskarżonego. Ten zaś, co nie ulega wątpliwości, może korzystać z profesjonalnej pomocy tylko i wyłącznie obrońcy (art. 6 k.p.k.). Zdaniem Z. Czeszejki użycie przez ustawodawcę w rozdziale 50 k.p.k. z 1969 r. (obecnie rozdział 58 k.p.k.) pojęcia „oskarżony”, którym zastąpiono pojęcie „osoba” oraz „osoba uprawniona” z k.p.k. z 1928 r., stanowi uznanie prawa oskarżonego dochodzącego odszkodowania w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie do

³ Zdaniem M. Zbrojewskiej takie działanie Sądu Najwyższego zasługuje na aprobatę. Zob. też P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Warszawa 2007, s. 173–175.

⁴ M. Zbrojewska, *Glosa*, s. 583 i n.

⁵ L. K. Paprzycki, (w:) J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarze Zakamycza. Tom II*, Zakamycze 2003, s. 399; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom III. Komentarz do artykułów 468–682*, Warszawa 2004, s. 316; Z. Gostyński, R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski i inni, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom III*, Dom Wydawniczy ABC 2004, s. 784; P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa*, s. 173–175; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1181; M. Zbrojewska, *Glosa*, s. 583 i n.; zob też D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2010, s. 490, 491.

⁶ Zob. J. Waszczyński, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie i bezzasadne aresztowanie w polskim procesie karnym*, Warszawa 1967, s. 112, 138; A. Bulsiewicz, *Proces o odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub oczywiście bezzasadny areszt tymczasowy*, Toruń 1968, s. 76–86, 89–92; Z. Czeszejko, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 1970 r.*, IV KZ 67/70, „Palestra” 1971 nr 3, s. 72, 73, 74; A. Bulsiewicz, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 października 1978 r.*, VII KZP 29/78, „Palestra” 1979, nr 6, s. 125–129; S. Zimoch, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1988 r.*, II KZ 3/88, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1989, nr 4, s. 146, 147, 148; R. Kmiecik, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 września 1992 r.*, I KZP 27/92, „Przebieg Sądowy” 1995, nr 4, s. 84.

korzystania z pomocy obrońcy⁷. Również zdaniem R. Kmiecika przedstawicielem procesowym oskarżonego w postępowaniu odszkodowawczym powinien być obrońca, a nie pełnomocnik⁸. Należy również zauważyć umiejscowienie przepisu dotyczącego pełnomocnika w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego⁹. Znajduje się on w przepisie dotyczącym podmiotów, którym w razie śmierci oskarżonego przysługuje prawo do odszkodowania. Z treści przepisu art. 556 § 1 k.p.k. wynika, że żądającym odszkodowania jest osoba, której w razie śmierci oskarżonego prawo do odszkodowania przysługuje wskutek wykonania kary lub niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania i utraciła ona należne jej od uprawnionego z mocy ustawy utrzymanie albo też utraciła stałe, dostarczane przez zmarłego utrzymanie, jeżeli względy słuszności przemawiają za przyznaniem odszkodowania. W tej sytuacji podmiot określony w przepisie art. 556 § 1 k.p.k. może korzystać tylko z pomocy pełnomocnika, nie zaś obrońcy. Przesądza o tym właśnie treść art. 556 § 3 k.p.k. W tym stanie rzeczy pojawia się pytanie, czy uczestnik postępowania odszkodowawczego, jakim jest „oskarżony”, o którym mowa w przepisie z art. 552 k.p.k., może korzystać z pomocy obrońcy, czy pełnomocnika? W literaturze przedmiotu¹⁰ stwierdzono, że za żądającego odszkodowania w rozumieniu art. 556 § 3 k.p.k. należy uznać nie tylko podmiot z przepisu art. 556 § 1 k.p.k., ale każdego żądającego odszkodowania, w tym także „oskarżonego”.

Pomimo – moim zdaniem – nadal istniejących wątpliwości należy przychylić się do poglądu, że osoba dochodząca odszkodowania winna korzystać z pomocy pełnomocnika. Zasadne są argumenty wyrażone w literaturze przedmiotu¹¹ oraz w orzecznictwie¹² odnośnie do tego, że nie można utożsamiać osoby dochodzącej odszkodowania z „oskarżonym”. Żądający odszkodowania nie jest już oskarżonym (podejrzany) i nie

⁷ Z. Czeszejko, *Glosa*, s. 73.

⁸ R. Kmiecik, *Glosa*, s. 89; Autor ten stwierdza, że osoba dochodząca odszkodowania winna korzystać z praw oskarżonego. Wskazuje, że wnioskodawca (były oskarżony) korzysta w postępowaniu odszkodowawczym z dobrodziejstwa zasady domniemania niewinności. W związku z tym sąd odszkodowawczy nie może przełamać tego domniemania i ustalić, że np. oskarżony prawomocnie uniewinniony był w rzeczywistości sprawcą przestępstwa. Ponadto wskazuje, że prawo do odszkodowania zachowuje oskarżony prawomocnie uniewinniony niezależnie od tego, czy w rzeczywistości był niewinny, czy też udało mu się wykazać w postępowaniu kasacyjnym lub wznowieniowym brak dostatecznych dowodów winy, wystarczających do skazania. Stwierdza również, że pozostawienie osobie dochodzącej odszkodowania statusu „oskarżonego” stanowi racjonalne rozwiązanie w sytuacji, gdy rzeczywisty sprawca, który uniknął sprawiedliwości, ubiega się o odszkodowanie. Umożliwia mu to bowiem uniknięcie dwuznacznej moralnie sytuacji, w której miałby zeznawać w charakterze świadka pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań zamiast zachować prawo do milczenia. Uznanie osoby dochodzącej odszkodowania za „oskarżonego” pozwala mu na zachowanie w postępowaniu odszkodowawczym takich przywilejów, jak: *in dubio pro reo*, *praesumptio boni viri*, *nemo se ipsum accusare tenetur*, tym samym zabezpieczając „oskarżonego” przed ewentualnym pogorszeniem jego sytuacji w zasadniczej sprawie karnej i ułatwiając realizację żądania odszkodowawczego.

⁹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks*, s. 316.

¹⁰ Z. Gostyński, R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski i inni, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, s. 784; T. Grzegorzcyk, *Kodeks*, s. 1397. Zob. też uwagi zawarte w: P. Cioch, *Odpowiedzialność*, s. 173, 174, 175.

¹¹ A. Kafarski, *Postępowanie w sprawach o wynagrodzenie za niesłuszne skazanie*, „Państwo i Prawo” 1959, z. 1, s. 101; J. Waszczyński, *Odszkodowanie*, s. 138; S. Zimoch, *Glosa*, s. 146–148; R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za lata 1991–1993*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1995, nr 2, s. 55.

¹² Uchwała Sądu Najwyższego z 19 października 1978 r., VII KZP 29/78, OSNKW 1978, nr 12, poz. 140; postanowienie Sądu Najwyższego z 29 grudnia 1979 r., IV KZ 205/79, LEX nr 21852; postanowienie Sądu Ape-

może być za takiego uważany w postępowaniu odszkodowawczym. W postępowaniu tym nie stoi on przecież pod zarzutem popełnienia przestępstwa, ale jest stroną inicjującą proces¹³. Oskarżonym jest przecież osoba, wobec której oskarżyciel publiczny skierował akt oskarżenia lub wniosek o warunkowe umorzenie postępowania do sądu. Traktowanie takiej osoby jako oskarżonego i określenie jej tym mianem byłoby niczym nieuzasadnione (dotyczy to również niewątpliwie niesłusznie zatrzymanego)¹⁴. Nie sposób też osoby dochodzącej odszkodowania uważać za oskarżonego w przypadku uniewinnienia w wyniku wznowienia postępowania lub kasacji. Osoba dochodząca odszkodowania nie może więc być uznawana za kontynuatora roli oskarżonego. Prowadzi to do wniosku, że powinna ona korzystać z profesjonalnej pomocy pełnomocnika, nie obrońcy. Przesądzającym argumentem jest treść przepisu art. 556 § 4 k.p.k., zgodnie z którym upoważnienie do obrony udzielone obrońcy w sprawie zachowuje moc jako upoważnienie do działania w charakterze pełnomocnika. Podmioty określone w przepisie art. 556 § 1 k.p.k. nie miały nigdy statusu zatrzymanego, podejrzanego lub oskarżonego. Tak więc uregulowanie z przepisu art. 556 § 4 k.p.k. z oczywistych względów nie może ich dotyczyć. Dotyczy ono zaś osoby, która występowała wcześniej w charakterze podejrzanego lub oskarżonego, tj. „oskarżonego”, o którym mowa w art. 552 § 1 k.p.k.

Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu trafnie zatem przyjął, że przedstawicielem procesowym w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie jest pełnomocnik.

IV. Początkowo orzecznictwo Sądu Najwyższego stało na stanowisku, że rozpoznanie pod nieobecność obrońcy sprawy w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie kwalifikuje się jako bezwzględna przyczyna odwoławcza¹⁵. Wynikało to z faktu, że Sąd Najwyższy przyjmował, iż osobą reprezentującą wnioskodawcę (żądanego odszkodowania) w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie jest obrońca. Później stanowisko Sądu Najwyższego uległo zmianie. Nie było już mowy o obrońcy, lecz o pełnomocniku, tym samym rozpoznania sprawy bez udziału pełnomocnika nie oceniano już w orzecznictwie Sądu Najwyższego w kategorii bezwzględnej przyczyny odwoławczej¹⁶.

Obecnie w orzecznictwie zaczyna pojawiać się pogląd, że rozpoznanie pod nieobecność pełnomocnika sprawy w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie w wypadkach określonych w art. 79 i 80 k.p.k. kwalifikuje się jako bezwzględną przyczynę odwoławczą¹⁷. Pogląd ten jest błędny.

lacyjnego w Poznaniu z 20 listopada 1990 r., II AKz 2/90, OSA 1992, nr 2, poz. 16; uchwała Sądu Najwyższego z 2 lipca 1992 r., I KZP 25/92, OSNKW 1992, nr 9–10, poz. 66.

¹³ S. Zimoch, *Glosa*, s. 147.

¹⁴ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 2 lipca 1992 r., I KZP 25/92, OSNKW 1992, nr 9–10, poz. 66.

¹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 5 lutego 1988 r., II KZ 3/88, OSNKW 1988, nr 5–6, poz. 44.

¹⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z 2 lipca 1992 r., I KZP 25/92, OSNKW 1992, nr 9–10, poz. 66.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 23 marca 2006 r., II Aka 48/06, LEX nr 179042 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 27 maja 2004 r., V KK 58/04, LEX nr 109514, wydany na gruncie postępowania uregulowanego

V. W przypadku obrony obligatoryjnej¹⁸ nie budzi wątpliwości, że gdy oskarżony w postępowaniu sądowym nie miał obrońcy w wypadku określonym w przepisie art. 79 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k., sąd odwoławczy, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu tego uchybienia na treść orzeczenia, uchyla zaskarżone orzeczenie (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.). Tego typu uchybienie stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą. Uchybienie to charakteryzuje się dwiema cechami¹⁹. Po pierwsze, sąd w postępowaniu odwoławczym nie bada związku pomiędzy naruszeniem przepisów a treścią zaskarżonego orzeczenia. Oznacza to brak konieczności istnienia współzależności pomiędzy tymi przyczynami a merytoryczną trafnością orzeczenia²⁰. Dzieje się tak dlatego, że Kodeks postępowania karnego zakłada, iż uchybienia te są na tyle istotne, że badanie wpływu uchybienia na treść zaskarżonego orzeczenia jest niepotrzebne. Natomiast drugą cechą jest to, że przy zaistnieniu bezwzględnej przyczyny odwoławczej sąd drugiej instancji ma obowiązek zaskarżone orzeczenie uchylić i w następstwie uchylenia przekazać sprawę do ponownego rozpoznania albo postępowanie umorzyć.

Wyliczenie bezwzględnych przyczyn uchylenia orzeczenia zawartych w przepisie art. 439 § 1 k.p.k. ma charakter wyczerpujący. Jest to przepis wyjątkowy. W literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, że nie jest możliwa jego wykładnia rozszerzająca²¹. Jeśli przepis prawa określa zakres regulacji wyczerpująco i enumeratywnie, to wykładnia rozszerzająca jest niedopuszczalna²². W tym stanie rzeczy należy uznać, że w przypadku gdy wnioskodawca (żądamy odszkodowania) nie miał w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie pełnomocnika w sytuacji określonej w art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k., instancja odwoławcza nie może uchylić orzeczenia niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu tego uchybienia na treść orzeczenia, tj. na podstawie przepisu art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.²³ Przepis ten wprawdzie wskazuje regulacje art. 79 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k., które mają odpowiednie zastosowanie w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie (art. 556 § 3 k.p.k.). Problem tkwi w tym, że art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. dotyczy sytuacji, gdy to o s k a r ż o n y w postępowaniu sądowym nie miał o b r o Ń c y, nie zaś gdy żądający odszkodowania (wnioskodawca) w postępowaniu sądowym nie miał pełnomocnika.

ustawą z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, Dz.U. nr 34, poz. 149 ze zm.

¹⁸ Szerzej o obronie obligatoryjnej zob. T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988, s. 112–131; J. Satko, A. Seremet, *Przesłanki obowiązkowej obrony oskarżonego głuchego, niemego lub niewidomego*, „Palestra” 1995, nr 9–10, s. 37–41; H. Gajewska, *Uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego jako przesłanka obrony niezbędnej*, „Nowe Prawo” 1980, nr 3, s. 37–45; W. Daszkiewicz, *Minimalna obrona obligatoryjna w procesie karnym*, PiP 1986, z. 1; R. A. Stefański, *Wyniki badania psychiatrycznego oskarżonego a obrona obowiązkowa*, „Prokuratura i Prawo” 1997, z. 6, s. 125–129.

¹⁹ K. Marszał (w:) K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2005, s. 575.

²⁰ Z. Muras, *Bezwzględne przyczyny odwoławcze w polskim procesie karnym*, Toruń 2004, s. 39.

²¹ W. Grzeszczyk, *Kasacja w polskim procesie karnym*, Kraków 2000, s. 90; S. Zabłocki, *Postępowanie odwoławcze w k.p.k. po nowelizacji*, Dom Wydawniczy ABC 2003, s. 185.

²² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 181, 182.

²³ Zob. też W. Grzeszczyk, *Kasacja*, s. 114; Z. Muras, *Bezwzględne przyczyny*, s. 194.

VI. Z wyżej wymienionych powodów Sąd Najwyższy, podejmując decyzję procesową o uchyleniu wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania na podstawie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., w gruncie rzeczy dokonał niedopuszczalnej wykładni rozszerzającej tej bezwzględnej przyczyny odwoławczej²⁴. Gdyby przedstawicielem procesowym w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie był obrońca, nie budziłoby żadnych wątpliwości uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania na podstawie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. Jednakże z uwagi na fakt, że przedstawicielem procesowym wnioskodawcy (żądanego odszkodowanie) jest pełnomocnik, niedopuszczalne było uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania na podstawie tej bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Obecnie obowiązujące przepisy procesowe pozwalają sądowi odwoławczemu na uchylenie lub zmianę orzeczenia, gdy brak jest w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie pełnomocnika w sytuacjach określonych w art. 79 i 80 k.p.k. tylko wtedy, gdy zostanie to podniesione przez stronę w śródka odwoławczym w charakterze względnej przyczyny odwoławczej. W tej sytuacji podstawą do uchylenia orzeczenia lub jego zmiany byłoby stwierdzenie względnej przyczyny odwoławczej określonej w przepisie art. 438 pkt 2 k.p.k. Są to uchybienia, które uwzględnia się w granicach śródka odwoławczego i tylko o tyle, o ile mogły mieć wpływ na treść orzeczenia²⁵. Trzeba przy tym stwierdzić, że brak pełnomocnika w postępowaniu o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie przy zaistnieniu przesłanek z art. 79 § 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 80 k.p.k. może mieć wpływ na treść orzeczenia. Trafnie bowiem stwierdza M. Zbrojewska²⁶, że istnieje potrzeba zapewnienia profesjonalisty osobie, która może mieć problemy z obroną swoich praw. „Pełnomocnik ustanowiony dla wnioskodawcy w sytuacji, o której mowa w art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 556 § 3 zd. 2 k.p.k., ma obowiązek pomagać mu w dochodzeniu i realizacji jego roszczeń. Wobec powyższego, aby realizacja tego założenia była realna, konieczne jest rozpoznawanie sprawy odszkodowawczej przy obecności pełnomocnika”. Tym samym sąd odwoławczy powinien uchylić orzeczenie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, jednak nie na podstawie art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., tak jak uczynił to Sąd Najwyższy w przedmiotowej sprawie, lecz na podstawie przepisu art. 438 pkt 2 k.p.k.

²⁴ Za prawidłowe takie działanie uznaje P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa*, s. 173–175; zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 27 maja 2004 r., V KK 58/04, LEX nr 109514 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 23 marca 2006 r., II Aka 48/06, LEX nr 179042.

²⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 384.

²⁶ M. Zbrojewska, *Glosa*, s. 583 i n.

Jacek Lachner, Dominika Mróz-Krysta

GŁOSA DO WYROKU
NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO
Z 8 MAJA 2012 R., I OSK 2297/11

Teza głosowanego wyroku brzmi:

Do ustalenia odszkodowania za nieruchomością wyłączone pod inwestycję drogową stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, gdyż zapewnia to spełnienie konstytucyjnej przesłanki jego słuszności.

**PRAWO DO SŁUSZNEGO ODSZKODOWANIA ZA NIERUCHOMOŚCI
WYŁĄCZONE POD DROGI PUBLICZNE – PROBLEMY KONSTYTUCYJNE**

Wielokrotnie zdarza się w praktyce, że były właściciel nieruchomości zajętej pod inwestycję drogową kwestionuje wysokość lub zasady obliczania należnego mu odszkodowania, bądź też oczekuje na wypłatę odszkodowania niewspółmiernie długo. Celem niniejszego opracowania jest omówienie w tym kontekście wątpliwości, jakie rodzą się na tle przepisów tzw. specustawy drogowej¹ i art. 21 Konstytucji RP.

Punkt wyjścia do rozważań w tym zakresie stanowi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 maja 2012 r., sygn. akt I OSK 2297/11 (niepubl.)²; oddalający skargę kasacyjną strony skarżącej oczekującej na ustalenie i wypłacenie odszkodowania należnego za nieruchomości zajęte pod drogę publiczną, a zabudowane budynkiem mieszkalnym.

STAN FAKTYCZNY

W przedmiotowej sprawie skarżąca była właścicielką nieruchomości zabudowanej, na której posadowiony był budynek mieszkalny. Nieruchomość tę przeznaczono pod inwestycję drogową (rozbudowa drogi krajowej), w związku z czym zostały wydane

¹ Ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2003 r. nr 80, poz. 1954 z późn. zm., dalej: specustawa).

² Sentencja i uzasadnienie orzeczenia dostępne w bazie orzeczeń sądów administracyjnych na stronie internetowej www.nsa.gov.pl

dwie następujące po sobie decyzje lokalizacyjne – decyzja o ustaleniu lokalizacji drogi (akt wcześniejszy) i decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (akt późniejszy). Nieruchomość została podzielona na dwie działki ewidencyjne, przy czym granica tychże działek przebiegała przez budynek mieszkalny. Wydzielone działki ewidencyjne – każda wraz z częścią domu mieszkalnego – zostały zajęte pod rozbudowę drogi na mocy różnych decyzji lokalizacyjnych (wcześniejszej decyzji o ustaleniu lokalizacji drogi i późniejszej – wydanej już po nowelizacji specustawy drogowej – decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej).

Skutkiem powyższego zrodził się spór o zakres należnego skarżącej odszkodowania w związku z dokonaniem odrębnych wywłaszczeń w ramach wymienionych wyżej decyzji. W szczególności pojawiło się pytanie, czy za zajęcie nieruchomości dokonane mocą każdej z decyzji lokalizacyjnych należy ustalić odszkodowanie za grunt (działkę) i część posadowionego na nim budynku mieszkalnego, czy też za grunt (działkę) i całość budynku, przyjmując, że w sensie prawnym stanowią one odrębne przedmioty podlegające wycenie w ramach odszkodowania za wywłaszczenie.

Jako pierwsze wszczęto postępowanie o ustalenie odszkodowania za działkę zajęta na mocy pierwszej decyzji lokalizacyjnej (decyzja o ustaleniu lokalizacji drogi). Organ administracji publicznej ustalający wysokość odszkodowania (tu: wojewoda, z uwagi na fakt zajęcia nieruchomości pod rozbudowę drogi krajowej) dokonał wyceny i przyznał odszkodowanie za zajęty grunt oraz całość budynku mieszkalnego, argumentując, że budynek mieszkalny należy traktować jako funkcjonalną całość, mimo iż tylko jego część znajduje się na gruncie zajęтым na mocy decyzji lokalizacyjnej.

Powyższa decyzja organu odwoławczego została zaskarżona do wojewódzkiego sądu administracyjnego przez stronę uprawnioną do otrzymania odszkodowania. Skarżąca zarzuciła przede wszystkim, że nie jest dopuszczalne ustalenie odszkodowania za część budynku, gdyż to budynek jako całość – materialna i funkcjonalna – może być postrzegany jako część składowa nieruchomości podlegająca wycenie. Wojewódzki sąd administracyjny, a w ślad za nim – Naczelny Sąd Administracyjny – nie podzieliły argumentacji skarżącej, opowiadając się za niższą kwotą odszkodowania i brakiem uwzględnienia całości budynku w wycenie.

PROBLEMY PRAWNE

Odpowiedź na pytanie o zakres należnego odszkodowania za nieruchomość zajęta pod drogę publiczną, pojawiające się w tej konkretnej sprawie, należy rozważyć w kontekście prawa do słusznego odszkodowania za wywłaszczenie, gwarantowanego art. 21 § 2 Konstytucji RP³.

Po pierwsze, konieczna jest w tym miejscu analiza zagadnienia, czy zajęcie nieruchomości

³ Zgodnie z art. 21 § 2 Konstytucji wywłaszczenie dopuszczalne jest tylko na cel publiczny i za słusznym odszkodowaniem. Wskazuje się, że: „użyty w treści art. 21 ust. 2. Konstytucji zwrot «jedynie wówczas», jak i samo umiejscowienie przepisu dotyczącego wywłaszczenia w bezpośrednim sąsiedztwie proklamacji konstytucyjnej zasady ochrony własności, powinno być (...) traktowane przez ustrojodawcę jako podkreślenie wyjątkowego i szczególnego charakteru tej instytucji”. Zob. wyrok TK z 14 marca 2000 r., P. 5/99, cyt. za: J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI wieku*, Kraków 2004, s. 360–361.

ści pod drogę publiczną na gruncie specustawy jest tożsame z wywłaszczeniem w sensie konstytucyjnym. Tylko bowiem pozytywna odpowiedź na to pytanie implikuje wymóg słuszności odszkodowania ze wszystkimi tego konsekwencjami. W dalszej kolejności należy rozważyć, jak rozumieć pojęcie nieruchomości użyte w art. 17 ust. 1 specustawy drogowej – w szczególności czy jest ono tożsame z definicją nieruchomości zawartą w ustawie o gospodarce nieruchomościami oraz czy stosuje się w tym zakresie art. 46 k.c. Ta ostatnia kwestia jest z kolei częścią szerszego problemu, jakim jest stosowanie pojęć i konstrukcji prawa cywilnego do ustalenia odszkodowania za nieruchomość przejętą pod drogi.

Wreszcie rozważenia wymaga, czy konstytucyjna przesłanka **słuszności odszkodowania** dotyczy tylko zakresu odszkodowania, czy też odnosi się do czasu, w jakim podmiot uprawniony odszkodowanie to powinien uzyskać.

ANALIZA

1. ZAJĘCIE NIERUCHOMOŚCI POD DROGI A WYWŁASZCZENIE W SENSIE KONSTYTUCYJNYM

W orzecznictwie odróżnia się zajęcie nieruchomości na gruncie specustawy drogowej od wywłaszczenia nieruchomości na podstawie przepisów u.g.n., gdzie wywłaszczenie następuje z mocy decyzji administracyjnej⁴.

Z powyższego wynika, że przymusowe pozbawienie własności w postaci zajęcia nieruchomości pod drogi publiczne jest wywłaszczeniem w rozumieniu konstytucyjnym. Dla zakwalifikowania pozbawienia własności w sposób przymusowy jako wywłaszczenie nie ma znaczenia forma prawna, w jakiej zostało dokonane. Wniosek ten koreluje ze stanowiskiem wyrażonym w literaturze i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Akcentuje się, że: „art. 21 ust. 2 Konstytucji nie zawiera definicji legalnej wywłaszczenia (...) Wywłaszczenie w sensie konstytucyjnym powinno być ujmowane szeroko, przynajmniej jako «wszelkie pozbawienie własności (...) bez względu na formę»”⁵.

Przesądzenie, że zajęcie nieruchomości pod drogi w rozumieniu specustawy jest wywłaszczeniem w sensie konstytucyjnym, implikuje z kolei wymóg ustalenia i wypłaty na rzecz byłego właściciela słusznego odszkodowania. Dodać także należy, iż: „Trybunał [Konstytucyjny – przyp. J. L. i D. M. K.] odnotował, że szerokie ujęcie wywłaszczenia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego na tle art. 1 protokołu dodatkowego Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”⁶.

⁴ Zob. uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 1 kwietnia 2010 r., sygn. akt II OSK 158/11, www.nsa.gov.pl. Naczelny Sąd Administracyjny wywodzi, że: „Następuje ono [tj. przejście własności nieruchomości – przyp. J. L. i D. M. K.] na podstawie decyzji administracyjnej ze skutkiem konstytucyjnym, przenoszącym prawo własności. W przypadku decyzji o ustaleniu lokalizacji drogi publicznej przejście prawa własności nie jest przedmiotem rozstrzygnięcia tej decyzji. Jest ono jedynie skutkiem wydania tej decyzji wynikającym wprost z ustawy. Organ wydający decyzję nie może więc swoim rozstrzygnięciem wyłączyć skutku w postaci przejścia prawa własności w wyniku jej wydania w odniesieniu do nieruchomości położonych w liniach rozgraniczających danej drogi publicznej”.

⁵ Wyrok TK z 14 marca 2000 r., P. 5/99, cyt. za: J. Oniszczyk, *Konstytucja*, s. 360.

⁶ Zob. F. Zoll, *Prawo własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z perspektywy polskiej*, PS 1998, nr 5, s. 29; J. Oniszczyk, *Konstytucja*, s. 362.

2. STOSOWANIE INSTRUMENTÓW CYWILISTYCZNYCH DO USTALENIA ODSZKODOWANIA

W dobie prac nad uchwaleniem obecnie obowiązującej Konstytucji nie było jasne, jaka terminologia jest właściwa dla określenia uszczerbku doznanego przez podmiot na skutek przymusowego odjęcia własności. Wobec użytego terminu „odszkodowanie” pojawia się pytanie o dopuszczalność stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (konstrukcji cywilistycznych) do ustalenia i wypłaty odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość. W szczególności chodzi tu o zastosowanie zasad odpowiedzialności odszkodowawczej oraz rozumienie pojęcia „szkoda”.

Na tle omawianego wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego powyższe kwestie wzbudziły kontrowersje. Na gruncie specustawy drogowej w orzecznictwie przyjęto, że: „Skoro sprawa ustalenia odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość uregulowana została w ustawie z dnia 10 kwietnia 2003 r., to z mocy jej art. 23 w tym zakresie nie stosuje się przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zauważyć można nadto, iż tylko w zakresie objętym hipotezą przepisu art. 18 omawianej ustawy szczególnej wyłączone jest stosowanie, co do odpowiedzialności odszkodowawczej, przepisów Kodeksu cywilnego”⁷.

Jednakże żaden przepis specustawy nie wyłącza zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego w pozostałym zakresie, w szczególności jeśli chodzi o definicję nieruchomości jako przedmiotu wyceny i ustalenia odszkodowania. Jest to znamienne w kontekście konieczności precyzyjnego ustalenia, co rozumieć przez szkodę – a zatem jaki powinien być zakres należnego odszkodowania, aby nie naruszał wymogu jego „słuszności”⁸. Ani art. 18 specustawy, ani przepisy u.g.n. (stosowane z mocy odesłania) nie definiują pojęcia szkody, ani w żaden inny sposób nie wyznaczają granic uszczerbku, jakiego doznaje podmiot przymusowo pozbawiony prawa własności. W kontekście cytowanego orzecznictwa można więc przyjąć, że ustalenie zakresu odszkodowania może być dokonywane wyłącznie na podstawie instrumentów cywilistycznych, w szczególności zaś przepisów oraz dorobku literatury i orzecznictwa odnoszącego się do pojęcia „szkoda”. Za dopuszczalnością stosowania przepisów k.c. dotyczących szkody oraz instrumentów cywilistycznych w ogóle do ustalenia odszkodowania przemawia, oprócz powołanego wyżej orzecznictwa, dodatkowy argument, że istnieje znaczne podobieństwo pomiędzy podmiotem pozbawionym własności na skutek wywłaszczenia a podmiotem, który doznał szkody podlegającej naprawieniu według prawa cywilnego⁹. Przyjmuje się w literaturze, że: „panuje zasadniczo zgoda, by pojęciem szkody obejmować uszczerbek, jakiego w swych dobrach lub interesach doznała określona osoba, jeżeli są to dobra lub interesy prawnie chronione (...) i co do których z mocy obowiązujących norm istnieje obowiązek jej naprawienia”¹⁰. Poszkodowany musi doznać więc uszczerbku w znaczeniu

⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 18 września 2008 r., I OSK 1320/2007, LexPolonica nr 1972635.

⁸ Szerzej na temat zakresu należnego odszkodowania będzie mowa niżej.

⁹ Patrz: T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2011, s. 276–282, który jednoznacznie wskazuje, że odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu wywłaszczenia nieruchomości jest rodzajem odpowiedzialności cywilnoprawnej.

¹⁰ K. Zagrobelny, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 586; Z. Banaszczyk, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 994.

prawnym, by ponieść szkodę w znaczeniu prawnym, a co za tym idzie – móc domagać się jej naprawienia. Prawo własności jest chronione przede wszystkim przez przepisy rangi konstytucyjnej. Jego przymusowe odjęcie, zwłaszcza jeśli jest dokonane w tak dolegliwej formie, jak w przypadku wywłaszczenia na mocy specustawy – niewątpliwie stanowi uszczerbek w dobrach i interesach prawem chronionych. Artykuł 21 ust. 2 Konstytucji RP oraz przepisy rangi ustawowej przewidują zaś obowiązek ustalenia i wypłaty odszkodowania. Niektórzy autorzy warunkują „uznanie owego uszczerbku za szkodę w znaczeniu prawnym, by poszkodowany został nim dotknięty wbrew swej woli”¹¹. W przypadku wywłaszczenia dokonanego na mocy specustawy, skoro pozbawienie prawa własności następuje *ex lege*, nie sposób mówić o jakimkolwiek przyzwoleniu właściciela¹². Można zatem mówić o utracie prawa własności, a zatem poniesieniu uszczerbku przez właściciela, wbrew jego woli. Powyższe czynniki świadczą o podobieństwie między wywłaszczeniem dokonanym na mocy przepisów specustawy a doznaniem szkody. To z kolei uprawnia do wniosku, że istnieje również podobieństwo między wypłatą odszkodowania za wywłączoną nieruchomość a naprawieniem szkody. Świadczy o tym nie tylko podobieństwo samej terminologii („odszkodowanie”, „naprawienie szkody”), ale przede wszystkim – w jednym i drugim przypadku – obowiązek naprawienia doznanego przez podmiot uprawniony uszczerbku w pełnym zakresie. Odszkodowanie jest bowiem czymś więcej aniżeli tylko wyrównaniem strat. Według przeważającego poglądu doktryny naprawieniu podlega szkoda o charakterze majątkowym.

3. ZAKRES SŁUSZNEGO ODSZKODOWANIA

Zakres słusznego odszkodowania jest zagadnieniem konsekwentnie wynikającym z rozważań na temat dopuszczalności stosowania instrumentów cywilistycznych. Przyjmuje się, że: „Słuszne odszkodowanie winno mieć charakter ekwiwalentny do wartości wywłaszczanego dobra, a więc powinno dawać właścicielowi możliwość odtworzenia jego sytuacji majątkowej, jaką miał przed wywłaszczeniem”¹³. Twierdzi się, że m.in. „oznacza to, że powinno [odszkodowanie – przyp. J. L. i D. M. K.] dawać właścicielowi możliwość odtworzenia rzeczy, którą utracił”¹⁴. W tym kontekście zasadne wydaje się przyjąć, że odszkodowanie należy rozumieć szeroko – jako rekompensatę nie tylko rze-

¹¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 83; T. Wiśniewski, (w:) G. Bieńk (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom 1*, Warszawa 2011, s. 73, tak też – choć z pewnymi zastrzeżeniami – K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks*, s. 587.

¹² Na temat uciążliwości dla właściciela wynikającej z prymatu zasady trwałości decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej nad możliwością wzruszenia decyzji ostatecznej zob. P. Antoniuk, M. Cherka, F. M. Elżanowski, K. A. Wąsowski, *Przygotowanie i realizacja inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 115.

¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 21 kwietnia 2011 r., I OSK 1171/2010, LexPolonica nr 2520782; zob. także: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31 maja 2010 r., I OSK 1076/2009, LexPolonica nr 2359237; J. Oniszczyk, *Konstytucja*, s. 363 i cytowane tam orzeczenie TK z 19 czerwca 1990 r., K. 2/90; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 135 i – jak się zdaje – R. Balicki, B. Banaszak, A. Błaś, J. Boć, K. Complak, J. Giezek, M. Jabłoński, J. Jeżewski, Z. Kegel, I. Lipowicz, A. Ławniczak, S. Malarski, M. Masternak-Kubiak, M. Mazurkiewicz, W. Miemieć, J. Repel, Z. Siwik, Z. Świda, J. Trzeciński, K. Wojtowicz (brak wyróżnienia wkładów współautorskich), *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz Komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998 r., praca zbiorowa pod red. J. Bocia, s. 56.

¹⁴ J. Oniszczyk, *Konstytucja*, s. 363 i cytowane tam orzeczenie TK z 19 czerwca 1990 r., K. 2/90.

czywistej straty (wartości nieruchomości w chwili wydania decyzji), lecz także utraconej możliwości korzystania z rzeczy. Na gruncie omawianej sprawy należy zatem przyjąć, że odszkodowanie, by można było mówić o spełnieniu wymogu jego „słuszności”, winno objąć nie tylko wartość działki, ale też wartość całego domu mieszkalnego. Wniosek ten wynika przede wszystkim z tego, że przyznanie odszkodowania tylko za połowę domu stoi w sprzeczności z postulatem jego ekwiwalentności – równowartość ekonomiczna połowy budynku mieszkalnego w żaden sposób nie rekompensuje utraty możliwości korzystania z całego budynku, którą skarżąca miała do tej pory. Odszkodowanie zatem nie da jej możliwości ekonomicznego „odtworzenia” utraconej rzeczy, bowiem połowy domu jako „części z części składowej” w ogóle nie da się odtworzyć.

Z powyższego wynika, że wykładnia przepisów dokonana przez Naczelny Sąd Administracyjny prowadzi do naruszenia wymogu ekwiwalentności odszkodowania. Rozważenia wymaga dodatkowo, jakie inne przesłanki – poza ekwiwalentnością – winno spełniać słuszne odszkodowanie i czy komentowane orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego gwarantuje spełnienie tych przesłanek.

Odszkodowanie słuszne to odszkodowanie nie tylko co do zasady ekwiwalentne, ale także „sprawiedliwe”¹⁵. Twierdzi się, że „odszkodowanie to nie może być uszczuplone”¹⁶, w szczególności „poprzez wypłacanie (...) na raty, co na skutek działania inflacji powoduje jego realne obniżenie”¹⁷. Na temat konieczności nadmiernie długiego oczekiwania jako czynnika mogącego prowadzić do realnego obniżenia należnego odszkodowania będzie mowa w drugiej części niniejszego opracowania.

W tym kontekście wydaje się być całkowicie nieuzasadnione, by odszkodowanie obejmowało tylko część budynku, w sytuacji gdy skarżąca została pozbawiona możliwości korzystania z całego domu oraz gdy ten dom wyburzono w całości. Odszkodowanie za wywłaszczoną nieruchomość, którego części obywatel musi dochodzić we własnym zakresie, ponosząc dodatkowe koszty (opłata sądowa od pozwu), nie jest zatem odszkodowaniem słusznym.

WNIOSKI

Komentowany wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego opiera się na wykładni przepisów specustawy dotyczących odszkodowania, wedle której przedmiotem ustalenia odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość są wyłącznie te składniki majątku, które są objęte daną decyzją lokalizującą inwestycję. Tym samym Naczelny Sąd Administracyjny uznał za dopuszczalne i w pełni odpowiadające prawu rozwiązanie polegające na ustaleniu odszkodowania w istocie za „część części składowej gruntu”. Polski system prawny nie zna takiego pojęcia. Nasuwa się więc wniosek, że odszkodowanie przyznane w takim zakresie, w jakim postuluje to Naczelny Sąd Administracyjny, nie

¹⁵ M. Wolanin, *Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych*. Komentarz, Warszawa 2010, s. 277.

¹⁶ Uchwała TK z 29 marca 1993 r., W 13/92, OTK 1993, nr 1, poz. 17, s. 166–167, cyt. za: B. Banaszak, *Konstytucja*, s. 135.

¹⁷ Orzeczenie TK z 19 czerwca 1990 r., K 2/90, OTK 1990, nr 1, poz. 3, cyt. za: B. Banaszak, *Konstytucja*, s. 135.

jest odszkodowaniem za nieruchomości, a zatem nie rekompensuje w pełni doznanych przez skarżącą uszczerbków. Zatem trudno je rozpatrywać w kategoriach słuszności. Jakkolwiek zajęciem pod drogi objęto jedynie część budynku mieszkalnego, to z uwagi na fakt, że domu fizycznie nie da się podzielić, skarżąca utraciła go w całości, gdyż wyburzono go w całości. Tym samym uszczerbek majątkowy poniesiony rzeczywiście przez skarżącą na skutek wywłaszczenia jest dalej idący i dużo bardziej dotkliwy, aniżeli wynikałoby to z samej decyzji o wywłaszczeniu, tj. decyzji lokalizacyjnej.

Bezsporne jest, że jest to wywłaszczenie w sensie konstytucyjnym. To z kolei implikuje wymóg słuszności odszkodowania, przewidziany w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

Aprioryczne wykluczenie zastosowania przepisów prawa cywilnego do ustalenia odszkodowania za nieruchomości wywłączoną pod drogi uniemożliwia spełnienie konstytucyjnego wymogu słuszności odszkodowania.

Drugim najistotniejszym czynnikiem gwarantującym słuszność odszkodowania jest możliwość otrzymania go w czasie właściwym. Wówczas – chcąc uczynić zadość postulatowi wypowiedzianemu przez Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu omawianego wyroku – organ ustalający odszkodowanie (w niniejszej sprawie: wojewoda) musiałby potraktować postępowanie w przedmiocie legalności decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej jako prejudycjalne wobec postępowania o ustalenie odszkodowania za składniki majątku nieruchomego zajęte zarówno przedmiotową decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, jak i decyzją o ustaleniu lokalizacji drogi. Prowadzi to do stanu rzeczy, który nie może zostać zaakceptowany w świetle konstytucyjnego wymogu słuszności odszkodowania.

Z powyższego wynika, że wykładnia prawa dokonana przez Naczelny Sąd Administracyjny w omawianym wyroku prowadzi do naruszenia konstytucyjnego wymogu słuszności odszkodowania, a co za tym idzie – do niebezpiecznych konsekwencji praktycznych, ze względu na prawotwórczą rolę orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego i jego wpływ na praktykę organów administracji publicznej i wojewódzkich sądów administracyjnych.

Michał Niedośpiół

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 21 STYCZNIA 2011 R., III CSK 98/10¹

Teza glosowanego orzeczenia brzmi:

Dopuszczalne jest uzupełnienie pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego przez wskazanie miejsca jego sporządzenia, jeżeli uzupełnienie nastąpiło w terminie przewidzianym w art. 952 § 2 k.c.

1. Zasadnicze zagadnienie prawne w glosowanym orzeczeniu SN sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest tylko jedno pismo stwierdzające treść testamentu ustnego (jeden prywatny protokół testamentu ustnego, o którym mowa w art. 952 § 2 k.c.), czy też możliwych jest kilka takich pism (w tym pismo pierwotne i uzupełniające), tego dotyczy teza i uzasadnienie tego postanowienia SN, oraz czy możliwa jest teoria mieszana (subiektywna i obiektywna) przesłanki sporządzenia testamentu ustnego w postaci obawy rychłej śmierci spadkodawcy (art. 952 § 1 k.c.), czemu poświęcone są fragmenty uzasadnienia tego postanowienia SN (nie teza).

Na oznaczenie pism (protokołów), o których mowa w art. 952 § 2, 3 k.c., można używać różnych określeń, np. pismo stwierdzające treść testamentu ustnego – prywatne (art. 952 § 2 k.c.), sądowe (art. 952 § 3 k.c.); protokół testamentu ustnego – prywatny (art. 952 § 2 k.c.), sądowy (art. 952 § 3 k.c.).

2. Teza zasadnicza (moja): Wolno sporządzić pismo stwierdzające treść testamentu ustnego prywatne (art. 952 § 2) lub sądowe (art. 952 § 3 k.c.), jeśli uprzednio sporządzone pismo stwierdzające treść testamentu ustnego prywatne (art. 952 § 2) lub sądowe (art. 952 § 3 k.c.) jest wadliwe (nieprawidłowe) pod względem formalnym (np. brak dat lub miejsc, lub podpisów wymaganych na piśmie prywatnym z art. 952 § 2, lub przekroczone terminy prekluzyjne określone w art. 952 § 2, 3 k.c.) lub merytorycznym (tj. treść pisma prywatnego z art. 952 § 2 lub sądowego z art. 952 § 3 k.c. jest sprzeczna, niezgodna z treścią oświadczenia ostatniej woli testatora z art. 952 § 1 k.c.), o ile (jeżeli) otwarte są terminy do sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego z art. 952 § 2 prywatnego (roczny) lub sądowego z art. 952 § 3 (6-miesięczny). Zalecane

¹ Orzeczenie opublikowane w OSNC 2011, Zbiór Dodatkowy D, poz. 79.

jest przeze mnie stanowczo całkiem nowe, pełne, zupełne, całkowite pismo prywatne (art. 952 § 2 k.c.) lub sądowe (art. 952 § 3 k.c.), ale może to być także pismo pierwotne i pismo (lub pisma) uzupełniające, tak było właśnie na tle tego orzeczenia SN (nie jest to zalecane). W tym postanowieniu Sąd Najwyższy w istocie wydaje się prezentować taką samą tezę jak ja (jw.).

Jest to pierwsze publikowane orzeczenie SN tej treści.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tego orzeczenia powołuje się na analogiczne stanowisko, jakie zajął w tezie głosowanego tu orzeczenia, w postanowieniu z 23 grudnia 1975 r., III CRN 343/75 (niepubl.). Bliżej jednak tego nie uzasadnia.

Świadkowie mogą umrzeć lub zapomnieć treść testamentu ustnego, jeżeli od chwili sporządzenia testamentu ustnego do chwili przesłuchania świadków testamentu ustnego (art. 952 § 3 k.c.) upłynie znaczny (dłuższy) okres. Wskutek tego testament ustny będzie ważny (art. 952 § 1), lecz bezskuteczny (art. 952 § 2, 3).

Za moją interpretacją (i SN) przemawia także teoria woli i wynikająca z niej zasada zycziwej interpretacji (*favor testamenti*) – art. 948 k.c. – która ma zastosowanie nie tylko do wykładni testamentu, lecz także do wykładni przepisów o formie testamentu i pisma prywatnego lub sądowego stwierdzającego treść testamentu ustnego (art. 952 § 2, 3 k.c.). Zgodnie z nią należy chronić wolę spadkodawcy przed jej ubezskutecznieniem, co łatwo może nastąpić w razie niespisania treści testamentu ustnego (art. 952 § 2 k.c.) ani nieprzesłuchania świadków testamentu ustnego (art. 952 § 3 k.c.). Ta kwestia jest jednak sporna w literaturze (doktrynie i orzecznictwie SN).

Byłoby niedorzecznością (wykładnia *ad absurdum*), aby nie można było sporządzić kolejnego niewadliwego pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego (art. 952 § 2, 3 k.c.), gdy poprzednie takie pismo (art. 952 § 2, 3) okazało się wadliwe (nieprawidłowe). Byłoby to też nielogiczne.

Także wykładnia funkcjonalna (celowościowa) oraz wynikające z niej zasady etyczne przemawiają na rzecz mojej tezy, że wolno sporządzić kolejne niewadliwe pismo prywatne (art. 952 § 2) lub sądowe (art. 952 § 3 k.c.) stwierdzające treść testamentu ustnego. Każę ona również chronić wolę spadkodawcy przed jej ubezskutecznieniem, co łatwo może nastąpić w razie niespisania treści testamentu ustnego (art. 952 § 2 k.c.) ani nieprzesłuchania świadków testamentu ustnego (art. 952 § 3 k.c.).

Również wykładnia gramatyczna art. 952 k.c. przemawia na rzecz mojej tezy. Dopóki treść testamentu ustnego nie została stwierdzona w sposób prawidłowy (niewadliwy), dopóty prawnie nie stwierdzono jej treści w trybie art. 952 § 2 lub 3 k.c. i dlatego dopuszczalne jest kolejne pismo prywatne (art. 952 § 2) lub sądowe (art. 952 § 3), w sposób prawidłowy (niewadliwy) stwierdzające treść testamentu ustnego.

Za tym przemawiają także względy ekonomii procesowej².

Nadto art. 952 § 2 k.c. (podobnie art. 952 § 3 k.c.) nie określa wprost, czy ma być jedno pismo (protokół) stwierdzające treść testamentu ustnego, czy może być ich kilka (jedno i drugie, inne, uzupełniające). W razie wątpliwości (*lege non distinguente*) należy przyjąć, że dopuszczalne jest pismo (protokół) uzupełniające (art. 952 § 2, 3 k.c.), dopuszczalnych jest kilka pism (prywatnych lub sądowych), dopóki nie nastąpi prawidłowe

² Tak (jw.) M. Niedośpiał, *Glosa krytyczna do post. SN z 16 VII 2003 r. V CKN 434/01 (OSNC 2004, z. 10, poz. 158)*, „Jurysta” 2006, z. 4, s. 28.

stwierdzenie treści testamentu ustnego (art. 952 § 2, 3 k.c.). W ten sposób SN odstąpił od swego uprzedniego, odmiennego stanowiska zawartego w głosowanym krytycznie przeze mnie postanowieniu z 16 kwietnia 2003 r. (jw., przypis 2). Pismo uzupełniające powinno spełniać przesłanki określone w art. 952 § 2 lub 3 k.c. Muszą też być otwarte – jak powiedziano – terminy prekluzyjne, o których mowa w art. 952 § 2 lub 3 k.c.

3. Teorie: subiektywna, obiektywna i mieszana (subiektywna i obiektywna) obawy rychłej śmierci spadkodawcy (art. 952 § 1 k.c.).

Przesłanka sporządzenia testamentu ustnego w postaci „obawy rychłej śmierci spadkodawcy” ma w literaturze dwie interpretacje: subiektywną i obiektywną (jest to w doktrynie i orzecznictwie sporne). Według teorii subiektywnej wystarcza subiektywne odczucie (poczucie, przekonanie, świadomość, wiedza) obawy rychłej śmierci, choćby ta obawa nie była uzasadniona obiektywnie, w świetle wiedzy lekarskiej lub doświadczenia życiowego. Bada się tylko stan świadomości spadkodawcy (przesłankę subiektywną), nie bada się, nie jest istotne, czy ta obawa rychłej śmierci spadkodawcy jest uzasadniona w sensie obiektywnym, tj. wiedzy lekarskiej (nauki medycyny) lub doświadczenia życiowego, czy też nie jest uzasadniona obiektywnie. Według teorii obiektywnej wystarcza czysto obiektywna obawa rychłej śmierci spadkodawcy, tj. że musi zachodzić obawa rychłej śmierci w świetle wiedzy lekarskiej (nauki medycyny) lub doświadczenia życiowego (nie jest tu w ogóle istotne przekonanie, obawa, odczucie, poczucie, przekonanie, wiedza, świadomość spadkodawcy o istnieniu obawy obiektywnej lub subiektywnej rychłej śmierci). W czystej teorii obiektywnej, a tak ją dotychczas ujmowano w literaturze (doktrynie i orzecznictwie), w teorii obiektywnej nie bada się subiektywnej przesłanki (świadomości).

W ostatnich latach w orzecznictwie (w zasadzie niepublikowanym)³ oraz częściowo w doktrynie pojawiła się koncepcja mieszana: subiektywna i obiektywna obawy rychłej śmierci spadkodawcy (koniunkcja), musi istnieć świadomość, poczucie, odczucie, przekonanie, obawa rychłej śmierci spadkodawcy w sensie obiektywnym, tj. wiedzy lekarskiej, czyli nauki medycyny lub doświadczenia życiowego. Jeżeli jest przesłanka obiektywna, a nie ma przesłanki subiektywnej (świadomości, obawy, poczucia, odczucia, przekonania obawy rychłej śmierci spadkodawcy) – w chwili sporządzania testamentu ustnego – to nie ma przesłanki do sporządzenia testamentu ustnego. To ostatnie stanowisko (teoria mieszana: subiektywna i obiektywna) jest przyjęte w głosowanym tu orzeczeniu (w uzasadnieniu) SN. Stanowisko Sądu Najwyższego nie jest trafne, gdyż możliwa jest tylko teoria subiektywna albo obiektywna (alternatywa rozłączna obawy rychłej śmierci spadkodawcy). Jak powiedziano, takie było dotychczas ustalone rozumienie tej przesłanki (tych dwóch teorii – subiektywnej i obiektywnej w literaturze), Sąd Najwyższy błędnie połączył te dwie teorie mimo odmiennego publikowanego orzecznictwa Sądu Najwyższego i stanowiska literatury (w zasadzie też takiego). To po raz drugi publikowane orzecznictwo SN (w obu orzeczeniach w uzasadnieniu tylko) jest zatem nieprawdziwe, nieprawidłowe, nietrafne i w tym punkcie glosa jest krytyczna (co do tego fragmentu uzasadnienia).

³ Tak postanowienie SN z 28 marca 2000 r., II CKN 875/98, niepubl.; uzasadnienie postanowienia SN z 16 lipca 2003 r. (jw., przypis 2) z glosą krytyczną M. Niedośpiała, jw. („Jurysta”); uzasadnienie głosowanego tu postanowienia z 21 stycznia 2011 r.

Jakie są możliwe, a jakie są niemożliwe stanowiska teoretyczne w tej sprawie – teoria subiektywna (a), (czysta) teoria obiektywna (b), teoria subiektywna i obiektywna (mieszana) (c).

I. Moim zdaniem możliwa jest tylko alternatywa rozłączna – albo teoria subiektywna (a), albo teoria obiektywna (b) (czysta). Nie jest w ogóle możliwa (jako nielogiczna) teza c: teoria subiektywna i obiektywna.

II. Możliwa jest teoria, że jest to alternatywa rozłączna (albo „a”, albo „b”, albo „c”) – teoria subiektywna (a), albo teoria (czysto) obiektywna (b), albo teoria subiektywna i obiektywna (c). Jest to alternatywa rozłączna, bo możliwy (prawdziwy) jest tylko jeden z tych trzech poglądów (albo „a”, albo „b”, albo „c”). Niemożliwe są teorie: albo „a” i „b”, albo „a” i „c”, albo „b” i „c” (ich koniunkcje). Nigdy nie są prawdziwe dwa lub wszystkie człony tej alternatywy, prawdziwy jest tylko jeden z tych trzech członów tej alternatywy rozłącznej.

III. Niemożliwa jest alternatywa rozłączna: „a” albo „b” (teoria subiektywna albo obiektywna czysta) i jednocześnie (koniunkcja) teoria „c” (subiektywna i obiektywna). Nie można łączyć alternatywy rozłącznej („a” albo „b”) i koniunkcji (a) „c”. Jest to bowiem logiczna sprzeczność.

IV. Niemożliwa jest alternatywa zwykła: „a” lub „b”, lub „c”, w której (zgodnie z istotą alternatywy zwykłej) prawdziwe byłoby, gdyby spełnił się jeden z trzech członów tej alternatywy („a” lub „b”, lub „c”) lub dwa z nich (np. „a” i „b” lub „a” i „c”, lub „b” i „c”), lub wszystkie trzy człony alternatywy (przesłanki) (możliwości) „a” i „b” i „c”. Moim zdaniem możliwa jest tylko alternatywa rozłączna („a” albo „b”, albo „c”), a nie alternatywa zwykła („a” lub „b”, lub „c”).

Konkludując, trafna jest tylko alternatywa rozłączna (albo „a”, albo „b” – albo teoria subiektywna, albo teoria obiektywna). Według mnie trafna jest tylko teoria subiektywna. W literaturze (doktrynie i orzecznictwie) dotychczas było sporne, czy prawdziwa jest teoria subiektywna albo obiektywna. Nikt w zasadzie nie przyjmował teorii mieszanej (ani w doktrynie, ani w zasadzie w publikowanym orzecznictwie). Ostatnio dopiero w niepublikowanym orzeczeniu z 28 marca 2000 r. oraz w uzasadnieniu postanowienia z 16 lipca 2003 r. z głosem krytyczną M. Niedośpiała („Jurysta”) i w uzasadnieniu postanowienia z 21 stycznia 2011 r., tu głosowanym, przyjęto teorię mieszaną (subiektywną i obiektywną), co spotkało się z uprzednią i obecną moją krytyką w tym punkcie. Także tylko część doktryny przyjęła teorię mieszaną (idąc za tym błędnym orzecznictwem SN). W żadnej tezie publikowanej Sądu Najwyższego nie przyjęto teorii mieszanej. Prawdopodobnie SN przygotowuje grunt do wyrażenia takiej tezy w przyszłym orzeczeniu (lub uchwale). Ale nie ma do tego podstaw prawnych (byłoby ono bezprawne).

4. Bieg terminów prekluzyjnych (art. 952 § 2, 3 k.c.). Termin 6-miesięczny (art. 952 § 3 k.c.) oraz termin roczny (z art. 952 § 2 k.c.) będą niezależnie od siebie. Takie jest w zasadzie ustalone stanowisko SN i zdecydowanie przeważające stanowisko doktryny. Tak też SN w głosowanym tu orzeczeniu przyjmuje. Takie jest moje stanowisko. Nie omawiam tego tutaj (nie wchodzi to w przedmiot tej glosy i tego orzeczenia).

5. Miejsce. Trafne jest stanowisko SN wyrażone w głosowanym tu orzeczeniu, że wystarczy podanie miejscowości (np. Kraków, Mszana Górna), a nie dokładnego adresu (np. numeru domu i ulicy, osiedla) przy miejscu złożenia oświadczenia ostatniej woli oraz przy piśmie prywatnym stwierdzającym treść testamentu ustnego (art. 952 § 2 k.c.).

Takie jest zgodne stanowisko literatury. Dyskusyjne jest w literaturze, czy niepodanie obu tych miejsc powoduje bezskuteczność testamentu ustnego⁴, czy też nie⁵. W tym orzeczeniu Sąd Najwyższy w sposób dorozumiany przyjmuje, że podanie obu tych miejsc jest przesłanką skuteczności pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego (art. 952 § 2 k.c.). Moim zdaniem to stanowisko nie jest uzasadnione, chyba że ma to *in concreto* (na tle konkretnego stanu faktycznego) wpływ na ocenę skuteczności tego pisma. Miejsce sporządzenia testamentu ustnego (art. 952 § 1) i miejsce sporządzenia pisma prywatnego stwierdzającego treść testamentu ustnego (art. 952 § 2 k.c.) mogą być te same lub różne (np. Kraków – Kielce). To samo dotyczy zresztą daty złożenia oświadczenia woli przez spadkodawcę (art. 952 § 1 k.c.) i daty sporządzenia pisma stwierdzającego treść tego testamentu (mogą one być te same, i obie wtedy trzeba podać, lub różne). Oczywiście muszą być podane w piśmie obie daty (nie działa tu wyjątek przyjęty przeze mnie przy miejscu sporządzenia testamentu ustnego, art. 952 § 1 i miejscu sporządzenia pisma stwierdzającego treść testamentu ustnego, art. 952 § 2 k.c.).

6. Wiek. Spadkodawca miał 99 lat, czuł się źle, co samo przez się z uwagi na jego wiek uzasadniało sporządzenie testamentu ustnego zarówno na tle teorii subiektywnej, jak i obiektywnej. Odmiennie SN w tym wypadku (kazał to zbadać niższemu sądom). W literaturze wyrażany jest pogląd, że osiągnięcie przez spadkodawcę pewnego poważnego wieku (dotychczas podawano 75 lat) samo przez się uzasadnia sporządzenie testamentu ustnego.

Inne kwestie.

7. Przesłanki sporządzenia testamentu ustnego są określone w art. 952 § 1 k.c. Są to przesłanki ważności testamentu ustnego. Ich niezachowanie powoduje nieważność testamentu ustnego.

8. Przesłanki skuteczności testamentu ustnego są określone w art. 952 § 2, 3 k.c. (sporządzenie prywatnego lub sądowego protokołu testamentu ustnego). Są to przesłanki skuteczności testamentu ustnego, a nie jego ważności (testamentu ustnego). Niezachowanie przesłanek określonych w art. 952 § 2 i 3 k.c. powoduje bezskuteczność testamentu ustnego, a nie powoduje jego nieważności (testamentu ustnego).

9. Protokół prywatny lub sądowy (art. 952 § 2, 3 k.c.) testamentu ustnego jest oświadczeniem wiedzy o treści testamentu ustnego (o treści oświadczenia woli spadkodawcy z art. 952 § 1 k.c.). Oświadczenie woli spadkodawcy jest zawarte w art. 952 § 1 k.c. (testament ustny).

10. Protokół sądowy testamentu ustnego (art. 952 § 3 k.c.) jest dokumentem urzędowym, protokół prywatny testamentu ustnego (art. 952 § 2 k.c.) jest zaś dokumentem prywatnym, a nie urzędowym.

11. Protokół prywatny (art. 952 § 2) lub sądowy (art. 952 § 3 k.c.) jest oświadczeniem wiedzy deklaratoryjnym, a nie konstytutywnym. Oświadczenie ustne ostatek woli spadkodawcy w testamencie ustnym (art. 952 § 1 k.c.) jest oświadczeniem konstytutywnym, a nie deklaratoryjnym.

⁴ Tak uchwała SN z 5 lipca 1968 r., III CZP 63/68, BSN nr 150/68 (cyt. za: J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1972, przyp. 29 s. 110).

⁵ Tak postanowienie SN z 21 stycznia 1997 r., II CKN 15/96, OSP 1998, z. 3, poz. 59, pkt 4, s. 146 uzasadnienia (z glosą krytyczną E. Skowrońskiej-Bocian, tamże, przyp. 4, s. 148). Tak również M. Niedospiał, *Glosa*, s. 27.

12. Przesłanki formy testamentu ustnego są określone w art. 952 § 1 k.c., a nie w art. 952 § 2, 3 k.c. Przesłanki skutecznego sporządzenia treści testamentu ustnego są określone w art. 952 § 2 i 3 k.c. (protokół prywatny lub sądowy). Protokół z art. 952 § 2 lub 3 jest – jak powiedziano – oświadczeniem wiedzy o treści testamentu ustnego, oświadczenia ostatniej woli spadkodawcy, oświadczenie ostatniej woli spadkodawcy (z art. 952 § 1 k.c.) jest zaś oświadczeniem woli, a nie oświadczeniem wiedzy. Protokół z art. 952 § 2, 3 ma charakter procesowy, ustne oświadczenie ostatniej woli spadkodawcy jest zaś określone w art. 952 § 1 k.c. i ma ono charakter materialnoprawny, a nie procesowy (nie jest to oświadczenie procesowe ani nie jest to oświadczenie wiedzy, lecz jest to oświadczenie woli).

13. Treść testamentu ustnego może być stwierdzona, spisana tylko w sposób określony w art. 952 § 2 lub 3 k.c. (a nie w inny sposób, nie w innej formie, postaci).

14. Terminy z art. 952 § 2, 3 k.c. są terminami materialnoprawnymi (prawa cywilnego), a nie procesowymi. Nie są to terminy przedawnienia. Upływ terminu prekluzyjnego powoduje wygaśnięcie uprawnienia do sporządzenia protokołu testamentu ustnego (art. 952 § 2, 3 k.c.) i bezskuteczność testamentu ustnego (z art. 952 § 1 k.c.).

15. Wniosek: Teza postanowienia i jej uzasadnienie jest trafne. Natomiast nietrafna jest ta część uzasadnienia, która łączy teorię subiektywną i obiektywną w jedną nową teorię mieszaną (koniunkcja).

Prawo za granicą

Mateusz Staszek

KOLIZJA OBOWIĄZKÓW W PRAWIE ANGLOSASKIM

Normatywna kariera kolizji obowiązków w polskim prawie karnym rozpoczęła się wraz z wejściem w życie Kodeksu karnego z 1997 roku. Wcześniej owa konstrukcja nie istniała w przestrzeni uregulowanej przepisami prawa karnego, tym niemniej zachodziły przecież sytuacje, które można było kwalifikować jako stany kolizji obowiązków. Praktyka rozwiązywała je rozmaicie – przede wszystkim posługując się konstrukcją stanu wyższej konieczności.

Nietrudno zatem wyobrazić sobie system, w którym nie istnieje wcale instytucja kolizji obowiązków, co więcej – praktycznie nie istnieje nawet samo pojęcie „kolizja obowiązków”. Jednym z takich systemów jest anglosaski system prawa, który jest o tyle ciekawy, że zupełnie inny od systemów kontynentalnych – w tym i polskiego, a i w tym systemie zdarzają się przecież kolizje obowiązków – istniejące obiektywnie, jako stan faktyczny, niezależny od obowiązującego na danym terytorium systemu prawa. Pozwolę sobie zatem przybliżyć choć trochę metody, jakimi posługują się Anglosasi dla rozwiązania owego kłopotliwego stanu, w jakim znalazł się adresat dwóch lub więcej kolidujących ze sobą obowiązków.

Analizę systemów anglosaskich najodpowiedniej oprzeć na prawie angielskim, które służyło za wzór dla prawodawstw innych krajów dawnej brytyjskiej strefy wpływów. Dzięki temu uniknie się zbędnych powtórzeń, ponieważ większość informacji dotyczących prawa angielskiego odnosi się analogicznie do odpowiednich konstrukcji występujących w innych państwach anglosaskich.

Aby móc przejść do rozważań bardziej szczegółowych, należy podkreślić odmiennosc uregulowania w systemie angielskim konstrukcji umożliwiających wyłączenie odpowiedzialności (*liability*). Nie chodzi jedynie o odpowiedzialność karną, ale o odpowiedzialność prawną w ogóle¹, instytucje znane pod angielską nazwą *defences* są bowiem konglomeratami prawa procesowego i materialnego, swoistymi zarzutami procesowymi

¹ Chodzi przede wszystkim o odpowiedzialność karną i cywilną.

o materialnej treści, pozwalającymi oskarżonemu/pozwanemu (*defendant*)² uniknąć odpowiedzialności prawnej.

Co znamienne, każda gałąź prawa, a nawet poszczególne węższe dziedziny prawnicze, posiadają swoje własne, swoiste *defences*³, ma je również prawo karne. Jak już wspomniano wyżej, *defences* różnią się od kontynentalnych elementów wyłączających przestępność, choć rolę mają podobną – sprawić, aby osoba, która odpowiedzialności ponieść nie powinna, nie poniosła jej. Także ich zasadniczą funkcją jest wyłączenie odpowiedzialności karnej jako takiej, bez zbytniego podkreślania podstawy owego wyłączenia. Znamienny bowiem jest brak rozróżniania na *defences* wyłączające bezprawność, winę lub karalność. Nie można owego podziału automatycznie przenosić na angielską systematykę *justification* i *excuse*.

G. L. Williams zdefiniował *justification* jako każdą *defence* stwierdzającą, że dany czyn, stan lub skutek jest społecznie akceptowalny lub społecznie neutralny⁴, natomiast *excuse* jako *defence* podająca w wątpliwość naganność stanu umysłu (strony podmiotowej) sprawcy lub niedbalstwo oraz stwierdzająca, że oskarżony nie miał w pełni możliwości pokierowania swoim zachowaniem⁵. Analizując powyższe definicje, można dostrzec, że *justification* najbliższa jest naszemu wyłączeniu karygodności, natomiast *excuse* – wyłączeniu winy, co nie oznacza, iż możemy je utożsamiać z podanymi polskimi konstrukcjami, bez zważenia na znaczną odmiennność obu systemów prawnych. Zwłaszcza że pragmatyczni Anglosasi przypisują podziałowi *defences* na *justification* i *excuse* marginalne praktyczne znaczenie, bowiem, jak piszą H. Leigh i J. E. Hall, obie konstrukcje prowadzą do wyroku uniewinniającego, bez podania podstawy, na jakiej ów wyrok zapadł⁶ (chodzi rzecz jasna o podstawę braku winy, bezprawności, karygodności lub innej przesłanki koniecznej dla istnienia przestępstwa).

W tym miejscu należy odpowiedzieć na pytanie, którą *defence* posługują się angielscy prawnicy w sytuacji kolizji obowiązków oraz do której z wcześniej omawianych kategorii należy ją zaliczyć – do *justification* czy *excuse*?

By to uczynić, trzeba sięgnąć do angielskiej literatury zajmującej się przekrojowo prawem karnym i odszukać precedensy tożsame z naszym pojęciem kolizji obowiązków, trudno byłoby bowiem odszukać instytucję zatytułowaną choćby podobnie do polskiego odpowiednika.

Najpełniejszy obraz przypadków kolizji obowiązków można znaleźć w rozdziałach poświęconych *necessity* oraz *duress of circumstances*. To drugie pojęcie, znacznie rzadziej spotykane w angielskiej dogmatyce, niekiedy stosuje się zamiennie z pojęciem *necessity*⁷, choć jak przedstawił to M. Travis, powinno się postrzegać pojęcie *duress of circumstances*

² Pojęcie *defendant* oznacza zarówno pozwanego w procesie cywilnym, jak i oskarżonego w procesie karnym, jest więc odpowiednikiem polskiej biernej strony procesowej.

³ Por. S. Marsh, J. Soulsby, *Outlines of English Law*, McGraw-Hill Book Company UK Ltd., England 1987.

⁴ „(...) a justification is any defence affirming that the act, state of affairs or consequences are on balance to be socially approved or the matters about which society is neutral (...)”. G. L. Williams, *The Theory of Excuses*, 1982, za H. Leigh, J. E. Hall, *International Encyclopedia of Law, Criminal Law*, Boston 1993, s. 55.

⁵ „(...) a defence is an excuse when it mounts to denial of the proscribed state of mind or negligence or affirms that the accused was not a fully free and responsible agent”, tamże, s. 55.

⁶ „(...) a verdict of «not guilty» must ensue, and that verdict gives no indication of grounds upon which it is based”, tamże, s. 55.

⁷ H. Leigh, J. E. Hall, *International Encyclopedia of Law*, s. 55.

jako podrzędne w stosunku do *necessity*⁸. W niniejszym artykule będę więc posługiwał się głównie pojęciem *necessity*, jako szerszym zakresowo.

Necessity (pol. – dosł. konieczność, potrzeba)⁹ najczęściej przyjęło się porównywać do polskiej konstrukcji stanu wyższej konieczności. Według J. Smitha *necessity* to sytuacja, kiedy dana osoba staje przed wyborem pomiędzy dwoma szkodliwymi alternatywnymi rozwiązaniami (*two unpleasant alternatives*), jedno wymaga złamania litery prawa karnego, a drugie przynosi szkodę jej samej lub innym ludziom¹⁰. Już na pierwszy rzut oka można zauważyć, że w tej dość pojemnej definicji mieści się również stan kolizji obowiązków. Dla lepszego zrozumienia, w jaki sposób Anglicy posługują się konstrukcją *necessity* w stanie kolizji obowiązków, najlepiej będzie przyjrzeć się bliżej kilku precedensom.

W sprawie *Buckoke v. Greater London Council* (1971) kierowca wozu strażackiego został pociągnięty do odpowiedzialności za złamanie przepisów o ruchu drogowym¹¹, kiedy kierował pojazdem, by dotrzeć do uwięzionego na pierwszym piętrze płonącego domu człowieka i udzielić mu pomocy. A. T. Denning stwierdził, że kierowca stanął przed dylematem, czy powinien poczekać minutę lub nawet dłużej na zmianę światła na zielone i postąpić zgodnie z regułami ruchu drogowego, ale złamać zasadę nakazującą strażakom udzielać niezwłocznie pomocy ludziom będącym w zagrożeniu, czy może powinien przejechać na czerwonym świetle, łamiąc regułę ruchu drogowego, ale za to wydatnie zwiększyć szansę na uratowanie człowieka znajdującego się w skrajnym niebezpieczeństwie (*extreme peril*)¹². Kierowca wybrał, jak już wspomniałem, drugie z alternatywnych zachowań i co prawda złamał reguły ruchu drogowego, ale jak podkreśla A. T. Denning, nie powinien być postawiony w stan oskarżenia, ale należały mu się gratulacje¹³. Podobną ścieżką podążył H. Packer, argumentując, że wydaje się niewłaściwe (*foolish*, pol. – dosł. głupie, pochopne) ustanawianie norm (lub rezygnacja z tworzenia wyjątków od norm) zniechęcających ludzi do zachowań, których oczekivalibyśmy od nich. Normy takie mogłyby postawić człowieka przed dylematami prowadzącymi w efekcie do wyboru złych decyzji, zarówno z działania, jak i zaniechania¹⁴. Zgodnie z powyższymi postulatami wprowadzono do angielskiego systemu prawnego normy rozstrzygające konflikt na linii przepisy ruchu drogowego a przepisy nakazujące odpowiednim służbom niesienie ratunku – na korzyść tych drugich, dając jednocześnie możliwość efektywnego niesienia pomocy przez odpowiednie jednostki¹⁵.

Podsumowując powyższy precedens, należy zaakcentować sposób rozwiązania

⁸ Szerzej w: M. Travis, *The Compulsion Element in a Defence of Necessity*, <http://homepages.ihug.co.nz/~ttpbst/me/writing/compulsion.htm>

⁹ *Wielki słownik angielsko-polski*, PWN Oxford, t. 2, s. 785.

¹⁰ „(...) situations in which a person is faced with a choice between two unpleasant alternatives, one involving his committing a breach of the letter of criminal law and the other some evil to himself or others”. J. Smith, (w:) J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, wyd. 9, London–Edinburgh–Dublin 1999, s. 245.

¹¹ *Ang. Road Traffic Regulations*.

¹² A. T. Denning, cyt. za: J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 248.

¹³ „(...) should not be prosecuted. He should be congratulated”, tamże, s. 248.

¹⁴ „(...) it seems foolish to make rules (or to fail to make exceptions to rules) that discourage people from behaving as we would like them to behave (...) rules such as these would condition people confronted dilemmas to make the wrong choice, either through action or inaction”. H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, s. 114.

¹⁵ Por. J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 248–249.

konfliktu obowiązków zachodzącego u kierowców pojazdów uprzywilejowanych, a poruszony przy okazji sprawy *Buckoke v. GLC*, kiedy to jeszcze nie obowiązywały normy wyłączające ich odpowiedzialność za złamanie przepisów ruchu drogowego. Obaj autorzy (A. T. Denning i H. Packer) wykorzystali koncepcję *lesser evil*, czyli wyboru mniejszego zła, a co za tym idzie wypremiowania poszanowania normy chroniącej dobro o wyższej wartości – w tym konkretnym wypadku życia i zdrowia ludzkiego – nad normę chroniącą bezpieczeństwo w komunikacji. Sam ustawodawca angielski, popierając to zapatrywanie (ale jedynie w konkretnej sprawie, a nie abstrakcyjnie uznając koncepcję *lesser evil* za zasadę prawną), ustanowił odpowiednią normę wskazaną w poprzednim akapicie *in fine*.

W sytuacji kolizji obowiązków, ze względu na specyfikę zawodu, stają bardzo często lekarze. Nie uniknięto więc poruszenia owej medycznej problematyki *necessity* w literaturze i orzecznictwie angielskim. Szczególnie dwie kategorie spraw są warte uwagi – jedna związana z problematyką usunięcia ciąży, druga wyrosła na kanwie głośnej sprawy bliźniaczek syjamskich – Jodie i Mary.

Rozpocznę od rozważań dotyczących problematyki aborcji, która w swej klasycznej odmianie (dokonywanej przez lekarza) już ze swej istoty jest czynem popełnianym w stanie kolizji obowiązków, z jednej bowiem strony mamy obowiązek powstrzymania się od naruszenia życia płodu, z drugiej obowiązek poszanowania innych dóbr – najczęściej życia i zdrowia matki. Owa problematyka nacechowana jest niezwykle emocjonalnie i zawsze ciężko dokonać wyboru między spoczywającymi na lekarzu obowiązkami. W Polsce kwestia dopuszczalności aborcji uregulowana jest ustawowo w k.k. oraz ustawie z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży¹⁶, podobnie sytuacja wygląda obecnie na gruncie brytyjskim, gdzie obowiązuje *Abortion Act* z 1967 roku.

Sytuacja wyglądała jednak zgoła inaczej w roku 1939, kiedy to wciąż obowiązywał *Offences Against Person Act* z roku 1861, penalizujący przerwanie ciąży. Za naruszenie tej ustawy pociągnięty do odpowiedzialności został niejaki Bourne – lekarz, który dokonał zabiegu przerywania ciąży na czternastoletniej ofierze brutalnego gwałtu¹⁷. Jednak w tej sytuacji jego zachowanie zakwalifikowano jako działanie w ramach *necessity*¹⁸. Patrząc jednakowoż z perspektywy niniejszego artykułu, można stwierdzić, że odpowiadało ono przyjętej koncepcji kolizji obowiązków, gdyż lekarz, łamiąc obowiązek wynikający z *Offences Against Person Act*, postąpił jednocześnie zgodnie z obowiązkiem nakazującym ratowanie życia pacjentki (bo było ono w tym wypadku zagrożone¹⁹).

Dla porównania należy teraz przybliżyć bardzo ciekawy, acz tragiczny przypadek bliźniaczek syjamskich – Jodie i Mary, połączonych ze sobą w ten sposób, że korzystały z jednego układu krwionośnego oraz oddechowego silniejszej Jodie. Niestety, jej serce wytrzymałoby taki stan nie dłużej niż przez sześć miesięcy, lekarze zdecydowali się więc na operację rozdzielenia sióstr, pomimo sprzeciwu rodziców. Operacja musiała się skończyć śmiercią słabszej siostry, Mary, która nie miała szans na przeżycie bez tak

¹⁶ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17, poz. 78).

¹⁷ R. Card, (w:) R. Card, R. Cross, P.A. Jones, *Criminal Law*, London 2001, s. 668–669.

¹⁸ H. Leigh, J. E. Hall, *International Encyclopedia of Law*, s. 57.

¹⁹ J. Smith, (w:) J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 245 (w szczególności przyp. 17).

ważnych organów wewnętrznych, jak serce i płuca. Rodzice, nie chcąc pogodzić się z decyzją lekarzy, odwołali się do *Court of Appeal*.

Sąd uznał, że spowodowanie śmierci Mary w wyniku operacji nie będzie bezprawne (*unlawfull*), ponieważ lekarze, działając w sytuacji kolizji obowiązków (*conflict of a duty*), podlegają zarówno obowiązkowi nieoperowania Mary, ponieważ doprowadzi to do jej śmierci, oraz operowania Jodie, ponieważ tylko ta operacja może uratować jej życie. Kolizja obowiązków może być rozwiązana jedynie poprzez prawidłowy wybór (jednego z obowiązków) bazujący na zasadzie wyboru *lesser evil*, wtedy tylko nie zostanie popełniony żaden czyn bezprawny²⁰. Co więcej, Lord Justice H. A. Ward bezpośrednio stwierdził, że rozwiązanie kolizji obowiązków bazuje na zasadach *necessity*²¹.

Oba wskazane wyżej precedensy z zakresu prawa medycznego, w których kolidowały ze sobą równoważne obowiązki, chroniące w obu przypadkach życie ludzkie, wyraźnie uwidaczniają, że Anglosasi posługują się konstrukcją *necessity* w razie wystąpienia stanu kolizji obowiązków. Można zaryzykować stwierdzenie, że wykorzystują również oni zasadę *lesser evil* jako wskazówkę przy wyborze obowiązku, który należy wypełnić kosztem innego obowiązku – czy to w sytuacji nierównoważności dóbr (*Buckoke v. GLC*), jako element zbliżony do naszej zasady proporcjonalności dóbr, czy też w sytuacji równości dóbr (oba powyższe przypadki z zakresu prawa medycznego), gdzie zasada *lesser evil* spełnia rolę wskazówki ułatwiającej wybrnięcie z kolizji²².

Kolejną kategorią spraw, które już ze swej natury są w orbicie zainteresowań niniejszej pracy, a także znajdują swoje odbicie w literaturze i orzecznictwie angielskim, stanowią rozkazy bezprawne²³.

Generalnie w doktrynie angielskiej przyjmuje się, że nie istnieje osobna *defence*, usprawiedliwiająca działanie podwładnego tylko na tej podstawie, iż jego czyn był wykonywaniem rozkazu przełożonego (*superior order*)²⁴. W szczególności znalazło to wyraz w powszechnie aprobowanym przez brytyjską Izbę Lordów oraz Królewski Komitet Doradczy oficjalnym oświadczeniu Australijskiego Sądu Najwyższego, stanowiącym, że „fundamentalne jest dla naszego [australijskiego, ale i całego anglosaskiego również – dop. M. S.] systemu prawnego to, że przełożony nie ma mocy, aby legalizować naruszanie prawa oraz nie ma usprawiedliwienia dla sprawcy w tym, że działał on pod zwierzchnictwem lub w wykonaniu rozkazu przełożonego”²⁵. Jedynie, na co może mieć

²⁰ „(...) the killing of Mary as a result of the operation would not be unlawful because the doctors were under a conflict of duty: they were under a duty to Mary not to operate because that would kill Mary, and under a duty to Jodie to operate because otherwise Jodie would die (...) The conflict of duty had to be resolved by the doctors by reference to the rightfulness of the choice, based on which was the lesser evil and no unlawful act be committed”. R. Card, (w:) R. Card, R. Cross, P.A. Jones, *Criminal Law*, s. 673.

²¹ „(...) resolving the conflict of duties is based on principles of necessity (...)”, H. A. Ward za R. Card, (w:) tamże, s. 673.

²² Por. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szweczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2007, s. 437–438 i A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005, s. 375.

²³ Por. szerzej J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 248–273 oraz literatura tam cytowana.

²⁴ Por. R. Card, (w:) R. Card, R. Cross, P.A. Jones, *Criminal Law*, s. 675.

²⁵ „It is fundamental to our legal system that the executive has no power to authorise a breach of the law and that it is

wpływ to, że sprawca działał w wykonaniu rozkazu bezprawnego, to złagodzenie kary (*mitigation of punishment*), co podkreślił G. Lloyd przy okazji sprawy *Clegg* (1995)²⁶.

Powyższa zasada nie jest jednakowoż absolutna, jak pokazała sprawa *Smith* (1900), znana lepiej jako *South African Case*, przy okazji której S. Major powiedział, że „jeśli żołnierz szczerze wierzy, że wykonuje swoje obowiązki, będąc posłusznym rozkazom swojego przełożonego i jeśli te rozkazy nie są oczywiście bezprawne, tak iż musiał lub powinien był wiedzieć, że są one bezprawne, to szeregowy żołnierz będzie chroniony przez rozkazy swojego przełożonego oficera”²⁷. Wyjątkiem w takim razie jest rozkaz, który nie jest oczywiście bezprawny (*manifestly illegal*), wtedy oskarżony żołnierz może liczyć na większe preferencje niżli złagodzenie kary. Warto przy tym wskazać, że wyjątek ten dotyczy jedynie żołnierzy, policjantów oraz członków innych formacji zmilitaryzowanych²⁸, którzy wykonują swoje obowiązki podczas operacji militarnych lub paramilitarnych²⁹. W innych wypadkach dopuszczalne jest jednak powołanie się na błędne (*mistaken*) przekonanie o tym, że czyn wykonany w ramach polecenia służbowego jest zgodny z prawem³⁰.

Jak widać, powyższe rozważania doprowadzają do wniosku, że *de facto* w angielskim systemie prawnym istnieje *defence of superior order*, z tym że w bardzo zawężonym zakresie. Pozwala on uniknąć odpowiedzialności żołnierzowi³¹, który w warunkach operacji wojskowej wykona rozkaz, który nie był oczywiście bezprawny. Wchodzi więc tu w grę jedynie nieuświadomiony stan kolizji obowiązków, gdy bowiem dany żołnierz jest świadom istnienia kolizji pomiędzy obowiązkiem wynikającym z normy nakazującej posłuch dla rozkazów oraz obowiązkiem wynikającym z normy, którą wykonanie owego rozkazu złamie, wtedy angielska literatura stoi na stanowisku, że nic nie wyłącza jego odpowiedzialności za wykonanie bezprawnego rozkazu, co najwyżej kara może ulec złagodzeniu. Oczywiście – siłą rzeczy – błąd również nie będzie miał tu zastosowania wobec pełnej świadomości żołnierza co do faktu kolizji między obowiązkami, a więc co do tego, że rozkaz jest bezprawny.

Brytyjscy autorzy niestety nie udzielają żadnych wskazówek dla żołnierzy, jak mają postąpić w wypadku, gdy staną się adresatami rozkazu bezprawnego, ponieważ nieważne czy wykonają rozkaz, czy nie, to i tak będą podlegać odpowiedzialności, choćby tylko dyscyplinarnej.

Na zakończenie rozważań nad angielskim prawem karnym trzeba przyznać, że znane są orzecznictwu tego kraju przypadki stanu kolizji obowiązków, choć sama dogmatyczna konstrukcja „kolizji obowiązków” w tamtejszym prawie jako taka nie istnieje. Jak wskazano wyżej, pomimo braku ustawowej regulacji sytuacji, w których mamy do czynienia

no excuse for an offender to say that he acted under the authority of a superior officer”. J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 263.

²⁶ G. Lloyd za R. Card, (w:) R. Card, R. Cross, P. A. Jones, *Criminal Law*, s. 675.

²⁷ „(...) if a soldier honestly believes he is doing his duty in obeying the commands of his superior, and if the orders are not so manifestly illegal that he must ought to have known they are unlawful, the private soldier would be protected by the orders of his superior officer (...)”, S. Major za J. Smith, (w:) J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 264.

²⁸ H. Leigh, J. E. Hall, *International Encyclopedia of Law*, s. 61.

²⁹ R. Card, (w:) R. Card, R. Cross, P. A. Jones, *Criminal Law*, s. 675.

³⁰ J. Smith, (w:) J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 264.

³¹ Rozważania dotyczące żołnierzy należy odpowiednio rozumieć w stosunku do innych przedstawicieli służb zmilitaryzowanych, zgodnie z poprzednim akapitem.

ze stanem kolizji obowiązków, rozwiązuje się najczęściej na gruncie *necessity* (również *necessity* nie ma ustawowego umocowania, a jedynie istnieje w formie precedensów³²) lub, tak jak w wypadku rozkazu bezprawnego, próbuje się budować swoiste *defences*, pomagające wybrnąć z sytuacji kolizji obowiązków. Pomocna wydaje się również zasada wyboru *lesser evil*, którą starałem się przybliżyć wyżej.

Podsumowując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że Anglosasi nie wypracowali jednej uniwersalnej metody rozwiązywania sytuacji kolizji obowiązków. Nie może za nią służyć konstrukcja *necessity*, nie ma ona bowiem zastosowania na przykład do rozkazów bezprawnych, nie można posłużyć się również – niewspomnianą – *defence of impossibility*, która w Anglii pełni rolę zbliżoną do polskiej konstrukcji braku świadomości³³. Angielskie sądy starają się więc doraźnie, bazując na przypadkach już wcześniej osądzonych, dobierać odpowiednie środki, w tym i zdefiniowane *defences*, jako odpowiednie remedia na stan kolizji obowiązków i na chwilę obecną działania takie pozwalają wydawać tzw. „sprawiedliwe wyroki” – przynajmniej w społecznym odczuciu.

³² R. Card, (w:) R. Card, R. Cross, P.A. Jones, *Criminal Law*, s. 668.

³³ J. Smith, (w:) J. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, s. 264.

Najnowsze orzecznictwo

Zbigniew Strus

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z ZAKRESU PRAWA I POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

I. PRAWO MATERIALNE

1. WARUNEK POTESTATYWNY

Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego: czy zastrzeżenie umowne, które uzależnia skutki czynności prawnej od spełnienia świadczenia, może stanowić warunek w rozumieniu art. 89 Kodeksu cywilnego? Wnioskodawca przytoczył rozstrzygnięcia zawarte m.in. w orzeczeniach Sądu Najwyższego z 5 marca 1999 r., sygn. akt I CKN 1069/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 160 oraz z 29 maja 2000 r., sygn. akt III CKN 246/00, OSNC 2000, nr 11, poz. 213, wyróżniające odmienne sytuacje:

a) gdy nastąpienie skutku czynności prawnej jest uzależnione od pewnego zdarzenia wynikającego z woli stron (warunek potestatywny w ścisłym znaczeniu),

b) gdy w treści czynności prawnej zawarto zastrzeżenie uzależniające skutek czynności prawnej od tego, czy strona skorzysta z uprawnienia lub zechce zobowiązanie wykonać, tzn. zechce spełnić świadczenie. W drugim wypadku zastrzeżenie umowne jest elementem składowym treści zawieranej umowy, a nie jest zdarzeniem zewnętrznym, przyszłym i niepewnym, przez co nie może być kwalifikowane jako warunek w rozumieniu art. 89 Kodeksu cywilnego.

W innych orzeczeniach wskazanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich Sąd Najwyższy zwracał jednak uwagę na występowanie w praktyce tzw. warunków mieszanych, dopuszczających stosowanie w treści czynności prawnej konstrukcji warunku (art. 89 k.c.) do uzasadnionej czynnikami zewnętrznymi odmowy spełnienia zobowiązania (tzw. warunek mieszany). W piśmiennictwie warunek potestatywny traktowany jest niejednolicie; np. dopuszczał tę konstrukcję S. Rudnicki (*Komentarz do Kodeksu cywilnego*, LexisNexis, wyd. 9, s. 427), a wykluczał Z. Radwański (*Glosa do wyroku SN z dnia 5 czerwca 2002 r., II CKN 701/00, OSP 2003, nr 10, poz. 124*). Skład siedmiu sędziów SN postanowieniem z 22 marca 2013 r., sygn. III CZP 85/12, odmówił wprawdzie podjęcia uchwały, lecz uzasadnienie postanowienia wskazujące brak przesłanek wymaganych

do uwzględnienia wniosku będzie zawierać analizę dotychczasowej praktyki, a przez to przyczyni się do uporządkowania dość enigmatycznej instytucji z części ogólnej Kodeksu cywilnego.

2. WYŁĄCZENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI UBEZPIECZYCIELA

W sprawie oznaczonej sygnaturą III CZP 95/12 wątpliwości sądu okręgowego (odwoławczego) dotyczyły prawidłowej wykładni art. 827 § 1 k.c., tj. przepisu uwalniającego ubezpieczyciela od odpowiedzialności w razie wyrządzenia szkody przez ubezpieczającego z winy umyślnej oraz w razie jego rażącego niedbalstwa. Sąd rozważał możliwość zastosowania przywileju chroniącego ubezpieczającego opartego na słuszności „w danych okolicznościach”, stosownie do art. 827 § 1 *in fine*. W tej sprawie szkoda powoda została wyrządzona przez kradzież samochodu osobowego wraz z kartą pojazdu znajdującą się w pojeździe. Czynności poszkodowanego zmierzające do odnalezienia pojazdu były natychmiastowe, jednak starania policji i osób bliskich powoda nie dały rezultatu.

Powód po zdarzeniu wyrejestrował samochód i zażądał wypłaty odszkodowania z tytułu ubezpieczenia autocasco. Odmowa zakładu uzasadniana była wyłączeniem jego odpowiedzialności w ogólnych warunkach ubezpieczenia. W akcie tym znajdowało się postanowienie wymagające w razie kradzieży przekazania ubezpieczycielowi: kluczyków, sterowników, dowodu rejestracyjnego oraz karty pojazdu – jeżeli została wydana, a także postanowienie nakładające na ubezpieczonego obowiązek zachowania należytej staranności, tj. zabezpieczenia dokumentów pojazdu w razie jego opuszczania przez kierującego oraz pasażerów.

Sąd rejonowy po rozpoznaniu sprawy z powództwa poszkodowanego zasądził odszkodowanie, uznał bowiem, że przypadkowe pozostawienie w aucie karty pojazdu zabranej w podróż wycieczkową nie stanowi przypadku rażącego niedbalstwa; sprawca kradzieży musiał przecież wpaść do samochodu i objąć go we władanie, a następnie dopiero poszukiwać dokumentów. Poza tym karta pojazdu nie jest dokumentem żądanym w razie kontroli, a wyrejestrowanie pojazdu unieważniło ten dokument. Sąd uznał też, że ograniczenie odpowiedzialności ubezpieczyciela wynikające z postanowień ogólnych warunków ubezpieczenia AC nie może iść dalej, niż przewidziane w odniesieniu do tego ubezpieczenia w art. 827 § 1 k.c. i powołał w tej kwestii wyrok SN z 29 stycznia 2009 r., V CSK 291/08, OSNC-ZD 2009, nr 3, poz. 84, publ. LEX nr 4847391, stwierdzający, że: „1. wynikające z postanowień o.w.u. AC ograniczenie odpowiedzialności ubezpieczyciela nie może być dalej idące, aniżeli przyznane mu normą imperatywną w odniesieniu do tego typu ubezpieczenia, a wynikającą z art. 827 § 2 k.c., w brzmieniu tego przepisu obowiązującym przed dniem 10 sierpnia 2007 r.

2. Pojęcie «rażącego niedbalstwa» zawarte w przepisie art. 827 § 1 k.c. nie może być traktowane za równoznaczne z pojęciem «należytej staranności», o jakim mowa w art. 355 k.c.

3. «Rażące niedbalstwo» to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu (a w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ocenianej przy uwzględnieniu podwyższonego miernika)».

Wykładnia tego pojęcia powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania – graniczącą z umyślnością.

Przy tak niekorzystnych dla ubezpieczonego postanowieniach ogólnych warunków umowy ubezpieczenia AC wątpliwości Sądu Okręgowego dotyczyły dopuszczalności zastosowania „przywileju słuszności” w sytuacji, gdy brak staranności nie był bezpośrednią przyczyną szkody, a nawet przyczynił się do jej powstania.

Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały. Oczekując na sporządzenie uzasadnienia, można wysnuć ostrożne przypuszczenie, że wpływ na to rozstrzygnięcie miały dwa następne punkty postanowienia o przedstawieniu zagadnienia, sprawiające wrażenie, iż sąd odwoławczy dążył do uzyskania odpowiedzi co do treści rozstrzygnięcia w sprawie. Pozostaje jednak wątpliwość, czy konieczna była całkowita odmowa rozpoznania zagadnienia prawnego. Brak części ogólnej „prawa ubezpieczeń majątkowych” rodzi wszak zasadne pytania o dopuszczalny zakres mocy wiążącej postanowień ogólnych warunków ubezpieczenia. Gdyby przyjąć, że art. 827 § 1 k.c. ustanawia minimalny poziom ochrony ubezpieczonego, to stosowane przez ubezpieczycieli sformułowania w rodzaju „ubezpieczeniem nie są objęte” są klauzulami niedopuszczalnymi. Tymczasem w orzecznictwie Sądu Najwyższego zagadnienie to nie było rozstrzygane jednolicie: wyrok Sądu Najwyższego z 18 czerwca 1998 r., II CKN 823/97, LEX nr 484717, a także wyrok z 6 maja 1998 r., sygn. II CKN 731/97, LEX nr 50738, uznawały odrębność i pierwszeństwo reżimu umownego w stosunkach ubezpieczeń majątkowych. Dominująca obecnie wykładnia prokonsumencka nie pozwala bezkrytycznie podtrzymywać założeń tamtych rozstrzygnięć (por. wyrok SN z 10 grudnia 2003 r., V CK 90/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 11).

3. ZADOŚCUCZYNIENIE: ZAKRES ODPOWIEDZIALNOŚCI UBEZPIECZYCIELA

Sąd Okręgowy przedstawił do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne: Czy w świetle art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. z 2003 r. nr 124, poz. 1152 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym przed 11 lutego 2012 r., zakład ubezpieczeń ponosi wobec najbliższych członków rodziny zmarłego odpowiedzialność gwarancyjną za doznaną krzywdę, na podstawie art. 448 k.c. w związku z art. 24 § 1 k.c.?

Porównajmy tekst art. 34 ust. 1 w brzmieniu pierwotnym i obecnie obowiązującym.

Pierwotnie: „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”.

Obecnie: „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 będącą następstwem śmierci, uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia bądź też utraty, zniszczenia lub uszkodzenia mienia.

Podjęta w dniu 20 grudnia 2012 r. uchwała III CZP 93/12 wyjaśniła, że „artykuł 34 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. nr 124, poz. 1152 ze zm.) – w brzmieniu sprzed dnia 11 lutego 2012 r. – nie

wyłączał z zakresu ochrony ubezpieczeniowej zadośćuczynienia za krzywdę osoby, wobec której ubezpieczony ponosił odpowiedzialność na podstawie art. 448 k.c.”.

Rzeczywiście, wykładnia literalna (językowa) nie usprawiedliwia wniosku o merytorycznej zmianie zakresu odszkodowania dokonanej w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r., poz. 1707).

Uchwała pozostaje też w zgodzie z kierunkiem rozwoju prawa odszkodowawczego, umożliwiającym objęcie odszkodowaniem rozległego obszaru przypadków naruszenia dobra osobistego, rozumianego jako zjawisko ze stanu świadomości i uczuć pokrzywdzonego. W rozpoznawanej sprawie chodziło o dobro w postaci więzi rodzinnej, zerwanej wskutek śmierci osoby bliskiej. Źródłem wątpliwości były zaś pojawiające się zapatrywania, że ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych z 2003 r. ustanawiała ograniczony (enumeratywny) zakres zadośćuczynienia.

Sąd Najwyższy w uchwale z 20 grudnia 2012 r. przyjął w całości konstrukcję zadośćuczynienia wynikającą z Kodeksu cywilnego po zmianie dokonanej ustawą z 23 sierpnia 1996 r. (Dz.U. nr 114, poz. 542), jako uprawnienia powszechnego związanego z art. 23 i 24 k.c. Kierunek ten umożliwia kreowanie wielu dóbr osobistych usprawiedliwiających żądanie zapłaty wysokich sum, choć wiadomo, że uzyskane pieniądze nie są w stanie wyrównać żalu po stracie osoby najbliższej, a zadośćuczynienia z tytułu szkód komunikacyjnych, wchodząc w obieg partykularnej konsumpcji, nie przyspieszają zmian w zakresie infrastruktury drogowej, koniecznych dla ograniczenia przyczyn i następstw szkód komunikacyjnych.

4. WYNAGRODZENIE NOTARIUSZA

Wątpliwości rozstrzygane w uchwale z 8 marca 2013 r., sygn. III CZP 5/13, zostały sformułowane następująco: Czy notariuszowi za sporządzenie i przesłanie do sądu zamieszczonego w akcie notarialnym wniosku o dokonanie wpisu w księdze wieczystej w wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 92 § 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie przysługuje wynagrodzenie ustalane na podstawie § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (...) – odrębne od wynagrodzenia za sporządzenie aktu notarialnego dokumentującego czynność, o której mowa w art. 92 § 4 Prawa o notariacie?

Skład orzekający Sądu Najwyższego pominął przymiotnik „odrębne”, wyjaśniając, że „Notariuszowi przysługuje wynagrodzenie za dokonanie czynności notarialnej, do której zobowiązuje go art. 92 § 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (jedn. tekst: Dz.U. z 2008 r. nr 189, poz. 1158 ze zm.), ustalone zgodnie z art. 5 § 1 tej ustawy oraz § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. nr 148, poz. 1564 ze zm.)”.

Potwierdzenie zasady, że notariuszowi przysługuje wynagrodzenie, nie wyjaśnia istoty wątpliwości wyłaniających się w trakcie ustalania wynagrodzenia notariusza. Artykuł 92 Prawa o notariacie zawiera wszak otwarty katalog czynności cząstkowych składających się na „dzieło prawne” w postaci aktu notarialnego. W § 4 wymienia wnioski o wpis w księdze wieczystej i wskazuje termin oraz sposób jego złożenia w sądzie. Oddzielanie tej czynności od innych, np. precyzyjnego sformułowania oświadczeń woli,

ma charakter sztuczny. Rzeczą władzy publicznej było określenie należnego notariuszowi wynagrodzenia. Ponieważ ustawodawca przyjął model ceny umownej, ograniczonej kwotą maksymalną, to wyodrębnianie dalszej kategorii czynności (sporządzenia wypisu i wysłania z wnioskiem do sądu), odrębnie wynagradzanej, zbędnie komplikuje relacje między notariuszem a stroną płacącą za kwalifikowaną usługę prawną. Sąd Najwyższy w gruncie rzeczy potwierdził to, odwołując się w sentencji uchwały do art. 5 § 1 Pr. not., stanowiącego wyraźnie o umowie jako podstawie ustalenia wysokości opłat.

5. OPŁATY KOMORNICZE

Uchwałą z 8 marca 2013 r., III CZP 109/12, Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że: **„Artykuł 49 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (...) ma zastosowanie także w przypadku umorzenia postępowania egzekucyjnego na wniosek wierzyciela w sytuacji, gdy będący podstawą egzekucji nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym utracił moc po wszczęciu egzekucji”**.

Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji jest aktem zmienianym przeciętnie niemal dwa razy w roku, ponadto jej przepisy kilka razy podlegały derogacji na podstawie wyroków Trybunału Konstytucyjnego. Tekst interesującego nas art. 49 ust. 2 w chwili obecnej nie odpowiada treści normatywnej ze względu na wyrok TK z 26 czerwca 2012 r., sygn. P 13/11 (Dz.U. z 2012 r., poz. 759), stwierdzający „zakresową” niekonstytucyjność przepisu pozwalającego obciążyć dłużnika opłatą stosunkową w wysokości co najmniej 1/10 wysokości przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w każdym wypadku umorzenia zawieszono wcześniej postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 823 k.p.c. W sprawie przedstawionej Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego postępowanie egzekucyjne nie było jednak zawieszono, a przeciwnie, poszczególne czynności następowały rychło. Istota sprawy wynikała z wszczęcia postępowania egzekucyjnego na podstawie tytułu wykonawczego w postaci nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym i zaopatrzonym klauzulą wykonalności, od którego dłużnik wniósł sprzeciw. Wierzyciel w takim wypadku wniósł o umorzenie postępowania i obciążenie dłużnika obowiązkiem ponoszenia opłaty stosunkowej (art. 49 ust. 2 ustawy o komornikach) oraz zwrotu kosztów wierzycielowi.

Sąd Okręgowy powziął wątpliwości odnośnie do przesłanek pobierania opłaty stosunkowej od dłużnika. Wskutek złożenia przez niego sprzeciwu wszczęte wcześniej postępowanie egzekucyjne stało się niedopuszczalne, a prawna sytuacja była zbliżona do wypadku pozbawienia wykonalności tytułu wykonawczego (art. 825 pkt 2 k.p.c.). Sąd wskazał doktrynalne rozbieżności odnośnie do podstawy umorzenia postępowania egzekucyjnego w razie utraty mocy prawnej tytułu wykonawczego. W rozpoznawanej sprawie przyczyną wygaśnięcia tytułu była wszak legalna czynność dłużnika realizującego swoje prawo do sądu. Nie żądał on jednak umorzenia postępowania egzekucyjnego, a uczynił to wierzyciel, występując z odpowiednim wnioskiem. Wątpliwości sądu pogłębiała ponadto odmiennność zasad ponoszenia kosztów postępowania rozpoznawczego i postępowania egzekucyjnego. W tym drugim decydujące znaczenie ma status dłużnika implikujący ponoszenie kosztów, a nie wynik sprawy. Uproszczony sposób uzyskiwania tytułu egzekucyjnego w postępowaniu upominawczym nie powinien jednak stać się pułapką dla pozwanego poddanego przewadze komornika i wierzyciela, zwłaszcza gdy chodzi o egzekucję wielusettyśięcznych kwot np. z kredytu na budowę domu. Me-

dia donoszą o praktykach instytucji kredytowych, które wszczynają egzekucje w celu „dyscyplinowania” dłużników, a następnie wnoszą „w akcie dobrej woli” o umorzenie postępowania, pozostawiając dłużnika mającego trudności majątkowe z dodatkowym zadłużeniem rzędu nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych wobec komornika. Obecny stan prawny powinien ulec zmianie, obciążenie dłużnika kosztami egzekucji prowadzonej w toku odwoławczej fazy postępowania rozpoznawczego powinno być uzależnione od jego wyniku, a ułatwienia procedury nie mogą być wykorzystywane wbrew zasadzie sprawiedliwości.

6. WPIS W KSIĘDZE WIECZYSTEJ

Odmienny kierunek rozwiązywania sprzecznych interesów niż w orzeczeniu omówionym wyżej prezentuje postępowanie administracyjne. Postanowienie SN z 7 marca 2013 r., II CSK 298/12, wyjaśnia, że **„Ostateczna decyzja administracyjna, której skutki prawne, zgodnie z art. 9 ust. 1 zd. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. nr 200, poz. 1323), zostały zawieszony z mocy prawa, nie może stanowić podstawy wpisu do księgi wieczystej”**.

Zbigniew Szonert

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

PRAWO DYSPONOWANIA NIERUCHOMOŚCIĄ WSPÓLNĄ NA CELE BUDOWLANE W RAMACH SPRAWOWANEGO PRZEZ SPÓŁDZIELNIĘ ZARZĄDU

Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego przedstawił do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego następujące zagadnienie prawne: „Czy sprawowany przez spółdzielnię mieszkaniową zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni, o którym mowa w art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2003 r. nr 119, poz. 1116 ze zm.), uprawnia ją do samodzielnego dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 11 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623 ze zm.), bez potrzeby uzyskania przez zarządcę zgody właścicieli lokali mieszkalnych stanowiących odrębny przedmiot własności?”

W uzasadnieniu wniosku podniesiono, że w orzecznictwie sądów administracyjnych (a także i w doktrynie) występuje rozbieżność co do oceny istnienia uprawnienia spółdzielni mieszkaniowej do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, jeżeli z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę występuje spółdzielnia, na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. z 2003 r. nr 119, poz. 1116 ze zm.; dalej: ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych lub u.s.m.), jako jednostka zarządzająca nieruchomością wspólną. Chodzi zatem o sytuację, w której spółdzielnia mieszkaniowa sprawuje zarząd powierzony po wyodrębnieniu własności części lokali znajdujących się w budynku wielomieszkaniowym.

Niektóre sądy zajmują w tym względzie stanowisko pozytywne i przyjmują, że spółdzielnia mieszkaniowa w zakresie sprawowanego zarządu uprawniona jest do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, inne zajmują stanowisko odmienne, że uprawnienie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane przysługuje tylko podmiotowi upoważnionemu do podejmowania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu.

Mając na względzie opisaną wyżej rozbieżność w orzecznictwie, a także doniosłość przedstawionego zagadnienia prawnego oraz okoliczność, że zagadnienie to może ro-

dzieć konflikty społeczne, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego uznał za celowe złożenie wniosku o podjęcie stosownej uchwały.

Uzasadniając wątpliwości powstające w związku z zagadnieniem objętym wnioskiem, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego podkreślił, że utrzymujące się w orzecznictwie rozbieżności wynikają z tego, że art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych nie pozwala na ustalenie zakresu zarządu, jaki ustawodawca powierzył spółdzielni mieszkaniowej. Powołany przepis nie określa bowiem zakresu zarządu, ale odsyła do art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2000 r. nr 80, poz. 903 ze zm.; dalej: ustawa o własności lokali lub u.w.l.). Natomiast wskazany przepis stanowi, że właściciele lokali mogą w umowie o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w umowie zawartej później w formie aktu notarialnego określić sposób zarządu nieruchomością wspólną, a w szczególności mogą powierzyć zarząd osobie fizycznej albo prawnej. Przepis ten również nie określa zakresu zarządu powierzonego, w praktyce bowiem zakres uprawnień zarządcy precyzuje umowa. W konsekwencji zagadnienie działania zarządcy w imieniu właścicieli lokali i zakresu takiego upoważnienia sprowadza się w istocie do treści umowy lub uchwały właścicieli, przewidzianych w art. 18 ust. 1 i ust. 2a ustawy o własności lokali.

Artykuł 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych zawiera wyraźne wyłączenie możliwości zastosowania zasad odnoszących się do sposobu zarządu określonych w ustawie o własności lokali, co – zdaniem Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego – uzasadnia pogląd, uwzględniający w takim wypadku zawarte w art. 1 ust. 2 ustawy o własności lokali odesłanie do regulacji Kodeksu cywilnego.

Stosownie do tego przepisu w zakresie nieuregulowanym ustawą o własności lokali stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Odesłanie to prowadzi zaś do wniosku, że spółdzielnia mieszkaniowa w sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu, a więc także w sprawach dotyczących dysponowania nieruchomością na cele budowlane, obowiązana jest uzyskać zgodę wszystkich właścicieli lokali (art. 199 k.c), chyba że w umowach o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w umowie zawartej później w formie aktu notarialnego inaczej został określony zakres zarządu powierzonego spółdzielni mieszkaniowej.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów zważył, co następuje.

Przechodząc do analizy konstytucyjnej norm wynikających z art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdza, że jednym z uprawnień, które składają się na treść prawa własności, jest uprawnienie każdego z współwłaścicieli do udziału w podejmowaniu decyzji o zarządzie rzeczą będącą przedmiotem współwłasności. Można dodać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego wymóg uzyskania jednomyslności współwłaścicieli co do czynności rozporządzających rzeczą wspólną jest „jedną z naczelných zasad władztwa nad rzeczą wspólną” (wyrok TK z 10 lipca 2012 r., sygn. akt P 12/11). Prowadzi to do wniosku, że uprawnienie współwłaścicieli do udziału w podejmowaniu decyzji o zarządzie rzeczą wspólną, jako istotny element treści prawa własności, podlega ochronie na podstawie art. 64 ust. 1 Konstytucji. Oznacza to, że norma, zgodnie z którą tylko jeden ze współwłaścicieli może, niezależnie od woli pozostałych, podjąć decyzję o dokonaniu czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu rzeczą wspólną, jest normą ograniczającą konstytucyjnie chronione prawo podmiotowe pozostałych współwłaścicieli. Z tej per-

spektywy powinna być prowadzona wykładnia art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych.

Z przedstawionych wyżej przyczyn Naczelny Sąd Administracyjny stwierdza, że spośród dwóch wchodzących w grę wariantów wykładni art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych pełniejszą realizację norm konstytucyjnych (tj. art. 64 ust. 1 i 3 w związku z art. 31 ust. 3, a także art. 64 ust. 2 Konstytucji) zapewnia takie rozumienie ww. przepisu, zgodnie z którym spółdzielnia mieszkaniowa nie jest upoważniona do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu bez uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli nieruchomości wspólnej.

Podstawowe znaczenie w kształtowaniu systemu zarządu nieruchomością wspólną, której współwłaścicielką jest spółdzielnia mieszkaniowa, ma art. 27 ust. 2 zdanie pierwsze u.s.m., przesądzający, że „Zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni jest wykonywany przez spółdzielnię jak zarząd powierzony, o którym mowa w art. 18 ust. 1 ustawy o własności lokali, choćby właściciele lokali nie byli członkami spółdzielni, z zastrzeżeniem art. 241 i art. 26”. Ze względu na formułę normatywną art. 27 ust. 2 u.s.m. należy wyraźnie zaakcentować okoliczność, że realizowanie zarządu „jak zarządu powierzonego” następuje nie na podstawie umowy, lecz wynika z ustawy (zarząd *ex lege*). Ustawowe źródło wykonywania zarządu nieruchomością wspólną powoduje, że nie zachodzi potrzeba zawierania umowy w przedmiocie zarządzania nieruchomością.

W ustawie o własności lokali wymieniono przykładowo czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu (art. 22 ust. 3 u.w.l.). Czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu są m.in. zmiana przeznaczenia części nieruchomości wspólnej, udzielenie zgody na nadbudowę lub przebudowę nieruchomości wspólnej, dokonanie podziału nieruchomości wspólnej oraz udzielenie zgody na podział nieruchomości gruntowej zabudowanej więcej niż jednym budynkiem mieszkalnym i związane z tym zmiany udziałów w nieruchomości wspólnej.

Uwzględniając poczynione rozważania, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdza, że odpowiedź na postawione pytanie zależy od rodzaju robót budowlanych (czynności dotyczącej nieruchomości wspólnej), podejmowanych w konkretnej sytuacji przez spółdzielnię mieszkaniową.

Ponieważ z samego sformułowania art. 27 ust. 2 u.s.m. nie wynika zakres powierzonego spółdzielni zarządu w odniesieniu do nieruchomości wspólnej, a jednocześnie w przepisie tym kategorycznie wyłączono możliwość zastosowania, nawet tylko odpowiedniego, ustawy o własności lokali, poza art. 18 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 1a, które dotyczą umownego zarządu nieruchomością wspólną, należy podzielić pogląd, że rozwiązania przedstawionego zagadnienia należy szukać w Kodeksie cywilnym. Stosownie zresztą do art. 1 ust. 2 ustawy o własności lokali, w zakresie nieuregulowanym tą ustawą, do własności lokali stosuje się przepisy tego Kodeksu. Chodziłoby więc o te przepisy Kodeksu cywilnego, które dotyczą instytucji współwłasności. Powołane przepisy regulują m.in. kwestię zarządu nieruchomością wspólną. Z art. 199 Kodeksu cywilnego wynika zaś, że na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda wszystkich współwłaścicieli, a w braku takiej zgody współwłaściciele, których udziały wynoszą co najmniej połowę, mogą żądać rozstrzygnięcia przez sąd, który orzeknie, mając na względzie cel zamierzonej czynności oraz interesy wszystkich współwłaścicieli.

Zastosowanie powyższego przepisu Kodeksu cywilnego w odniesieniu do zarządu, o którym mowa w art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, wymaga uprzedniej oceny charakteru czynności podejmowanej przez spółdzielnię mieszkaniową, to znaczy ustalenia, czy rodzaj robót budowlanych przekracza zakres zwykłego zarządu nieruchomością wspólną, czy też mieści się w ramach zarządu zwykłego. Czynności przekraczające zwykły zarząd to – poza rozporządzaniem nieruchomością wspólną i jej obciążaniem – m.in. modernizacja i większy remont, nadbudowa i przebudowa, podział nieruchomości i łączenie lokali (R. Dżiczek, *Własność lokali. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*, Warszawa 2012, s. 25 i n.). Jeżeli w konkretnej sytuacji realizacja danego zamierzenia budowlanego może być zakwalifikowana jako czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu, to prawo spółdzielni mieszkaniowej do dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane, o którym mowa art. 3 pkt 11 Prawa budowlanego, powstaje pod warunkiem uzyskania uprzedniej zgody wszystkich współwłaścicieli tej nieruchomości, zgodnie z art. 199 k.c.

Natomiast jeżeli realizacja zamierzenia budowlanego nie stanowi czynności przekraczającej zakresu zwykłego zarządu, to spółdzielnia mieszkaniowa posiada uprawnienie do dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane bez konieczności uzyskiwania zgody wszystkich współwłaścicieli. Jak już wskazano wcześniej, przyjmuje się, że do czynności, które nie przekraczają zakresu zwykłego zarządu, należy załatwianie bieżących spraw związanych ze zwykłą eksploatacją i utrzymaniem rzeczy w stanie niepogorszonym w ramach aktualnego przeznaczenia. Przenosząc tę definicję na grunt przepisów ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, należy stwierdzić, że chodzi o czynności „związane z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości wspólnych”, o których to czynnościach mowa m.in. w art. 4 ust. 2 i ust. 4 ww. ustawy. W konsekwencji wykonując zarząd nieruchomością wspólną w powyższym zakresie – np. w razie potrzeby dokonania remontu czy konserwacji, koniecznych dla właściwej eksploatacji nieruchomości wspólnej lub utrzymania jej w odpowiednim stanie – spółdzielnia nie ma obowiązku uzyskiwania zgody wszystkich współwłaścicieli w celu wykazania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Z wymienionych względów Naczelny Sąd Administracyjny, na podstawie art. 15 § 1 pkt 2 P.p.s.a., podjął uchwałę z 13 listopada 2012 r., sygn. II OPS 2/12, następującej treści: „Wykonywany przez spółdzielnię mieszkaniową, na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. nr 119, poz. 1116 ze zm.), zarząd nieruchomością wspólną stanowiącą współwłasność spółdzielni uprawnia ją do samodzielnego dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 11 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623 ze zm.), bez potrzeby uzyskania zgody właścicieli lokali mieszkalnych stanowiących odrębny przedmiot własności, wyłącznie w zakresie eksploatacji i utrzymania zarządzanej nieruchomości wspólnej”.

Michał Jackowski

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO (styczeń–marzec 2013)

Konstytucyjność opłat w cywilnym postępowaniu egzekucyjnym

1. W pierwszym kwartale 2013 r. Trybunał Konstytucyjny wydał dwa wyroki kontynuujące linię orzeczniczą w sprawie dotyczącej opłat egzekucyjnych w postępowaniu cywilnym. Oba dotyczyły możliwości i mechanizmu obniżenia opłaty egzekucyjnej przez sąd. W dniu 29 stycznia 2013 r. wydany został wyrok w sprawie K 1/11, w której Krajowa Rada Komornicza zaskarżyła procedurę miarkowania opłat egzekucyjnych przewidzianą w art. 49 ust. 9 i ust. 10 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji. Trybunał Konstytucyjny uznał, że przepisy te są zgodne z ustawą zasadniczą. W wyroku z 26 lutego 2013 r., SK 12/11, Trybunał uznał, że niekonstytucyjny jest art. 49 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, w stanie prawnym obowiązującym od 28 grudnia 2007 r. do 16 czerwca 2010 r., w zakresie, w jakim procedurę taką wyłączał.

Oba wyroki warto poddać analizie, gdyż wpisują się w długą linię orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego dotyczącą kosztów postępowania egzekucyjnego. Sposób uzasadnienia wyroków może mieć również wpływ na kształtowanie przez prawodawcę regulacji dotyczących kosztów i opłat pobieranych przez przedstawicieli innych korporacji – adwokatów, notariuszy i radców prawnych.

2. Mechanizm sądowego miarkowania wysokości opłaty egzekucyjnej został wprowadzony do systemu polskiego prawa egzekucyjnego w 2004 r. Był postrzegany jako środek uzupełniający różne formy nadzoru judykacyjnego nad komornikami sądowymi. Po reformach z 2001 i 2004 r. ustawodawca uznał, że zniesieniu pracowniczego statusu komorników sądowych oraz obowiązku przekazywania przez komornika części opłaty egzekucyjnej Skarbowi Państwa musi towarzyszyć wzmocnienie nadzoru judykacyjnego nad działalnością komorników, w tym nad czynnościami ustalania i pobierania opłaty egzekucyjnej. Mechanizm miarkowania wysokości opłaty egzekucyjnej wynikał

z art. 49 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem sąd mógł zmniejszyć opłatę egzekucyjną w wypadkach szczególnie uzasadnionych. Ta regulacja była przedmiotem kilku rozstrzygnięć TK.

Pierwszy raz do mechanizmu sądowego miarkowania wysokości opłaty egzekucyjnej TK odniósł się w wyroku z 17 maja 2005 r. (P 6/04). Badając art. 49 w brzmieniu obowiązującym do 2004 r., stwierdził wówczas, że wprowadzona przez ustawodawcę możliwość miarkowania wysokości opłaty egzekucyjnej przez sąd ma zapobiegać ustalaniu bardzo wysokich opłat stosunkowych w sytuacjach, gdy wyegzekwowanie roszczenia znacznej wartości (determinujące bardzo wysoką opłatę stosunkową) jest czynnością nieskomplikowaną i mało czasochłonną.

Artykuł 49 ust. 2 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji w przywołanym wyżej brzmieniu obowiązującym od 13 listopada 2004 r. został poddany kontroli TK w wyroku z 8 maja 2006 r. (sygn. P 18/05). W wyroku tym Trybunał nie podzielił wątpliwości sądu pytającego, który zarzucał, że regulacja nie wskazuje kryteriów, które należy brać pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o zmniejszeniu opłaty, jak również kryteriów obiektywizujących zakres owego zmniejszenia, a ponadto nie określa procedury, w ramach której sąd mógłby podejmować taką decyzję. Uznał, że przepis ten odpowiada wymaganom art. 2 Konstytucji i wywodzonym z niego zasadom rzetelnej legislacji.

Przepis ten był ponownie przedmiotem kontroli w wyroku z 30 kwietnia 2012 r., sygn. SK 4/10. TK zbadał przepis pod kątem zgodności z art. 64 ust. 2 w związku z zasadą sprawiedliwości społecznej wynikającą z art. 2 Konstytucji. Przyjął, że brak w treści art. 49 ust. 2 ustawy kryteriów obniżania wysokości opłaty egzekucyjnej nie oznacza, że sądowi w tym zakresie przysługuje swoboda orzekania. Skoro bowiem przepis ten pozwala na korygowanie nieproporcjonalnie wygórowanych opłat egzekucyjnych, to kryteria obniżania tych opłat powinny być tożsame z kryteriami ich ustalania zawartymi w ówczesnie obowiązującym art. 49 ust. 1. Ten ostatni przepis stanowił zaś, że cała opłata stosunkowa wynosi 15% wartości egzekwowanego świadczenia, jednak nie może być niższa niż 1/10 i wyższa niż trzydziestokrotna wysokość przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego oraz że opłatę tę komornik powinien ustalić w wysokości odpowiedniej do poniesionych przez niego wydatków, nakładu jego pracy oraz wartości wyegzekwowanej części świadczenia. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skoro opłatę egzekucyjną ustala komornik i on również może ją egzekwować bez potrzeby zaopatrywania postanowienia o kosztach w klauzulę wykonalności, to uzasadnione jest wprowadzenie kontroli sądu obejmującej możliwość skorygowania wysokości opłaty egzekucyjnej. Wskazał, że ochrona praw majątkowych wynikająca z art. 64 ust. 2 Konstytucji nie może być bowiem rozumiana jako zagwarantowanie określonego poziomu dochodów albo też wyeliminowanie ryzyka poniesienia strat z tytułu wykonywania czynności egzekucyjnych przez komornika. Uznał również, że zasada sprawiedliwości proceduralnej byłaby naruszona dopiero, gdyby ustawodawca, zezwalając na arbitralne zmniejszanie opłat egzekucyjnych w każdej sprawie, doprowadził do sytuacji, w której komornik co do zasady ponosiłby straty z tytułu prowadzonej działalności, a więc kwoty uzyskiwane z opłat byłyby niższe od ponoszonych w danym okresie kosztów działalności komorniczej.

W dniu 13 listopada 2012 r., w sprawie SK 34/09, TK po raz trzeci zbadał art. 49 ust. 2 ustawy o komornikach sądowych w brzmieniu obowiązującym od 2004 r. Trybunał poddał ten przepis kontroli ponownie z art. 64 ust. 2 i art. 2 Konstytucji, rozstrzygając

zarzut skarżącego dotyczący niezgodności normatywnej, jaką nadały w praktyce sądy kwestionowanemu przepisowi. W skardze konstytucyjnej podniesiono bowiem, że sądy stosują art. 49 ust. 2 ustawy całkowicie arbitralnie, obniżając opłaty egzekucyjne do stawek minimalnych lub nawet redukując je całkowicie. Trybunał zarzutu tego nie podzielił. Opierając się na danych przedstawionych przez Prokuratora Generalnego, ustalili, że sądy obniżyły opłatę egzekucyjną w ok. 53% spraw, co oznacza, że miało to miejsce niewiele razy częściej niż w co drugiej sprawie. Obniżanie opłat egzekucyjnych nie wykazywało zatem – zdaniem Trybunału – cech arbitralności.

3. W okresie od grudnia 2007 r. do czerwca 2010 r. w ustawie o komornikach sądowych i egzekucji brak było mechanizmu miarkowania przez sąd wysokości opłaty egzekucyjnej w wypadkach szczególnie uzasadnionych. Ustawodawca najpierw postanowił wprowadzić sztywne progi opłaty egzekucyjnej w zależności od nakładu pracy komornika, eliminując sądową ingerencję w ustalanie opłaty, by do niej powrócić w 2010 r. Do ustawy dodano wówczas art. 47 ust. 7–10, które w założeniu precyzyjnie miały uregulować zasady orzekania w sprawach opłat komorniczych.

4. W sprawie K 1/11 Krajowa Rada Komornicza zaskarżyła art. 49 ust. 9 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji w związku z art. 767⁴ § 1 k.p.c., zarzucając, że nie przyznają one komornikowi prawa do środka odwoławczego od postanowienia sądu obniżającego wysokość opłaty egzekucyjnej. Jako wzorzec kontroli dla tak sformułowanego zarzutu wnioskodawca podał art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 Konstytucji, z którego wyprowadził prawo do zaskarżenia postanowienia sądu obniżającego wysokość opłaty egzekucyjnej. Trybunał Konstytucyjny nie podzielił tego zarzutu. Podkreślił, że stosując przepisy o skardze na czynność komornika, sąd przesyła komornikowi odpis wniosku o obniżenie wysokości opłaty egzekucyjnej. Komornik na tym etapie postępowania ma możliwość odniesienia się do niego przez wskazanie okoliczności przemawiających przeciwko obniżeniu wysokości opłaty egzekucyjnej. Ponadto sąd może, na podstawie art. 766 k.p.c., wyznaczyć rozprawę lub posiedzenie w celu wysłuchania komornika. W myśl art. 760 § 1 w związku z art. 759 § 2 k.p.c. sąd może nadto zażądać od komornika dodatkowych informacji na piśmie, pozwalając mu zająć stanowisko i wypowiedzieć się za koniecznością utrzymania opłaty egzekucyjnej w ustalonej przez niego wysokości. W końcu okolicznością, którą sąd bierze pod uwagę, orzekając w przedmiocie opłaty egzekucyjnej, jest nakład pracy komornika, oceniany na podstawie akt sprawy egzekucyjnej bądź przez uzyskanie dodatkowych informacji od komornika ustnie do protokołu lub na piśmie. I w tym zakresie komornik będzie miał zatem możliwość zajęcia stanowiska w kwestii złożonego wniosku. W konsekwencji TK uznał, że komornik ma wystarczające możliwości uzasadnienia wysokości ustalonej przez siebie opłaty egzekucyjnej, a co za tym idzie – przedstawienia okoliczności przemawiających przeciwko jej obniżeniu, a ustawodawca nie ma obowiązku zapewnienia komornikowi prawa wysłuchania przez sąd w takim zakresie, w jakim prawo to przysługuje stronom postępowania.

Trybunał uznał jednocześnie, że pobierając opłaty egzekucyjne, komornik działa jako organ państwa posiadający władcze kompetencje, a sąd – jako organ kontrolujący tę działalność. Na tym etapie komornik nie jest zatem podmiotem praw konstytucyjnych, któremu przysługiwałoby roszczenie utrzymania wysokości opłaty egzekucyjnej na poziomie

przez siebie określonym. Nie można być bowiem w tym samym postępowaniu organem władzy publicznej i podmiotem praw konstytucyjnych. Naturalną konsekwencją takiego statusu komornika jest brak możliwości zaskarżenia rozstrzygnięcia sądu o opłacie egzekucyjnej. Prawem majątkowym podlegającym ochronie jest bowiem dopiero dochód osiągnięty przez komornika, na który składają się pobrane i ściągnięte w danym miesiącu opłaty egzekucyjne oraz zwrot wydatków gotówkowych za przejazdy, pomniejszone o koszty działalności egzekucyjnej komornika i sumy należne jego zastępcy.

5. W tej samej sprawie Krajowa Rada Komornicza zaskarżyła również art. 49 ust. 10 ustawy, stawiając kilka zarzutów:

– niezgodności z art. 45 ust. 1 związanej z tym, że dłużnik może złożyć wniosek o dokonanie takiego obniżenia w najbardziej korzystnym dla siebie momencie trwającego postępowania egzekucyjnego, tj. wówczas, gdy stosunek nakładu pracy komornika do wyegzekwowanej kwoty będzie najniższy. Jeżeli w toku kontynuowanego postępowania egzekucyjnego nakład pracy komornika wzrośnie, a nie będzie możliwe wyegzekwowanie pozostałej części świadczenia, opłata egzekucyjna w obniżonej przez sąd wysokości będzie nieadekwatna zarówno do nakładu pracy komornika, jak i wysokości wyegzekwowanego świadczenia;

– sprzeczności z art. 2 Konstytucji, gdyż sąd, w ocenie KRK, nie ma możliwości rozważenia wszystkich okoliczności wiążących się choćby z funkcjami opłaty egzekucyjnej, a w szczególności, że służy pokryciu kosztów działalności egzekucyjnej komornika, w tym kosztów „nierentownych” postępowań egzekucyjnych, jak również jest źródłem dochodów komornika;

– niezgodności z art. 21 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, poprzez brak ochrony wynagrodzenia komornika. Gdy sąd obniży opłatę egzekucyjną, kierując się przesłanką trudnej sytuacji materialnej wnioskodawcy (tj. dłużnika lub wierzyciela), i komornik nie otrzyma tej opłaty w wysokości proporcjonalnej do skutecznie wyegzekwowanej kwoty świadczenia, dojdzie do transferu określonej wartości majątku z majątku prywatnego komornika do majątku dłużnika lub wierzyciela.

Trybunał nie podzielił również tych zarzutów. Stwierdził, że wystarczającą rękojmią sprawiedliwości proceduralnej dla komorników jest nadzór niezależnego sądu, który ma obowiązek orzec z uwzględnieniem wszelkich możliwych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Zauważył nadto, że ustawa nie gwarantuje komornikowi uzyskania opłaty egzekucyjnej w wysokości odpowiadającej rzeczywistemu nakładowi jego pracy w danym postępowaniu egzekucyjnym. Co więcej, ustawa nie zakłada, że każde postępowanie egzekucyjne ma przynosić komornikowi dochód, ani nawet że każde postępowanie egzekucyjne będzie się bilansować, tj. komornik otrzyma dokładnie tyle, ile wynosiły jego wydatki w tym postępowaniu. Oznacza to, że nie jest również wykluczone obciążenie komornika pewnymi kosztami, skoro bowiem – zgodnie z konstrukcją opłaty jako ryczałtowego zwrotu kosztów i wynagrodzenia komornika – dopuszczalne jest, aby komornik otrzymał kwotę wyższą niż jego wydatki, to możliwa jest również sytuacja odwrotna, polegająca na braku należytego zwrotu kosztów. Taka sytuacja może mieć miejsce również wówczas, gdy po obniżeniu opłaty egzekucyjnej komornik będzie kontynuował postępowanie egzekucyjne i podejmował działania zmierzające do wyegzekwowania pozostałej należności, które to działania ostatecznie okażą się bezskuteczne. Brak gwarancji

uzyskania opłaty egzekucyjnej odpowiadającej nakładowi pracy komornika jest zatem ryzykiem wpisanim w wykonywanie tego zawodu. Powtórzył za wyrokiem z 3 grudnia 2003 r., K 5/02, że komornik, który prowadzi działalność na własny rachunek, nie może, powołując się na art. 64 Konstytucji, rościć sobie w stosunku do państwa prawa do osiągnięcia dochodu i wyeliminowania ryzyka związanego z istoty rzeczy z każdą działalnością na własny rachunek. O sprzeczności z Konstytucją można by więc mówić dopiero wtedy, gdyby wykazano, że przy określonych średnich kosztach postępowania egzekucyjnego i określonym statystycznie poziomie ściągłości opłat egzekucyjnych prognoza ustawodawcy co do wpływów komorników okazała się oczywiście błędna i prowadziłyby do tego, że wykonywanie tego zawodu na ustawowych warunkach jest z założenia deficytowe, a zatem nieopłacalne.

6. W sprawie SK 12/11 Trybunał Konstytucyjny badał z kolei konstytucyjność art. 49 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o komornikach sądowych w stanie prawnym obowiązującym od 28 grudnia 2007 r. do 16 czerwca 2010 r., czyli w czasie, gdy wyłączone było miarkowanie opłat egzekucyjnych. Przepis został zaskarżony w zakresie, w jakim w przypadku umorzenia postępowania egzekucyjnego na wniosek wierzyciela nie dopuszczał możliwości obniżenia wysokości opłaty stosunkowej w zależności od nakładu pracy komornika. TK przyjął, że jest on niezgodny z art. 64 ust. 1 Konstytucji. Podniósł, że pobieranie opłaty egzekucyjnej w wypadku umorzenia postępowania jest sprzeczne z koncepcją ustawy o komornikach. Wymaga ona uwzględnienia realnego, a nie formalnie rozumianego, nakładu kosztów, czasu i wysiłku komornika jako kryterium przyznania mu wynagrodzenia. Opłata egzekucyjna jest bowiem co do zasady ściśle związana z efektami działań komornika.

Powtórzył, że komornik jest z jednej strony organem państwowym, a z drugiej ponosi ryzyko finansowe swej działalności. Opłata egzekucyjna jest daniną publiczno-prawną i nie musi mieć w związku z tym charakteru ekwiwalentnego. Powinna zaś być powiązana z efektami działań komornika i nakładem jego pracy jako wynagrodzenie za prowadzenie egzekucji. W związku z tym unormowanie, w którym ustawodawca w sprawach o egzekucję świadczeń pieniężnych wyznaczył ryczałtową stawkę w wysokości 5% wartości świadczenia pozostałego do wyegzekwowania w przypadku umorzenia postępowania egzekucyjnego na wniosek wierzyciela, uznano za niezgodne z art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji. W określonych sytuacjach opłata taka może pozostawać w rażącej dysproporcji do nakładu pracy komornika. Ponadto zakwestionowany przepis relatywizował wysokość opłaty stosunkowej do wysokości świadczenia, które nie zostało przez komornika wyegzekwowane, abstrahując od nakładu pracy związanego z podjętymi przez komornika czynnościami zmierzającymi do wyegzekwowania roszczenia. Jest to, zdaniem Trybunału, kryterium nieracjonalne.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że ustawodawca może określać ryczałtowo zasady ponoszenia kosztów postępowania egzekucyjnego, lecz winien uwzględniać racjonalne kryteria, takie jak efektywność i nakład pracy komornika. Adekwatnym instrumentem służącym eliminowaniu przypadków rażącej niewspółmierności wysokości opłaty egzekucyjnej do nakładu pracy komornika i efektów jego działań, w przypadku umorzenia postępowania egzekucyjnego na wniosek wierzyciela, jest mechanizm „miarkowania” tej opłaty.

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA
– PRZEGLĄD ORZECZNICTWA
(styczeń – marzec 2013 r.)

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

W wykonaniu obowiązku ochrony życia państwo musi przede wszystkim stworzyć ramy prawne i administracyjne pozwalające zapewnić skuteczną prewencję. Muszą one obejmować regulacje odpowiednie do konkretnych cech danej działalności, w szczególności potencjalnego ryzyka dla życia ludzkiego.

Wyrok Mosendz v. Ukraina, 17.1.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 52013/08, § 90.

Jeśli nie można dokładnie ustalić okoliczności danej sprawy z powodów, za które obiektywnie odpowiedzialne są władze państwowe, do rządu należy zadowalające i przekonujące wyjaśnienie przebiegu wydarzeń i przedstawienie solidnych dowodów mogących obalić zarzuty stawiane przez skarżącego.

Wyrok Mosendz v. Ukraina, 17.1.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 52013/08, § 93.

Dopuszczenie do przedawnienia tak ciężkiego zarzutu, jak nadużycie władzy, w którego wyniku doszło do samobójstwa żołnierza, stanowi zaniechanie na tyle poważne, że rodzi problem na tle art. 2 Konwencji. Bierna i spóźniona reakcja władz negatywnie wpływa nie tylko na wynik konkretnego śledztwa, ale również – w kategoriach bardziej ogólnych – na publiczne zaufanie do ich przywiązania do rządów prawa i możliwość zapobiegania wszelkim oznakom zmywu lub tolerowania działań bezprawnych.

Wyrok Mosendz v. Ukraina, 17.1.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 52013/08, § 107.

PRAWO DO WOLNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA OSOBISTEGO (ART. 5)

Pozbawienie wolności na podstawie ust. 1 lit. b w celu „zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku” dotyczy przypadków, w których prawo zezwala na nie,

aby zmusić w ten sposób daną osobę do spełnienia określonego i konkretnego ciężącego na niej obowiązku, czego dotychczas nie uczyniła.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 69.

Szeroka interpretacja ust. 1 lit. b prowadziłaby do skutków niezgodnych z pojęciem rządów prawa, będącym inspiracją całej Konwencji. Przepis ten nie usprawiedliwia więc np. internowania administracyjnego w celu zmuszenia obywatela do spełnienia generalnego obowiązku przestrzegania prawa. Podobnie nie można uważać za wystarczająco konkretny i określony obowiązek powstrzymania się przed popełnieniem przestępstwa w bliskiej przyszłości.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 70.

Zatrzymanie i aresztowanie – aby mogło być objęte art. 5 ust. 1 lit. b – musi mieć na celu zabezpieczenie spełnienia obowiązku albo bezpośrednio wpływać na to zabezpieczenie i nie może być karą. Gdyby ust. 1 lit. b można było interpretować tak szeroko, że obejmowałby również kary, osoby w ten sposób pozbawione wolności byłyby pozbawione fundamentalnych gwarancji ust. 1 lit. a.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 71.

Natura obowiązku w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. b musi być zgodna z Konwencją. Podstawa pozbawienia wolności z art. 5 ust. 1 lit. b przestaje istnieć zaraz po jego spełnieniu.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 72.

Musi być zachowana równowaga między znaczeniem w demokratycznym społeczeństwie zapewnienia natychmiastowego spełnienia danego obowiązku i znaczeniem prawa do wolności osobistej. Przy jej poszukiwaniu istotna jest natura prawnego obowiązku, w tym jego przedmiotu i celu, osoba pozbawiona wolności, szczególnie okoliczności prowadzące do jej pozbawienia wolności, a także jego okres.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 73.

Państwo nie może chronić jednostek przed aktami kryminalnymi za pomocą środków stanowiących naruszenie Konwencji, w szczególności prawa do wolności osobistej zagwarantowanego w art. 5 ust. 1. Przepis ten nie może więc być podstawą każdego pozbawienia wolności w interesie publicznym, w tym w interesie ochrony przed przestępstwami. Obowiązki pozytywne państwa na podstawie rozmaitych artykułów Konwencji nie oznaczają zgody na odmienną lub rozszerzoną interpretację dozwolonych podstaw pozbawienia wolności, wyczerpująco wymienionych w art. 5 ust. 1.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 87.

W przypadku zobowiązania do niepopelnienia określonego przestępstwa w konkretnym czasie i miejscu – w przeciwieństwie do obowiązku określonego działania – skarżącemu trudno jest udowodnić zawczasu, że je spełnił. Obowiązek wchodzący w grę należy uważać za spełniony dla celów art. 5 ust. 1 lit. b najpóźniej, gdy przestał on istnieć wraz z upływem okresu, w którym miałyby dojść do popełnienia przestępstwa.

W pewnych okolicznościach osoba wchodząca w grę może już wcześniej wykazać rezygnację z tego zamiaru. Pozbawienie wolności musi wtedy przestać być stosowane.

Wyrok Ostendorf v. Niemcy, 7.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 15598/08, § 100.

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Reguły proceduralne mają zapewnić właściwy wymiar sprawiedliwości i zgodność z zasadą pewności prawnej, a strony mogą oczekiwać, że będą one przestrzegane. Zasada pewności prawnej odnosi się nie tylko do stron, ale również do sądów krajowych.

Wyrok Oleksandr Volkov v. Ukraina, 9.1.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 21722/11, § 143.

W krajach, w których prawo jest skodyfikowane, organizacja systemu sądownictwa nie może być pozostawiona swobodzie władz sądownictwa, chociaż nie oznacza to, że sądy nie mają pewnej możliwości interpretacji wchodzącego w grę ustawodawstwa krajowego.

Wyrok Oleksandr Volkov v. Ukraina, 9.1.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 21722/11, § 151.

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

W kontekście prawa dyscyplinarnego musi istnieć rozsądne podejście do oceny precyzji ustawowej, bo obiektywna konieczność wymaga, aby znamiona takich czynów karalnych były określone w kategoriach języka ogólnego. W innym wypadku ustawa może nie objąć tej dziedziny w sposób pełny i będzie wymagać ciągłej kontroli i uaktualniania w związku z wieloma nowymi okolicznościami pojawiającymi się w praktyce. Z tego wynika, że oparty na liście konkretnych zachowań przepis stosowany ogólnie do nieokreślonej liczby osób nie gwarantuje właściwej przewidywalności prawa. Wymagane jest wskazanie i zbadanie innych elementów wpływających na jakość regulacji prawnej i odpowiedni charakter ochrony przed arbitralnością.

Wyrok Oleksandr Volkov v. Ukraina, 9.1.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 21722/11, § 178.

Władze mają obowiązek szczególnej troski i zapewnienia wzmocnionej ochrony osobom słabszym, do których należą niepełnosprawni, bo często mają one osłabioną zdolność i wolę zwrócenia uwagi na swoją sytuację i problemy.

Wyrok B. v. Rumunia (nr 2), 19.2.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 1285/03, § 86.

Władze krajowe, zwłaszcza sądy, powinny interpretować przepisy dotyczące przymusowego pobytu w zakładach psychiatrycznych oraz – bardziej ogólnie – integralności osoby, w duchu prawa do poszanowania życia prywatnego zagwarantowanego w art. 8.

Wyrok B. v. Rumunia (nr 2), 19.2.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 1285/03, § 87.

Artykuł 8 nakłada na władze obowiązek zachowania właściwej równowagi między interesami osoby dotkniętej zaburzeniami psychicznymi i innymi uprawnionymi interesami wchodzącymi w grę. Generalnie muszą one mieć szeroką swobodę w kwestii tak skomplikowanej, jak ustalenia dotyczące stanu psychicznego jednostki. Mogą one bezpośrednio kontaktować się z zainteresowanymi i są w związku z tym szczególnie dobrze do tego zadania przygotowane. Swoboda władz różni się zależnie od charakteru spornych kwestii i znaczenia wchodzących w grę interesów. W przypadku szczególnie daleko idących ograniczeń w sferze życia prywatnego wymagana kontrola przez Trybunał musi być bardziej rygorystyczna.

Wyrok B. v. Rumunia (nr 2), 19.2.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 1285/03, § 88.

Nawet jeśli art. 8 nie zawiera żadnego wyraźnego warunku proceduralnego, proces prowadzący do podjęcia decyzji oznaczającej ingerencję musi być rzetelny i właściwy ze względu na wymaganie poszanowania chronionych w nim interesów. Zakres swobody państwa zależy więc od jakości procesu decyzyjnego: jeśli procedura ma z jakichś względów poważne wady, należy bardziej ostrożnie podchodzić do podjętych w jej rezultacie decyzji.

Wyrok B. v. Rumunia (nr 2), 19.2.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 1285/03, § 89.

Koniecznym elementem, wymagającym uwzględnienia przy wydawaniu decyzji w sprawie dziecka wymagającego pomocy, są poglądy i interesy rodziców. Proces decyzyjny musi więc to zagwarantować.

Wyrok B. v. Rumunia (nr 2), 19.2.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 1285/03, § 112.

Głównym przedmiotem art. 8 jest ochrona jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych. Mogą jednak pojawić się dodatkowe obowiązki wynikające z tego przepisu, obejmujące m.in. skuteczność wszelkich procedur dochodzeniowych związanych z życiem rodzinnym.

Wyrok Zorica Jovanović v. Serbia, 26.3.2013 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 21794/08, § 69.

Utrzymująca się odmowa przedstawienia matce noworodka wiarygodnych informacji o losie jej dziecka stanowi ciągłe naruszenie jej prawa do poszanowania do życia rodzinnego.

Wyrok Zorica Jovanović v. Serbia, 26.3.2013 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 21794/08, § 74.

WOLNOŚĆ MYŚLI, SUMIENIA I WYZNANIA (ART. 9)

Jeśli jednostka zarzuca, że w miejscu pracy doszło do ograniczenia wolności religii, ze względu na jej znaczenie w demokratycznym społeczeństwie, lepszym podejściem niż uznanie, że ingerencji w to prawo pozwoliłaby uniknąć zmiana pracy, jest rozważenie takiej opcji przy ocenie, czy ingerencja była proporcjonalna.

Wyrok Eweida i inni v. Wielka Brytania, 15.1.2013 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, § 83.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

System tajnej kontroli mający chronić bezpieczeństwo państwowe niesie za sobą ryzyko podkopania albo wręcz zniszczenia demokracji, chociaż wskazywanym motywem jest jej obrona.

Wyrok Bucur i Toma v. Rumunia, 8.1.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 40238/02, § 102.

Interes ogólny przemawia za zachowaniem zaufania obywateli do poszanowania zasady legalności przez tajne służby państwa. Obywatel ma również interes w tym, aby naruszenia prawa zarzucone instytucji publicznej były przedmiotem dochodzenia i zostały wyjaśnione.

Wyrok Bucur i Toma v. Rumunia, 8.1.2013 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 40238/02, § 115.

Satyra jest formą wyrazu artystycznego i społecznego komentarza, który przez cechującą ją przesadę i deformację rzeczywistości ma w naturalny sposób na celu prowokację i wywołanie poruszenia. Każda ingerencja w prawo artysty – albo innej osoby – do tego rodzaju wypowiedzi musi więc być szczególnie uważnie badana.

Wyrok Eon v. Francja, 14.3.2013 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 26118/10, § 60.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

W każdej sprawie należy zbadać, czy jej okoliczności oceniane w całości zrodziły u skarżącego interes materialny chroniony w art. 1 Protokołu nr 1.

Wyrok Fabris v. Francja, 7.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 16574/08, § 51.

W sprawach dotyczących zarzutu na podstawie art. 14 w połączeniu z art. 1 Protokołu nr 1, że skarżący został pozbawiony w sposób oznaczający dyskryminację całości lub części konkretnego składnika swego mienia, należy ocenić, czy gdyby nie doszło do dyskryminacji, byłby on zgodnie z prawem nadal do niego uprawniony.

Wyrok Fabris v. Francja, 7.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 16574/08, § 52.

Zadaniem Trybunału nie jest rozwiązywanie sporów o charakterze czysto prywatnym. Przy sprawowaniu wymaganej kontroli europejskiej nie może on jednak pozostać bierny, gdy interpretacja przez sąd krajowy aktu prawnego – dyspozycji testamentowej, prywatnej umowy, dokumentu publicznego, przepisu ustawowego albo praktyki administracyjnej – wydaje się bezzasadna, arbitralna lub rażąco niezgodna z zakazem dyskryminacji wynikającym z art. 14, a szerzej – z zasadami Konwencji.

Wyrok Fabris v. Francja, 7.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 16574/08, § 60.

Jeśli argument skarżącego przed sądami krajowymi odnosi się do praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji, muszą one zbadać go – ze względu na zasadę subsydiarności – szczególnie rygorystycznie i starannie.

Wyrok Fabris v. Francja, 7.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 16574/08, § 72.

Deklaratoryjny w istocie charakter wyroków Trybunału pozostawia państwu wybór środków pozwalających usunąć skutki naruszenia. Równocześnie obowiązek przyjęcia środków ogólnych oznacza wymaganie pilnego zapobieżenia dalszym naruszeniom podobnym do stwierdzonych w wyroku Trybunału. To nakłada na sądy obowiązek zapewnienia – zgodnie z porządkiem konstytucyjnym i z uwzględnieniem zasady pewności prawnej – pełnego efektu standardom Konwencji, tak jak są one interpretowane przez Trybunał.

Wyrok Fabris v. Francja, 7.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 16574/08, § 74.

Nie da się zaakceptować zróżnicowania, którego podstawą jest w istocie sama tylko odmiennosc religii.

Wyrok Vojnity v. Węgry, 12.2.2013 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 9617/07, § 31.

Ze względu na znaczenie praw zagwarantowanych w art. 9 Konwencji dla samorealizacji jednostki zróżnicowane traktowanie w sferze wolności myśli, sumienia i wyznania można uznać za zgodne z Konwencją wyłącznie pod warunkiem istnienia bardzo poważnych powodów.

Wyrok Vojnity v. Węgry, 12.2.2013 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 9617/07, § 36.

Prawo do poszanowania życia rodzinnego oraz wolność religijna zapisane w art. 8 i 9 Konwencji, wraz z prawem do poszanowania przekonań filozoficznych i religijnych w edukacji wynikających z art. 2 Protokołu nr 1, oznaczają, że w procesie wychowania swoich dzieci rodzice są uprawnieni do przekazywania i promowania swoich przekonań religijnych. Nikt nie kwestionuje tego prawa w przypadku połączonych małżeństwem rodziców dzielących te same idee religijne lub pogląd na świat oraz przekazujących je swojemu dziecku, nawet w sposób natarczywy lub apodyktyczny, jeśli nie narażają ich w ten sposób na niebezpieczne praktyki lub krzywdę fizyczną albo moralną. Tak samo należy traktować rodzica żyjącego w separacji lub po rozwodzie, który nie sprawuje opieki na swoim dzieckiem.

Wyrok Vojnity v. Węgry, 12.2.2013 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 9617/07, § 37.

W przypadku ograniczeń nałożonych przez władze na prawo rodzica do kontaktów z dzieckiem wymagana jest ściślejsza kontrola niż w związku z ograniczeniami związanymi z opieką. Utrzymywanie więzi rodzinnych leży w interesie dziecka, bo ich przeważanie oznacza odcięcie dziecka od swoich korzeni.

Wyrok Vojnity v. Węgry, 12.2.2013 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 9617/07, § 40.

Ochrona rodziny w sensie tradycyjnym jest co do zasady ważkim i uprawnionym powodem mogącym usprawiedliwiać różnicę traktowania.

Wyrok X i inni v. Austria, 19.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 19010/07, § 138.

Ochrona rodziny w tradycyjnym sensie stanowi cel raczej abstrakcyjny, z możliwością dużej gamy konkretnych środków jego realizacji. Również dlatego, że Konwencja jako żywy instrument musi być interpretowana w świetle dzisiejszych warunków, państwo – wybierając środki ochrony rodziny oraz zabezpieczając poszanowanie życia rodzin-

nego zgodnie z wymaganiami art. 8 – musi brać pod uwagę zmiany zachodzące w społeczeństwie oraz w postrzeganiu kwestii statusu społecznego, cywilnego i dotyczących relacji międzyludzkich, w tym fakt, że nie istnieje wyłącznie jeden wiodący sposób lub wybór życia rodzinnego lub prywatnego.

Wyrok X i inni v. Austria, 19.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 19010/07, § 139.

Znalezienie równowagi na podstawie Konwencji między ochroną rodziny w jej tradycyjnym sensie i prawami mniejszości seksualnych jest z natury rzeczą zadaniem trudnym i delikatnym, które może wymagać od państwa pogodzenia sprzecznych ze sobą poglądów i interesów postrzeganych przez zainteresowane strony jako pozostające wobec siebie w fundamentalnej opozycji.

Wyrok X i inni v. Austria, 19.2.2013 r., Wielka Izba, skarga nr 19010/07, § 151.

WYKONANIE WYROKÓW (ART. 46)

Deklaratoryjny w istocie charakter wyroków Trybunału pozostawia państwu wybór środków pozwalających usunąć skutki naruszenia. Równocześnie obowiązek przyjęcia środków ogólnych oznacza wymaganie pilnego zapobieżenia dalszym naruszeniom podobnym do stwierdzonych w wyroku Trybunału. To nakłada na sądy obowiązek zapewnienia – zgodnie z porządkiem konstytucyjnym i z uwzględnieniem zasady pewności prawnej – pełnego efektu standardom Konwencji, tak jak są one interpretowane przez Trybunał.

Wyrok Fabris v. Francja, 7.2.2013r., Wielka Izba, skarga nr 16574/08, § 74.

Z wokandy Luksemburga

Tomasz Tadeusz Koncewicz

VAN GEND EN LOOS I 50 LAT INTEGRACJI PRZEZ PRAWO (cz. 1)¹

W 2013 r. obchodzimy 50. rocznicę wydania przez Trybunał Sprawiedliwości (dalej: Trybunał) wyroku w sprawie *Van Gend en Loos*². Wyrok ten powszechnie uważany jest za konstytucyjny i fundamentalny dla prawa europejskiego³. Z perspektywy czasu nie ma żadnej wątpliwości, że tym wyrokiem Trybunał nie tylko rozpoczął proces transformacji prawa europejskiego, ale przede wszystkim zaproponował konstytucyjny język mówienia o tym prawie jako o elemencie „nowego porządku prawnego, którego podmiotami są nie tylko państwa, ale także ich obywatele”. Po 50 latach od wydania wyrok nadal zachowuje swoją żywotność i aktualność, stanowiąc nieocenione źródło inspiracji dla kolejnych generacji sędziów. Dowodzi to, że sędziowie, którzy wydawali wyrok *Van Gend*, byli wizjonerami i świetnie rozumieli etos sędziego ponadnarodowego.

Wiele analiz poświęconych temu rozstrzygnięciu jest niestety dotknięte błędem uproszczenia. Poprzestaje na jego odczytywaniu wyłącznie z perspektywy systemu prawa europejskiego (argument z „nowego porządku prawnego”). Takie ujęcie, choć istotne, należy wyłącznie do pierwszego, zewnętrznego poziomu. Ten pierwszy poziom powinien stanowić dopiero wstęp do rekonstrukcji dalszych poziomów. Tylko analiza wertykalna („w głąb”) i konstytucyjna pozwala wykazać fundamentalną transformację i konstytucjonalizację systemu prawa europejskiego, którą można nazwać „filozofią *Van Gend en Loos*”.

¹ Część 2 ukaże się w „Palestrze” 2013, nr 7–8, a część 3 – w „Palestrze” 2013, nr 9–10.

² Sprawa 26/62, [1963] ECR I. Wyrok został wydany 5 lutego 1963 r.

³ Literatura poświęcona tej sprawie jest nie do ogarnięcia. Z ostatnich interesujących opracowań analizujących „konstytucyjny przewrót” zainicjowany przez *Van Gend en Loos* zob. M. Everson, J. Eisner, *The Making of a European Constitution. Judges and Law Beyond Constitutive Power*, Routledge – Cavendish 2007, s. 51 i n.

1. WYROK VAN GEND EN LOOS I WIELOPOZIOMOWA REKONSTRUKCJA

1.1. POZIOM KONSTYTUCYJNEGO ODCZYTANIA WYROKU

Czytając uzasadnienie wyroku, można zidentyfikować kilka kluczowych ustępów, z których każdy stanowi inspirację dla kolejnego, w ten sposób wzmacniając tempo rozumowania i doprowadzając je do konkluzji⁴. Na samym początku Trybunał identyfikuje problem: „czy art. 12 Traktatu⁵ może być bezpośrednio stosowany w prawie krajowym *w tym sensie*, że obywatele państw członkowskich mogą na jego podstawie dochodzić praw, których ochrona jest obowiązkiem sądów krajowych” (podkr. – T. T. K.)⁶. Prawdziwe znaczenie cytowanego ustępu polega na podaniu klasycznej definicji bezpośredniego skutku, która stała się podstawą odniesienia dla kolejnego orzecznictwa: „obywatele państw członkowskich mogą na jego podstawie (art. 12 Traktatu – dopisek T. T. K.) dochodzić praw, których ochrona jest obowiązkiem sądów krajowych”. Dla dokonania oceny, czy przepisy Traktatu wywołują taki skutek, należy rozważyć ducha (ang. *spirit*, fr. *l'esprit*), ogólny system (ang. *general scheme*, fr. *l'economie*) i brzmienie tych przepisów. Godna podkreślenia jest kolejność, w jakiej Trybunał wymienia kryteria, którymi się kieruje, udzielając odpowiedzi na pytanie o istnienie bezpośredniego skutku. Jest ona nieprzypadkowa i jasno wskazuje preferencje Trybunału w procesie interpretacji, skoro brzmienie (ang. *wording*, fr. *les termes*) znajduje się na końcu listy. Fakt ten nie powinien dziwić, skoro przepisy Traktatu nie wspominały słowem o bezpośrednim skutku prawa unijnego. W ten sposób mieliśmy do czynienia z sytuacją, o której kiedyś pisał T. Koopmans, były sędzia Trybunału, że „w ostateczności to sędziowie muszą zdecydować i udzielić odpowiedzi na zadane pytania”⁷. Ten akapit może być w rzeczywistości potraktowany jako sztandarowe ujęcie dominującej metody interpretacji prawa europejskiego przez Trybunał – teleologicznej⁸. Trybunał wskazuje cel (utworzenie wspólnego rynku, którego funkcjonowanie dotyczy bezpośrednio zainteresowanych stron), który następnie prowadzi do interpretacji szczegółowego przepisu i determinuje kierunek tej interpretacji. Trybunał przygotowuje podstawy dla ogłoszenia nowej doktryny, gdy stwierdza, że Traktat to coś więcej niż tylko umowa międzynarodowa. Opiera się w tym zakresie na preambule Traktatu (odnosi się ona nie tylko do rządów, ale również do na-

⁴ Zob. też D. Edward, *Judicial Activism – Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v. Enel and the Van Duyn family revisited*, (w:) A. Campbell, M. Voyatzi (red.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton Publishing 1996, w szczególności s. 43–49.

⁵ Celowo zachowuję oryginalną numerację artykułów Traktatu rzymskiego o (wówczas) Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej. Gdy posługuję się terminem „Traktat” mam na myśli „Traktat o EWG”.

⁶ T. Winter, *Direct Applicability and Direct Effects*, (1972) 9 „Common Market Law Review” 425 i J. A. Usher, *EC institutions and legislation*, Longman 1998. Należy jednak w tym miejscu zauważyć, że Trybunał zdaje się nie rozróżniać konsekwentnie „bezpośredniego stosowania” od „bezpośredniego skutku”. W cytowanym ustępie fragment następujący po słowach „w tym sensie, że (...)” stanowi w rzeczywistości klasyczną definicję bezpośredniego skutku, a nie bezpośredniej stosowalności art. 12 Traktatu, co mogłoby sugerować początkowe brzmienie tego akapitu wyroku.

⁷ *Judicial Decision-making*, (w:) A. Campbell, M. Voyatzi (red.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton Publishing 1996.

⁸ O tym A. Kalisz-Prakopik, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008 i mój tekst *Kilka uwag o interpretacji prawa wspólnotowego*, „Palestra” 2004, nr 3–4.

rodów), fakcie powołania do życia instytucji wyposażonych w suwerenne kompetencje, których wykonywanie dotyczy zarówno państw członkowskich, jak i ich obywateli, oraz na okoliczności, że od obywateli państw tworzących Wspólnoty wymagana jest współpraca za pośrednictwem Parlamentu Europejskiego. Istnienie Parlamentu Europejskiego stanowi dla Trybunału kolejny argument potwierdzający wyjątkowość prawa unijnego oraz dowodzi, że także podmioty prywatne mają w nim do odegrania określoną rolę. W końcu Trybunał przechodzi do argumentu *stricte* jurysdykcyjnego, skoro powierzenie na podstawie art. 234 Traktatu zadania zapewnienia jednolitej interpretacji Traktatu przez sądy i trybunały krajowe stanowi potwierdzenie, że państwa członkowskie uznały, iż podmioty prywatne mogą powoływać się na prawo wspólnotowe w swoich sądach krajowych. Przedstawione racje i argumenty uzasadniają zdaniem Trybunału następujący wniosek: „Wspólnota stanowi nowy porządek prawny prawa międzynarodowego (ang. *new legal order*, fr. *un nouvel ordre juridique*), na rzecz którego państwa ograniczyły, aczkolwiek w niektórych tylko materiałach, swoją suwerenność, i którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, ale również ich obywatele. W związku z tym prawo wspólnotowe, w sposób niezależny od prawa krajowego, nie tylko nakłada na jednostki obowiązki, ale również dąży do przydania jednostkom praw podmiotowych będących częścią ich [jednostek – dopisek T. T. K.] statusu (dziedzictwa) prawnego (ang. *part of their legal heritage*, fr. *leur patrimoine juridique*). Prawa te powstają nie tylko wówczas, gdy wynika to w sposób wyraźny z Traktatu, ale również z racji zobowiązań nałożonych w sposób jednoznaczny na podmioty prywatne, na państwa członkowskie, jak również na instytucje Wspólnot”⁹.

1.2. POZIOM APLIKACJI WYROKU

Ograniczenie suwerennych praw zostało w sprawie *Van Gend* opisane jako mające miejsce w oznaczonych sferach (ang. *within limited fields*, fr. *dans des domaines restreints*). Waga przytoczonego akapitu polega na tym, że Trybunał uznaje, co do zasady, istnienie bezpośredniego skutku prawa unijnego. Rozstrzygnąwszy kwestię zasadniczą (czy bezpośredni skutek w ogóle istnieje?), Trybunał przechodzi następnie do zbadania, czy jeden z artykułów Traktatu (art. 12) może być uznany za bezpośrednio skuteczny w świetle wskazanych wcześniej kryteriów. Jeżeli chodzi o system Traktatu, argumentacja przebiega następująco. Trybunał podkreśla, że zgodnie z art. 23 Traktatu (ten artykuł znajduje się w części Traktatu określającej „Podstawy Wspólnot”) Wspólnoty oparte są na unii celnej. Artykuł ten zawiera „podstawowy zakaz wprowadzania opłat celnych lub opłat mających równoważny skutek”. Jest on rozwinięty w art. 25, który zawiera jasny i bezwarunkowy zakaz, mający charakter zobowiązania negatywnego. Zobowiązanie to nie jest ograniczone żadnym zastrzeżeniem, które uzależniałoby jego implementację przez państwa członkowskie od wydania pozytywnego aktu prawa krajowego. Charakter tego przepisu powoduje, że idealnie nadaje się on do wywoływania bezpośredniego skutku w stosunkach prawnych nawiązywanych między państwami członkowskimi a ich obywatelami [...] sam fakt, że podmiotem negatywnego zobowiązania z art. 12 są państwa członkowskie, nie może oznaczać, że obywatele tych państw nie mogą korzystać z tego zobowiązania. W ten sposób na podstawie połączenia celu oraz ogólne-

⁹ Tłumaczenie ustępów wyroku pochodzi od Autora, chyba że inaczej zastrzeżono.

go systemu Trybunał konstatuje, że art. 25 musi być interpretowany jako wywołujący bezpośredni skutek i tworzący indywidualne prawa, które muszą być chronione przez sądy krajowe. W ten sposób „aplikacja” wynika z dokonanej uprzednio „konstytucyjnej rekonstrukcji” i następuje na jej podstawie.

1.3. POZIOM IMPLIKACJI WYROKU

Aby w pełni docenić przesłanie *Van Gend en Loos*, musimy dokonać połączenia trzech poziomów analizy „rekonstrukcji konstytucyjnej – aplikacji – implikacji”. W centrum analizy Trybunału znajdują się podmioty prywatne, które stają się głównymi strażnikami przestrzegania prawa europejskiego. Jednostka musi zachowywać szczególną perspektywę patrzenia na to prawo i swoją w nim rolę. Dynamika elementów składowych procesu konstytucjonalizacji decyduje o ewolucji samego procesu. Poszukując podstaw bezpośredniego skutku, przypomnieć trzeba, że państwa członkowskie i rzecznik generalny podkreślali, poprzez odwołanie się do intencji stron, iż brzmienie art. 25 Traktatu jasno wskazuje, że artykuł ten dotyczy obowiązku wiążącego tylko państwa członkowskie. Argumenty tekstualne były także obecne w samym wyroku, jednak nie przyznano im znaczenia decydującego¹⁰. Trybunał był świadom konieczności poszerzenia kontekstu, w którym dokonuje interpretacji art. 25 Traktatu, o „cel, system oraz brzmienie przepisu”. Kolejność nie jest przypadkowa, skoro Trybunał koncentruje się na celach Traktatu zawartych w preambule oraz jego systemie instytucjonalnym. Wyroku nie można więc rozumieć wyłącznie przez pryzmat analizy językowej. Pozytywne rozstrzygnięcie Trybunału na korzyść bezpośredniego skutku jest bezwarunkowym zwycięstwem interpretacji teleologicznej nad tekstualną i manifestem sędziowskiej „idei Europy”.

Specyfika prawa europejskiego nie polega jedynie na istnieniu bezpośredniego skutku, ale na uznaniu, że stanowi on podstawową charakterystykę tego prawa, jest regułą, a nie wyjątkiem. Trybunał w rzeczywistości dokonuje odwrócenia domniemania powszechnie obowiązującego w prawie międzynarodowym, zgodnie z którym obowiązki w tym prawie mogą obciążać tylko państwa, a ewentualne zmiany w sferze prawnej podmiotów prywatnych (w postaci powstania uprawnień/przydania obowiązków) są uzależnione od krajowej regulacji prawnej. Tym samym w sposób diametralny rozszerzeniu ulega, w porównaniu z klasycznym prawem międzynarodowym, zasięg podmiotowy Traktatu, skoro sięga on, co do zasady, także do podmiotów prywatnych.

W tym sensie uznanie bezpośredniego skutku jest pierwszym krokiem na drodze konstytucjonalizacji Traktatu i uczynienia go dostępnym, na wzór krajowych konstytucji, a nie klasycznych umów międzynarodowych, także dla podmiotów prywatnych w postępowaniu przed sądami krajowymi. Obok „ducha” i „systemu” Traktatu Trybunał rekonstruuje bezpośredni skutek jako konieczny instrument dla zapewnienia efektywności prawa europejskiego. *Van Gend* stanowi element procesu, który można nazwać „wzmacnianiem jurysdykcji Trybunału poprzez konstytucjonalizację”. Znamienne jest, że Trybunał oparł swój wniosek o bezpośrednim skutku prawa europejskiego m.in. na art. 234 (dzisiaj art. 267) Traktatu, który przewiduje zwracanie się przez sądy krajowe do Trybunału z pytaniami o interpretację i/lub ważność prawa europejskiego. W opinii Trybunału znaczenie praktyczne tego artykułu byłoby minimalne, gdyby przyjąć, że

¹⁰ P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press 1998, s. 165.

przepisy prawa europejskiego nie znajdowałyby zastosowania w postępowaniu przed sądami krajowymi. Uznając bezpośrednią skuteczność prawa europejskiego, Trybunał wzmacnia tym samym (aczkolwiek zasięg tego procesu był w chwili wydawania wyroku trudny do oszacowania także dla samych sędziów) swoją jurysdykcję, skoro w proces stosowania prawa europejskiego włącza sądy krajowe i przewiduje dla nich kluczową rolę „sądów pierwszego kontaktu”. W ten sposób Trybunał zmierza w kierunku emancypacji od Komisji Europejskiej i jej aktywności w zakresie składania skarg przeciwko państwom¹¹.

Dzięki bezpośredniemu skutkowi prawa unijnego, a w konsekwencji jego internalizacji w krajowych porządkach prawnych, następuje nowe rozłożenie akcentów. Prawo europejskie penetruje w sposób bezpośredni i natychmiastowy prawo krajowe, a Trybunał mówi wprost do sądów krajowych i podkreśla, że jakiegokolwiek pośrednictwo prawa krajowego jest niekonieczne¹². Obowiązki państw przestają mieć jedynie wymiar publicznoprawny, ale nabierają charakteru prywatnoprawnego, prowadząc do powstania indywidualnych praw po stronie jednostek, dzięki którym jednostka egzekwuje swój status, a pośrednio przyczynia się do postępującej integracji, skoro sama jest żywotnie zainteresowana niestosowaniem prawa krajowego ingerującego w jej status godnościowy na poziomie unijnym. Pomiędzy jednostką a siłami prointegracyjnymi doszło do zawarcia szczególnego sojuszu¹³. Jednostka brała udział w procesie negatywnej integracji i występowała jako katalizator wobec pozytywnej integracji, ponieważ jej działania wymuszały na państwach zmianę w prawie i sposobie myślenia. Bezpośredni skutek, jako instrument niezależny od państw, podkreślał, że jednostka jest w stanie egzekwować swoje prawa wbrew państwom. Na dłuższą metę w interesie państw było raczej działanie dostosowujące się, a nie obstrukcyjne. Wobec uprawnionej jednostki obstrukcja nie mogła osiągać swoich celów, ponieważ sfera prawa została wyjęta z „rąk państw”.

2. „FILOZOFIA VAN GEND EN LOOS”. WIĘCEJ NIŻ METAFORA?

Jest oczywiste, że wraz z upływem czasu i wymianą pokoleniową w Trybunale rozkład akcentów ulega stałej zmianie i dynamice wewnętrznej. Zawsze jednak przywiązanie do „filozofii *Van Gend*”, eksponującej jednostkę, jej prawa podmiotowe, rolę sądów i specyfikę argumentacji w obrębie nowego porządku prawnego, jest obecne z większym lub mniejszym natężeniem. Dla sędziów „idea Europy” jest powiązana z koncepcją systemu prawnego obowiązującego w Unii. Jest ona oparta na rządach prawa i spajana powagą prawa, którego przestrzeganie zapewnia Trybunał¹⁴. Prawo w rozumieniu art. 220 TWE¹⁵ to coś więcej niż tylko prawo pisane, ale „ponad nim jest

¹¹ Na tym etapie analizy ten aspekt wyroku jest jedynie sygnalizowany. Wracam do tej kwestii w części II tekstu w: „Palestra” 2013, nr 7–8.

¹² D. Halberstam, *Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend en Loos*, Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series nr 104/2008, s. 5.

¹³ R. Dehousse, *The European Court of Justice*, MacMillan Press 1998, s. 41, 47.

¹⁴ H. Schepel, E. Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice*, (w:) G. de Burca, J. H. H. Weiler, *The European Court of Justice, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press 2001, s. 10.

¹⁵ Dzisiaj to art. 19 nowego Traktatu o Unii Europejskiej.

także Prawo przez duże P, prawo niepisane, idea prawa i zapewnienie przestrzegania tego prawa jest obowiązkiem Trybunału, jego ultymatywnym *telos*, który winien wskazywać drogę Trybunałowi¹⁶. Keeling¹⁷, komentując orzecznictwo Trybunału w sprawie *locus standi* Parlamentu, słusznie zauważa: „(...) umieszczenie art. 220 przypuszczalnie nastąpiło w jakimś celu (...) zamiarem [twórców Traktatu – dopisek T. T. K.] mogło być nadanie pewnego znaczenia przepisom tej części Traktatu, w której znajduje się artykuł 220”. W tym sensie „filozofia *Van Gend en Loos*” i jej wizja Europy oraz systemu prawnego Wspólnot ważyła na wyborach dokonywanych przez sędziów, ilekroć w grę wchodziła konieczność wydania rozstrzygnięcia pryncypialnego. Artykuł 220 Traktatu (dzisiaj art. 19 TUE) dostarczał racjonalizacji aksjologicznej i systemowej dla wyborów argumentacyjnych. Tak było na samym początku w *Van Gend en Loos* (argumentacja podkreślająca rzeczywisty i autonomiczny charakter prawa europejskiego, zmieniającego na korzyść sytuację prawną jednostek „tu i teraz”), następnie w *Les Verts* (efektywna kontrola sądowa w ramach „karty konstytucyjnej”), w sprawie *Chernobyl* (przestrzeganie zasady równowagi instytucjonalnej)¹⁸, *Zwartveld* (efektywność dostępu sądów krajowych do Trybunału)¹⁹, „orzecznictwie *Francovich-Brasserie*” (odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie prawa unijnego), a ostatnio w sprawach dotyczących zagrożeń terroryzmem. Te ostatnie najpełniej realizują pierwotną obietnicę i marzenie Trybunału o „autonomicznym porządku prawnym”²⁰. Ten „nowy porządek prawny” to szczególnie alians sądów, prawa i jednostek, a „filozofia *Van Gend*” to potężna racja legitymizująca prawo europejskie, ponieważ tworzy model jednostki walczącej o prawa podmiotowe. Jednostka nie czeka na to, co zrobi władza publiczna, ale walczy o swój status uprawniony, nie tylko biernie akceptuje, ale w sposób aktywny kontestuje rzeczywistość.

Nowy porządek prawny to nie tylko wydumany koncept proeuropejsko nastawionych sędziów sądu opisywanego kiedyś jako „ulokowany w bajkowym księstwie Luksemburg”²¹, ale wartość sama w sobie, która stanowi szansę na lepsze zrozumienie szczegółowych procesów zachodzących w obrębie prawa europejskiego, które zawsze muszą być analizowane jako element większej całości. „Argument z nowego porządku prawnego” to rezerwuar argumentacyjny i interpretacyjny, dzięki któremu jesteśmy

¹⁶ C. N. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois observations*, (w:) O. Due, M. Lutter, J. Schwarze, *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos 1995, s. 629, 634. Zob. też uwagi sędziego C. N. Kakourisa w *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*, (1994) 4, *Revue des affaires Européennes* 35, zwłaszcza s. 36–37.

¹⁷ D. T. Keeling, *In praise of judicial activism. But what does it mean? And has the European Court of Justice ever practised it?*, (w:) C. Gialdino, *Scritti in Onore di G. Federico Mancini*, Giuffrè 1998, s. 521.

¹⁸ Sprawa C-70/88, *European Parliament v Council*, [1990] ECR 2041. O konstytucyjnym znaczeniu „orzecznictwa *Les Verts/Chernobyl*” pisałem w: *Równowaga instytucjonalna i Parlament Europejski. Wspólnotowy hard case*, „Palestra” 2007, nr 3–4.

¹⁹ Sprawa C-2/88, [1990] ECR I-3365.

²⁰ Zob. D. Halberstam, E. Stein, *The United Nations, The European Union, and The King of Sweden: Economic Sanctions and individual rights in a Plural World Order*, (2009) 46 „Common Market Law Review” 13, s. 47. O znaczeniu orzecznictwa w kontekście zagrożeń terroryzmem dla systemu prawa europejskiego zob. też T. T. Konciewicz, *Sąd wspólnotowy wobec terroryzmu*, „Palestra” 2009, nr 11–12.

²¹ Słynna metafora E. Steina, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, (1981) 75 „American Journal of International Law” 1.

w stanie zebrać, uporządkować, racjonalizować dyrektywy interpretacyjne oraz wybierać argumenty, które będą stanowić oś sporu i przekonywania do swoich racji. Zgłoszone uwagi nabierają szczególnego znaczenia w świetle wypowiedzi samych sędziów Trybunału, z których wyłaniają się ich preferencje argumentacyjne. W wypowiedziach sędziów przewija się jeden wspólny wątek: podkreślają swój obowiązek wobec integrującej się Europy, a swoją funkcję widzą jako efektywne przyczynianie się do realizacji idei Europy pokojowej, w której to prawo korzysta z własnej dynamiki i autonomii wobec dominującego (z katastrofalnymi czasami skutkami) świata polityki²². W tym procesie Traktat spełnia dla sędziego rolę kierunkową: każde orzeczenie musi bezpośrednio (co oczywiste) lub pośrednio (bardziej niejednoznaczne i mniej pewne) zostać połączone z Traktatem. W Traktacie sędzia odnajduje wskazówki, które pozwalają mu zachować orientację. „Najważniejszym celem jest jak najściślejsza unia pomiędzy narodami Europy”²³. Wydane orzeczenia nie mogą być jedynie hermetycznym przekazem. Mają mieć charakter funkcjonalny: nadawać się do stosowania i realizować pewne cele²⁴. Dzięki orzecznictwu system ma zachowywać operatywność²⁵, a prawo się rozwijać²⁶.

Wyrok w sprawie *Van Gend en Loos* jest aksjologicznym uzasadnieniem takiego rozłożenia akcentów i argumentów. Analizując prawo europejskie, zawsze (pośrednio lub bezpośrednio, w sposób zamierzony czy intuicyjny) wracamy do wyroku w sprawie *Van Gend en Loos* i krążymy wokół niego. Dzięki temu rozstrzygnięciu prawo europejskie zachowuje relewancję i jest czymś więcej niż tylko kartką papieru²⁷. Aby rozumieć dzisiejsze problemy i chwilowe zwątpienia w sens i kierunek integracji, należy nauczyć się

²² C. N. Kakouris pisał m.in. „Egalement evident est le devoir du juge communautaire, dans l'exercice de sa fonction, envers ses deux patries, son pays et l'Europe” *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*, (1994) 4 „Revue des affaires européennes” 35.

²³ U. Everling, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, (w:) D. O'Keefe, *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International 2000. Jego stanowisko warto zacytować *in extenso*: „The Court must derive its **orientations from the Treaties**. The most important **aim** is that of **an ever closer union** among the peoples of Europe. **General principles of law** must be taken into consideration to ensure that **the law** – and not only the rules of the Treaty – **is observed**. From these elements the Court **gains its telos** if it transgresses the frontiers of interpretation in making law by **jurisprudence not judicial activism**” (wszystkie podkreśl. – T. T. K.).

²⁴ Sędzia K. Lenaerts pisze w kontekście orzeczeń wstępnych: „In answering those requests [o wydanie orzeczeń wstępnych], the Court was **bound to come up with a judicially workable interpretation** of the directly effective Community law provision”; *Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians in the European Community*, (1992) „Yearbook of European Law” 1, s. 12 (podkr. i dopisek – T. T. K.).

²⁵ Jeden z najbardziej wpływowych sędziów Trybunału – P. Pescatore – szczególną wagę przywiązywał do tego, że sędziowie mają utrzymywać funkcjonalność systemu: „La grande inspiration de la Cour a été de **maintenir le système communautaire en état de fonctionnement et de suppléer dans cet esprit à la carence du législateur en y ajoutant le peu de règles qu'il fallait pour faire fonctionner**” (wszystkie podkr. – T. T. K.). Tak w: *Une révolution juridique, Le rôle de la Cour de justice européenne*, „Commentaire” 1992, nr 59, s. 572.

²⁶ Były Prezes Trybunału Gil Carlos Rodriguez Iglesias podkreślał, że „Every judge in a supreme or a constitutional court is sometimes **confronted with jurisprudential options** that do not simply offer an opportunity, but **impose an obligation, to choose**. The Choice among such options can contribute to the **development of the law**. And such choices often have important social and, hence, political consequences” (wszystkie podkr. – T. T. K.). Tak w: S. Breyer, R. Badinter (red.), *Judges In Contemporary Democracy*, New York University Press 2004, s. 277.

²⁷ Bez wyroku *Van Gend* inercja państw członkowskich skazałaby integrację europejską na paraliż i „wzmiankę co najwyżej w przypisie historii”. Tak dosadnie M. Everson, J. Eisner, *The Making*, s. 45.

odkrywać stare precedensy konstytucyjne, rekonstruujące Traktat jako konstytucyjny pakt pomiędzy państwami i narodami Europy²⁸ i do tych precedensów wracać.

To w nich jest ukryta „prawdziwa idea Europy”. *Van Gend en Loos* dowodzi, że w procesie integracyjnym sędziowie idą własną drogą i dokonują własnych wyborów. O ile dla państw podpisanie nowego Traktatu jest końcem ich podróży, o tyle dla sędziów oznacza dopiero jej początek. W swoją podróż sędziowie ruszają bez bliższych wskázówek i drogowskazów. Odkrywają je dopiero w czasie trasy i stają się „strażnikami swoich obietnic”. W tym sensie największą siłą i niezmiennie aktualnym przesłaniem „filozofii *Van Gend*” jest to, że prawo europejskie nie jest tylko rzemiosłem wyznaczonym kazuistyczną znajomością prawa podatkowego, zamówień publicznych *etc.* Dziś to przede wszystkim wyzwanie refleksji nad aksjologicznym wymiarem integracji i, ciągle niedocenianym w Polsce, myśleniem w kategoriach prawa rozwijanego przez orzecznictwo; myśleniem, w którym sąd i rozumnie interpretowane prawo mogą być alternatywą dla nieracjonalnego i oportunistycznego procesu politycznego.

²⁸ Zob. M. Poiares Maduro, L. Azoulay, *Introduction. The Past and Future of EU Law*, Oxford 2008, s. XVIII oraz J. Baquero Cruz, *The Legacy of the Maastricht – Urteil and the Pluralist Movement*, (2008) 14 „European Law Journal” 389, s. 409.

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY PRZEJAWY SUBIEKTYWNEGO PRZEKONANIA POSIADACZA NIERUCHOMOŚCI, ŻE SŁUŻY MU ZALEDWIE POSIADANIE ZALEŻNE, WYKLUCZAJĄ STWIERDZENIE ZASIEDZENIA NA JEGO RZECZ?

Instytucja zasiedzenia nieruchomości, pomimo że ze wszystkich stron obrosła grubą warstwą orzecznictwa, wciąż rodzi nowe pytania. Jednym z nich jest kwestia mylnego określania przez samego uprawnionego charakteru swojego władania jako zależne – pomimo że obiektywnie spełnione są przesłanki samoistności. Któż spośród pełnomocników nie zaznał niepokoju na widok dokumentu bądź zapisu zeznań, z których wynika, że w trakcie biegu zasiedzenia osoba pozostająca w sytuacji określanej jako *in statu usucapiendi* zwracała się do właściciela z ofertą kupna nieruchomości? Krystalizująca się ostatnio linia orzecznicza pozwala jednak przykładać do takich sytuacji dowodowych nieco mniejszą dozę niepewności.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 11 października 2012 r., sygn. akt III CSK 316/11, zawiera między innymi taką oto tezę: „Samoistny posiadacz, zwracający się do właściciela z ofertą nabycia własności w drodze umowy, nie pozbawia swego posiadania przymiotów samoistności, chyba że z innych okoliczności wynika, iż rezygnuje z samodzielnego i niezależnego od woli innej osoby władania rzeczą”. Stanowisko trzyosobowego składu orzekającego jest identyczne z tezą wyroku SN z 24 października 2002 r., sygn. akt I CKN 1006/00, i z jeszcze wcześniejszym postanowieniem SN z 28 kwietnia 1999 r., sygn. akt I CKN 430/98. Jak słusznie zauważył nadto W. Cajselski w głosie do tego ostatnio przywołanego orzeczenia („Rejent” 2007, nr 7–8, s. 130), ewentualna rezygnacja z przymiotów samoistności posiadania musi być przez władającego wyraźnie ujawniona i tym samym nie może się ona stać przedmiotem jakiegokolwiek domniemania.

Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że przytoczonej wyżej tezy nie sposób generalizować dla wszelkich stanów faktycznych – w każdej konkretnej sprawie podlegają one wszak precyzyjnemu ważeniu. Warto przytoczyć fragment motywów orzeczenia o sygnaturze I CKN 430/98: „Konieczne jest (...) wykonywanie przez posiadacza, który – co jasne – właścicielem nie jest, czynności faktycznych wskazujących na samodzielny, rzeczywisty, niezależny od woli innej osoby stan władztwa. Mówiąc inaczej, wszystkie dyspozycje posiadacza powinny swą treścią odpowiadać dyspozycjom właściciela, co

wcale nie oznacza, że w każdej sytuacji posiadacz musi mieć przekonanie, iż jest właścicielem. Kwestia świadomości, jaką posiadacz odnosi do wykonywanego prawa, a więc przekonanie o tym, czy jest lub nie jest właścicielem posiadanej rzeczy, rzutuje natomiast na dobrą albo złą wiarę posiadania”.

Z opisów spraw zawartych w uzasadnieniach powołanych wyżej orzeczeń, a w szczególności najnowszego z nich (oznaczonego sygnaturą III CSK 316/11), można wnioskować, że oprócz przedkładania dotychczasowemu właścicielowi oferty kupna za czynność „nieszkodzącą” samoistności władania prowadzącego ku zasiedzeniu może być uznane proponowanie przyjęcia umownie pozycji dzierżawcy. W stanie faktycznym ostatnio przywołanej sprawy zasiadająca, pomimo złożenia gminie tego rodzaju propozycji, nieodmiennie utrzymywała stan polegający na: zabudowaniu przedmiotowej działki, istnieniu jej ogrodzenia wspólnego z inną nieruchomością stanowiącą własność wnioskodawczyni z innego tytułu, a także – na wyraźnej odmowie zapłaty kwot żądanych przez gminę z tytułu bezumownego korzystania z rzeczy.

Numer wspomnianego w powyższym akapicie orzeczenia zawiera liczbę 316, co jest przypadkową okolicznością mogącą ułatwić zapamiętanie innego jeszcze stwierdzenia zawartego w tymże postanowieniu. Mianowicie skład orzekający wyraził w nim pogląd, że norma proceduralna zapisana w art. 316 § 1 k.p.c. doznaje w sprawach o stwierdzenie zasiedzenia swego rodzaju wyjątku – a to z mocy przepisów art. 610 w zw. z art. 677 § 1 k.p.c. Sąd jest bowiem obowiązany deklaratoryjnie orzec – w razie ustalenia po temu przesłanek – ziszczenie się zasiedzenia na rzecz innych osób aniżeli wskazane we wniosku; dokonuje też stwierdzenia nabycia własności przez zasiedzenie na datę wcześniejszą aniżeli moment orzekania. Podkreślenie tej specyfiki spraw zasiedzeniowych jest niezbędne, jeżeli zważyć, że w momencie wydawania postanowienia orzekającego zasiedzenie rzeczy może już stanowić własność innej osoby, a to z mocy zdarzeń prawnych, które nastąpiły po nabyciu *ex lege* własności przez zasiadającego.

Dla pogłębienia ostatniej myśli zawartej w poprzednim akapicie niezbędne jest przytoczenie jeszcze jednego orzeczenia Sądu Najwyższego zapadłego w ostatnim dziesięcioleciu, a mianowicie postanowienia z 3 kwietnia 2003 r., sygn. akt V CK 60/03, z tezą następującą: „W postanowieniu stwierdzającym nabycie własności nieruchomości przez zasiedzenie sąd orzeka, kto w określonej chwili nabył jej własność, bez względu na to, czy nabywca jest właścicielem w chwili orzekania”. Do tej proceduralnej możliwości należałoby przykładać szczególną wagę w niektórych procesach o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, wytaczanych na podstawie art. 10 u.k.w.h.

Na zakończenie warto przytoczyć jeszcze jedną spośród tych kilkakrotnie już tutaj cytowanego postanowienia Sądu Najwyższego o sygnaturze III CSK 316/11: „Orzeczenie o zasiedzeniu ma charakter deklaratoryjny, a nabycie ma charakter pierwotny. Posiadanie samoistne jako jego przesłanka ma znaczenie do chwili zasiedzenia; kto nawet utracił posiadanie nieruchomości, czy też stał się posiadaczem zależnym po upływie terminu zasiedzenia, nie przestaje być właścicielem i po potwierdzeniu tego nabycia może przenieść własność na osobę trzecią. Każdy też następca prawny właściciela «z tytułu zasiedzenia» może powołać się na tego rodzaju nabycie, gdyż w innym wypadku nie mógłby wykazać swego pochodnego nabycia prawa własności, przy czym obojętne jest, czy ten następca ma nieruchomość w posiadaniu”. Wszystkie myśli owej tezy mają w gruncie

rzeczy oczywisty charakter, a mimo to sformułowanie ich jest dla codziennej praktyki niewątpliwie przydatne – zwłaszcza wtedy, kiedy (tak jak to miało miejsce w kazusie, który stał się kanwą orzeczenia) początek sekwencji zdarzeń prawnych datuje się na lata bardzo odległe i współcześnie działający wnioskodawca niebędący posiadaczem doznaje przeszkód w uznaniu przez sąd istnienia jego interesu prawnego do tego, by domagać się zasiedzenia na rzecz dawno zmarłego poprzednika.

Pytanie o obronę (13)

Antoni Bojańczyk

CZY ZAKAZ PRZESŁUCHANIA W CHARAKTERZE ŚWIADKA OBROŃCY CO DO FAKTÓW, O KTÓRYCH SIĘ DOWIEDZIAŁ, UDZIELAJĄC PORADY PRAWNEJ LUB PROWADZĄC SPRAWĘ, OBEJMUJE TAKŻE OBROŃCĘ ZAGRANICZNEGO?

1. Od 1989 roku obecność pierwiastków międzynarodowych w krajowym pejzażu prawnym jest z roku na rok coraz bardziej wyraźna. Proces ten dotyczy także sfery prawa i procesu karnego. Nie chodzi tu przy tym tylko o te instrumenty prawne, które umożliwiają ściślejszą współpracę międzynarodową w sprawach z zakresu prawa karnego (np. międzynarodową pomoc prawną w sprawach karnych, wykonywanie europejskiego nakazu aresztowania), o włączenie Polski do międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka (Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu) czy konieczność implementacji prawa Unii Europejskiej do polskiego systemu prawnego, co siłą rzeczy wymusza intensywniejsze „umiędzynarodowienie” prawa i praktyki krajowej. Coraz częściej polskie sądownictwo (w tym także na płaszczyźnie prawa karnego) musi się mierzyć ze sprawami z udziałem tzw. czynnika zagranicznego. Tego typu interakcje prawne, gdy dochodzi do zderzenia prawa krajowego z prawem obcym, w sposób zupełnie naturalny wiążą się z licznymi komplikacjami praktycznymi i niełatwymi często problemami interpretacyjnymi, gdy konieczna staje się także wykładnia przepisów zagranicznych.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się здаwać, że instytucja obrońcy (spośród wszystkich instytucji procesowych) jest wolna od tego typu – nierzadko zdradliwych – interakcji. Wszak status prawny obrońcy na gruncie polskiego procesu karnego bez reszty wyznaczają przepisy prawa krajowego (ustawa postępowania karnego, Prawo o adwokaturze), trudno zatem zakładać, że może tutaj dojść do jakichkolwiek sytuacji, w których konieczne byłoby odwoływanie się do przepisów obcych, regulujących status prawny obrońców w innych (obcych) systemach prawa karnego. Pogląd taki jest jednak nietrafny. Mogą się bowiem zdarzyć też takie układy procesowe, w których wydanie trafnego

rozstrzygnięcia nie tylko będzie wymagało odniesienia się przez sąd do obcych regulacji kształtujących status procesowy obrońcy (jego praw i obowiązków procesowych), ale będzie wręcz z samej swej istoty uwarunkowane dokonaniem wnikliwej analizy prawnoporównawczej i uwzględnieniem obcego prawa (a, być może, także obcej praktyki). O takiej właśnie konfiguracji traktuje niniejszy odcinek cyklu. Przedmiotem analizy jest układ procesowy, w którym przed sądem w polskim postępowaniu karnym staje jako świadek adwokat (obrońca) zagraniczny, a obowiązkiem zeznawania są objęte depozycje chronione obcą tajemnicą zawodową (obrońcą).

2. Przed przystąpieniem do kwestii o charakterze szczegółowym konieczne jest rozstrzygnięcie zagadnienia natury bardziej ogólnej, które wypada wysunąć niejako przed nawias dalszych rozważań. Otóż jest rzeczą bezsporną, że węzłowe znaczenie z punktu widzenia udzielenia odpowiedzi na tytułowe pytanie ma akceptacja określonego stanowiska co do zagadnienia wzajemnego stosunku pomiędzy krajowym i obcym prawem karnoprosesowym (oraz krajowymi przepisami ustrojowymi adwokatury i obcymi przepisami statuującymi zasady ustrojowe samorządu czy prawniczej grupy zawodowej). Kwestii tej – co oczywiste – prawo procesowe nie reguluje w sposób ogólny. Przypuszczalnie jest tak dlatego, że ustawodawca nie widzi potrzeby normowania tego obszaru, uznając możliwości występowania kolizyjnych układów, w których dochodzi do zderzenia krajowego i obcego prawa procesowego, za rzecz w praktyce odosobnioną. (Choć, co wypada zasygnalizować już w tym miejscu i do czego przyjdzie nawiązać poniżej, Kodeks postępowania karnego zawiera jednak *sui generis* reguły mające zastosowanie w rzadkich układach procesowych, w których polski proces karny styka się obcym systemem prawa procesowego.)

Nie uprzedzając dalszej, bardziej szczegółowej analizy, wolno założyć, że możliwe jest przyjęcie w tym względzie dwóch przeciwstawnych koncepcji modelowych (siłą rzeczy zaprezentowanych tutaj w sposób najbardziej szkicowy) co do wzajemnej relacji pomiędzy obszarem krajowego i obcego prawa procesowego (ustroju adwokatury). Roboczo te ścierające się koncepcje można określić mianem „wykluczającej” (koncepcja „integralności” czy zupełności polskiego systemu prawa karnego procesowego) i „włączającej” (koncepcja przenikania czy inkorporacji pewnych elementów obcego prawa procesowego w niektórych układach procesowych do systemu polskiego prawa karnego).

Zgodnie z pierwszą z nich polskie prawo karne procesowe stanowi integralną całość (jako system) i nie musi uwzględniać żadnych elementów obcych systemów prawnych. Druga koncepcja zakłada z kolei, że polski system prawa karnego procesowego nie musi wcale stanowić odrębnej, niejako „klinicznie” wyizolowanej wyspy normatywnej. Może (bądź nawet powinien) – w wyjątkowych sytuacjach – uwzględniać przepisy obcego prawa procesowego. Trudno oczywiście opowiedzieć się *in abstracto* za wyłączną słusnością jednej bądź drugiej koncepcji. Wydaje się jednak, że wtedy, gdy w rachubę wchodzi ochrona istotnych, obcych gwarancji procesowych, należałoby się opowiedzieć za respektowaniem przez polskie prawo procesowe elementów obcego prawa, jeżeli miałyby to zapobiec ujemnym konsekwencjom procesowym na gruncie obcego systemu prawa karnego. Przemawia za tym, jak się wydaje, ogólna potrzeba poszanowania w adekwatnym zakresie przez państwo polskie prawa obcego i oczekiwanie, że z takim postępowaniem wiązać się może uzasadniona ekspektatywa respektowania prawa pol-

skiego przez państwo obce (organy państwa obcego). Rzecz jasna, takie ogólne zapamiętywanie należy opatrzyć dodatkowym, istotnym zastrzeżeniem: obce przepisy prawa karnego procesowego, które miałyby być stosowane w polskim postępowaniu karnym, winny harmonizować z ogólnymi zasadami krajowego porządku normatywnego i być oparte na tych samych czy podobnych wartościach prawnych o charakterze aksjologicznym (takiej samej ocenie, jak się zdaje, winien być poddany także cały obcy system prawa karnego procesowego). Taki ogólny postulat jest w zasadzie zbieżny z regulacją przepisu art. 587 k.p.k., który określa warunki procesowego wykorzystania owoców dowodowych pomocy prawnej realizowanej przez sąd lub prokuratora państwa obcego (lub organ działający pod ich nadzorem). Otóż sporządzone na wniosek polskiego sądu lub prokuratora protokoły oględzin, przesłuchań osób w charakterze oskarżonych, świadków, biegłych lub protokoły innych czynności dowodowych dokonanych przez organy obce mogą być spożytkowane w polskim postępowaniu karnym tylko wtedy, gdy sposób przeprowadzenia tych czynności „nie jest sprzeczny z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej”. Punktem odniesienia nie są tutaj zatem drobniakowe regulacje przyjęte przez polskiego ustawodawcę, lecz – jeżeli można się tak wyrazić – „duch” ustawodawstwa. Po zaprezentowaniu tych ustaleń natury ogólnej przejdźmy obecnie do kwestii szczegółowych.

3. Co ma uczynić sąd, gdy staje przed koniecznością przesłuchania świadka obrońcy/adwokata zagranicznego? Czy świadek ten może (a jeżeli tak, to w jakim zakresie) powołać się na „macierzystą” tajemnicę obrończą/adwokacką? Przepis art. 178 pkt 1 k.p.k. na to pytanie nie daje jednoznacznej odpowiedzi. Stanowi bowiem wyłącznie, że nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Powstaje zatem pytanie, czy art. 178 pkt 1 k.p.k. ma na myśli wyłącznie „polskiego” („krajowego”) obrońcę, czy też – być może – należy rozumieć ten przepis w ten sposób, że obejmuje on swoją dyspozycją również obrońców obcych. Możliwe są w tym zakresie dwa warianty interpretacyjne.

W myśl pierwszego z nich art. 178 pkt 1 k.p.k. odnosi się wyłącznie do krajowych obrońców i krajowej tajemnicy obrończej i nie uwzględnia układów, w których zachodzi konieczność odebrania depozycji od świadka, który jest obrońcą zagranicznym. Jeżeli tak interpretować przepis art. 178 pkt 1 k.p.k., to w praktyce dochodzi do redukcji zakodowanej w nim „matrycy normatywnej” do dość restryktywnego zakresu ochrony („krajowej”) tajemnicy obrończej w procesie karnym. Trzeba powiedzieć, że stanowisko to zdaje się silnie wspierać brzmienie przepisu art. 82 k.p.k., zgodnie z którym obrońcą może być tylko osoba upoważniona do obrony według (krajowych) przepisów o ustroju adwokatury, co w sposób automatyczny usuwa z pola widzenia obrońców zagranicznych (osoby niewpisane na listę adwokatów w Polsce). Jak łatwo zauważyć, przyjęcie takiej interpretacji, choć *prima facie* harmonizujące z założeniami o charakterze systemowym, oznacza, że obrońcy zagraniczni przed polskim wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych nie mogą powoływać się na przepis art. 178 pkt 1 k.p.k. i obca tajemnica obrończa nie jest chroniona na gruncie polskiego postępowania karnego. Wykładnia taka koresponduje zatem z koncepcją „integralności” polskiego systemu prawa karnego procesowego, w myśl której nie musi on – co do zasady – uwzględniać obcych pierwiastków normatywnych.

Możliwa jest jednak inna interpretacja przepisu art. 178 pkt 1 k.p.k., bazująca na za-

łożeniu, że polskie prawo procesowe respektuje także obcą tajemnicę obrończą, a zatem że art. 178 pkt 1 k.p.k. obejmuje swoją dyspozycją również zagranicznych obrońców. To stanowisko jest trafne. Przemawiają za nim następujące argumenty. Przede wszystkim istotne jest to, że ustawodawca nie zawarł w treści przepisu art. 178 pkt 1 k.p.k. żadnego zastrzeżenia, które nakazywałoby ograniczyć jego dyspozycję wyłącznie do obrońców krajowych. Skoro mowa w tym przepisie o obrońcy, to oznacza to, że – *lege non distinguente* – na gruncie wykładni językowej należy przyjąć, iż przepis ten chroni zarówno „krajową”, jak i „obcą” tajemnicę obrończą. Czy taka interpretacja da się jednak pogodzić z przepisem art. 82 k.p.k., który wiąże osobę obrońcy w postępowaniu karnym ściśle z prawem i przepisami krajowymi? Czy – w szczególności – nie prowadzi ona w rezultacie do heteronomicznej wykładni pojęcia „obrońca” na gruncie przepisów postępowania karnego? Argument heteronomicznej wykładni nie może być jednak uznany za decydujący, i to mimo postulatu interpretacji prowadzącej zawsze do wyników homonimicznych na gruncie tego samego systemu prawnego czy – tym bardziej – jednego aktu normatywnego. Nie można wszak zapomnieć, że funkcja art. 82 k.p.k. zorientowana jest na zagwarantowanie, by w procesie karnym obrońcą była osoba dająca należyłą rękojmię fachowości (o adekwatnym poziomie przygotowania profesjonalnego). Tymczasem o coś zupełnie innego chodzi w przepisie art. 178 pkt 1 k.p.k. Celem tego przepisu jest zapewnienie nieskrępowanej, szczerzej i otwartej komunikacji pomiędzy mandantem i obrońcą: zakłada się bowiem, że tylko takie ukształtowanie relacji na linii obrońca–mandant może pozwolić obrońcy na pozyskanie adekwatnego zasobu informacyjnego dla prowadzenia realnej obrony. Z tego więc powodu kryterium przyjęte przez ustawodawcę na gruncie art. 82 k.p.k. nie może być uznane za miarodajne dla wykładni tego samego pojęcia (obrońca) użytego przez kodeks w przepisie art. 178 pkt 1 k.p.k. Nie ma przecież dobrych racji ku temu, by dzielić pomoc prawną świadczoną przez obrońcę i karnoprosesowe instrumenty zorientowane na ochronę relacji łączącej mandanta i obrońcę na lepszą („krajową” – objętą ochroną z art. 178 pkt 1 k.p.k.) i gorszą („obcą” – niekorzystającą z ochrony przyznanej krajowym obrońcom). Takie podejście bazowałoby w istocie na założeniach o charakterze czysto formalnym i prowadziłoby w praktyce do rezultatów trudnych do zaakceptowania z punktu widzenia postulatu równego traktowania przez ustawę postępowania karnego analogicznych układów procesowych. Sąd, respektując zakaz dowodowy wynikający z przepisu art. 178 pkt 1 k.p.k., musiałby bowiem zrezygnować z przesłuchania obrońcy „krajowego” (σ^k) oskarżonego co do okoliczności objętych tajemnicą obrończą, mógłby jednak bez jakichkolwiek ograniczeń (na tej samej rozprawie w toku tego samego postępowania jurysdykcyjnego) przesłuchać obrońcę „zagranicznego” (σ^z) oskarżonego co do tych samych okoliczności objętych tajemnicą obrończą. Trzeba wreszcie powiedzieć – nawiązując do przedstawionych powyżej rozważań natury bardziej ogólnej – że stanowisko to koresponduje z postulatem interpretowania przepisów prawa karnego procesowego w duchu „włączającej” koncepcji wykładni, zakładającej dopuszczalność uwzględniania przez sąd w krajowym postępowaniu karnym w pewnym zakresie przepisów obcego prawa procesowego, o ile prawo to harmonizuje z zasadami polskiego porządku prawnego.

Konkludując zatem: zarówno wykładnia językowa, jak i systemowa oraz funkcjonalna, a także argument bazujący na postulacie uwzględniania przez prawo krajowe w niezbędnym zakresie przepisów procesowych prawa obcego prowadzą do wniosku,

że przepis art. 178 pkt 1 k.p.k. obejmuje swoją dyspozycją także „obcą” („zagraniczną”) tajemnicę obrońcą i w tym zakresie uniemożliwia organom prowadzącym postępowanie karne przesłuchanie zagranicznego obrońcy na okoliczność(-i) objętą tajemnicą obrońcą.

4. Nie oznacza to jednak, że powyższe stanowisko jest wolne od jakichkolwiek mankamentów. Otóż aprobatą dla koncepcji zakładającej, że zakaz dowodowy sformułowany w art. 178 pkt 1 k.p.k. obejmuje również zagranicznych obrońców i „zagraniczną” tajemnicę obrońcą, stawia na porządku dziennym pytanie o to, w jaki sposób należy rozwiązać kwestię odrębności normatywnych czy ewentualnego „rozmijania” się zakresów przedmiotowych krajowej i obcej tajemnicy obrończej. W szczególności chodzi o to, czy sąd (organ procesowy) uprawniony jest do porównywania i oceny różnic pomiędzy krajową i obcą tajemnicą obrońcą. Nie ulega żadnej wątpliwości, że dokonanie takiego porównania jest bezwzględnie konieczne, żeby zorientować się co do tego, jaki jest zakres obowiązywania zakazu dowodowego przewidzianego w art. 178 pkt 1 k.p.k. Znacznie więcej trudności nastrocza jednak druga część pytania, to znaczy kwestia ewentualnych konsekwencji procesowych identyfikacji różnic zakresowych pomiędzy krajową i obcą tajemnicą obrońcą. Jak powinien postąpić sąd, gdy okaże się, że zachodzą różnice pomiędzy zakresami obu tajemnic obrończych? Należy kategorycznie odrzucić możliwość „korygowania” tych odrębności przez organ procesowy (w zależności od tego, czy chodzi tu o różnice *in plus*, czy *in minus* w stosunku do standardu przyjętego na gruncie polskiego prawa procesowego) w ten sposób, by doszło do zrównania zakresów obu tajemnic obrończych – polskiej i zagranicznej. Prowadziłoby to w rezultacie do nieuzasadnionego zredukowania (czy „wzmocnienia”) obcej tajemnicy do poziomu przewidzianego przez polskie prawo. Nie o to jednak przecież chodzi. Odwołując się ponownie do postulatu respektowania przez prawo polskie regulacji obcych tam, gdzie jest to uzasadnione słusznymi względami gwarancyjnymi, trzeba przyjąć, że punktem odniesienia dla sądu krajowego powinien być poziom ochrony karnoprocessowej przewidziany przez obce prawo (procesowe, ustrojowe adwokatury zagranicznej). Obcą tajemnicę obrońcą należy respektować w tym i tylko w tym zakresie, w jakim przewiduje to obce prawo procesowe. To bowiem takiego właśnie poziomu czy zakresu ochrony może się spodziewać mandant i jego obrońca na gruncie tego systemu prawnego i nie ma powodu, by ten zakres ochrony był modyfikowany (*in plus* czy *in minus*) przez obcy organ stosujący prawo.

W następnym odcinku: czy obrońca z urzędu może odmówić oskarżonemu sporządzenia apelacji, uzasadniając to brakiem podstaw do sporządzenia środka odwoławczego?

P Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

POSZKODOWANY ROWERZYSTA SPRAWCĄ WYPADKU

Nierzadko dochodzi do zderzenia pojazdu samochodowego z rowerzystą w dość szczególnych okolicznościach, a mianowicie kiedy samochód wyjeżdża z bramy na jezdnię przez chodnik, rowerzysta zaś porusza się chodnikiem. Nie może budzić najmniejszej wątpliwości, że analizę przebiegu zdarzenia prowadzącą wprost do ustalenia przyczyn i okoliczności jego zaistnienia należy rozpocząć od przeanalizowania obowiązujących w chwili zderzenia zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Chodzi tu o obowiązki kierującego samochodem, włączającego się do ruchu (art. 17 p.r.d.¹), i jego uprawnienia. W ramach analizy należy ustalić uprawnienia rowerzysty do poruszania się chodnikiem. Nie trzeba przekonywać, że brak najwyższej staranności po stronie organu procesowego w badaniu okoliczności zdarzenia prowadzi wprost do błędów w sferze podmiotowej, polegających na sformułowaniu zarzutu przeciwko pokrzywdzonemu, zamiast sprawcy.

W prezentowanej sprawie kierującego samochodem oskarżono o czyn z art. 177 § 1 k.k., polegający na spowodowaniu wypadku, w którym rowerzysta odniósł obrażenia ciała naruszające prawidłowe funkcjonowanie organizmu na czas powyżej 7 dni. W uzasadnieniu oskarżenia stwierdzono m.in., że kierujący samochodem, wskutek niezachowania szczególnej ostrożności w trakcie wykonywania manewru włączania się do ruchu, nie ustąpił pierwszeństwa przejazdu rowerzyście, który jechał po chodniku. Zdaniem oskarżenia kierujący, wyjeżdżając z wąskiej bramy i nie widząc w związku z tym, co dzieje się przed nim na chodniku, powinien zapewnić sobie pomoc osoby trzeciej. Nie było więc wątpliwości w kwestii bezpośredniej przyczyny wypadku mimo tego, co potwierdzono jako fakt, że rowerzysta poruszał się nieprawidłowo, jechał bowiem chodnikiem.

Z ustaleń sądu wynika następujący stan faktyczny. Samochód wyjeżdżał z bramy na jezdnię przez chodnik (szer. 3 m). Kierujący zatrzymał pojazd przed krawędzią bu-

¹ Dz.U. z 2012 r., poz. 1137 z późn. zm.

dynku, a następnie powoli wylaniał się z bramy. Kiedy ujrzał rowerzystę „pędzącego” chodnikiem w jego kierunku od lewej strony, zatrzymał pojazd (w połowie szerokości chodnika). Rowerzysta po gwałtownym hamowaniu najechał na samochód, uderzając rowerem w jego przednie lewe koło. W wyniku upadku złamał lewą rękę.

Powołanemu w sprawie biegłemu zadano dwa podstawowe pytania: 1) z jaką prędkością poruszał się rowerzysta?, 2) w jakiej odległości od krawędzi bramy zatrzymał się samochód? Zgodnie z oceną biegłego prędkość roweru przekraczała 25 km/h. Biegły prędkość tę obliczył m.in. na podstawie długości odcisniętego śladu hamowania roweru (ponad 2 m). Reakcję kierującego samochodem biegły określił jako natychmiastową, odcinek zatrzymania nie przekraczał bowiem 0,5 m.

W toku rozprawy obrońca oskarżonego zwrócił uwagę na dwa kluczowe zagadnienia. Pierwsze dotyczyło błędnej interpretacji obowiązków kierującego samochodem, włączającego się do ruchu. Kierujący taki nie ma obowiązku korzystania z pomocy osoby trzeciej. Obowiązek skorzystania z pomocy innej osoby jest wymagany jedynie podczas cofania, jeżeli kierujący ma ograniczoną widoczność (art. 23 ust. 1 pkt 3b p.r.d.). W drugim przypomniał, że rowerzysta poruszający się wbrew przepisom chodnikiem nie ma pierwszeństwa przed pojazdem wyjeżdżającym z bramy. Chodzi o to, że „pierwszeństwu musi towarzyszyć uprawnienie”.

Sąd wnikliwie przeanalizował okoliczności zdarzenia i wypowiedzi stron, kończąc sprawę słusznym rozstrzygnięciem. W konsekwencji kierujący samochodem został uniewinniony od zarzutu spowodowania wypadku. W uzasadnieniu sąd podkreślił, że w świetle obecnie obowiązujących, a także obowiązujących w dniu zdarzenia, przepisów ruchu drogowego zarzut jest błędny. Nie ulega wątpliwości, że wyjeżdżając z bramy na chodnik, kierujący samochodem osobowym miał obowiązek zachowania szczególnej ostrożności i ustąpienia pierwszeństwa poruszającym się chodnikiem pieszym. Ustawowy wymóg – o którym mowa w art. 3 ust. 1 p.r.d. – kierowca wypełnił należycie przez zatrzymanie się przed wyjazdem z bramy oraz kontynuowanie jazdy powoli (ostrożne wysuwanie się z bramy). Jest zatem bezsporne, że nie mógł spowodować zagrożenia bezpieczeństwa pieszym, ponieważ był przygotowany do natychmiastowego zatrzymania w przypadku pojawienia się w pobliżu bramy określonego uczestnika ruchu. Trudno zrozumieć, czym się kierował organ formułujący zarzut naruszenia dyrektyw wynikających z treści art. 3 w zw. z art. 17 ust. 2 p.r.d. Szczególna ostrożność obowiązująca kierującego pojazdem podczas włączania się do ruchu realizowana jest przez stałą obserwację odcinka drogi, na który pojazd wjeżdża, dostosowanie prędkości do warunków widoczności, w taki sposób, aby reakcja w postaci zatrzymania pojazdu była skuteczna, to znaczy nie naraziła na niebezpieczeństwo uprawnionych uczestników ruchu. Ponadto kierujący ma obowiązek ustąpienia pieszym, jeżeli przejeżdża przez chodnik, innym kierującym zaś jedynie przed wyjazdem na jezdnię. Natomiast w żadnym razie kierujący samochodem osobowym w określonej sytuacji nie miał obowiązku ustąpienia rowerzyście poruszającemu się chodnikiem. Rowerzysta nie miał prawa poruszania się chodnikiem, co jednoznacznie wynika z treści art. 33 ust. 5 p.r.d., jadąc zaś z określoną prędkością, świadomie naruszył podstawowe zasady bezpieczeństwa (art. 33 ust. 6 p.r.d.), nieumyślnie powodując zderzenie.

Kierujący samochodem miał prawo na zasadzie ograniczonego zaufania (art. 4 p.r.d.) przypuszczać, że inni uczestnicy ruchu będą stosować się do przepisów, w szczególności

podstawowych zasad bezpieczeństwa. Chodzi o to, że pełne zaufanie do innych uczestników ruchu ma miejsce do momentu pojawienia się symptomów wskazujących na nieprawidłowe zachowanie. W momencie ujawnienia nieprawidłowego zachowania rowerzysty kierowca zareagował natychmiastowym zatrzymaniem pojazdu, które ocenić należy jako dołożenie niezbędnej staranności zmierzającej do eliminacji stanu zagrożenia, przy czym był to jedyny z możliwych do realizacji wariant bezpieczeństwa. Tym samym dał dowód swojej czujności i pozostawania w zgodzie z wykładnią Sądu Najwyższego, w której czytamy: „Jak się powszechnie przyjmuje, przekroczenie przepisów przez innego użytkownika drogi zwalnia – zgodnie z zasadą ograniczonego zaufania – osobę przestrzegającą przepisów od odpowiedzialności, gdy nie mogła przekroczenia ze strony współuczestnika zauważyć lub przewidzieć; dostrzegając przekroczenie lub je przewidując, zrobiła wszystko, co było możliwe w danej sytuacji, aby zaistniałemu niebezpieczeństwu przeciwdziałać (tzw. prawidłowość manewrów obronnych); nie była w stanie dostosować swego zachowania do powstałych warunków”². Należy podkreślić, że nawet w sytuacjach wyjątkowych, które zezwalają na jazdę rowerem po chodniku, istnieje bezwzględny nakaz skierowany pod adresem rowerzysty poruszania się powoli, co niewątpliwie oznacza ruch z prędkością zbliżoną do ruchu pieszych. W definicji określenia „powoli” nie mieści się na pewno prędkość powyżej 10 km/h.

Na zakończenie odrobina optymizmu. Otóż z każdym dniem należy spodziewać się znacznego zmniejszenia wypadków tego rodzaju, ponieważ coraz więcej wyjazdów z posesji jest zaopatrywanych w bramy uruchamiane elektronicznie. Równocześnie w trakcie otwierania bramy i jej zamykania włączone jest żółte światło błyskowe, ostrzegające przechodniów o zbliżaniu się do bramy pojazdu samochodowego. Jest to doskonale rozwiązanie, które będąc ułatwieniem dla kierowców, wzmacnia też bezpieczeństwo pieszych. Ważne są dwa podstawowe elementy. Lampa błyskowa powinna być tak usytuowana, aby była widoczna dla przechodniów oraz powinna być włączona od momentu otwierania bramy do jej zamknięcia, a więc nawet wówczas jeżeli zachodzi potrzeba pozostawienia jej otwartej na dłuższy czas; nie zawsze w praktyce tak to funkcjonuje.

² Wyrok z 25 maja 1995 r., sygn. II KRN 52/95, „Prokuratura i Prawo”, dodatek OSNPK, nr 10, poz. 5.

Co piszczy w prawie

Marian Filar

SMAK ZAKAZANEGO OWOCU

No nie, tak się nie bawię! Rozumiem, że wiosna, że świeże soki pulsują coraz mocniej. I że w trawie (*pardon* – w prawie!) pisk może być coraz donioślejszy. Ale żeby osiągnął skalę zbliżoną do pisku nastolatek na rockowym koncercie?!

Już samo preludeum było „obiecujące”. Mam na myśli sławetną konfrontację Ministra Sprawiedliwości ze środowiskiem sędziowskim pod sztandarem usprawnienia i ułatwienia pracy sądów rejonowych. Felieton to nie miejsce na „seriozną” analizę tego ministerialnego przedsięwzięcia. Ciekaw jestem tylko, co na to powiedziałyby stary, poczciwy Monteskiusz – twórca teorii trójpodziału władzy. Staruszek rozumiał dobrze, że nie ma demokratycznego państwa bez wyważonego podziału władzy na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. I bardzo bym był wdzięczny temu, kto przekonałby mnie, że Lex Gowin nie niesie za sobą niebezpieczeństwa takiego właśnie ataku. Skoro władza wykonawcza zdobywa wyraźną przewagę nad władzą sądowniczą, a w każdym razie zyskuje instrument pozwalający jej wywierać na nią wyraźny wpływ, kończą się żarty, a zaczynają schody. I jeszcze jedno – skoro już zakosztowało się smaku zakazanego owocu, to doświadczenie uczy, że smakosza korcić będzie, by tą drogą iść śmiało dalej. A do czego takie schody prowadzą, to pamiętamy dobrze z nie tak dawnej historii.

A zresztą, nie trzeba było długo czekać: mamy na tapecie kolejny pasztet – strategię postępowania w stosunku do „długoterminowców”, w szczególności zaś tych, którym w swoim czasie zamieniono karę śmierci (orzeczoną jeszcze za czasów PRL) na długoterminowe kary pozbawienia wolności, termin wykonania których właśnie dobiega końca. No ale jakże to, ot tak, wziąć i wypuścić na wolność przestępców, którzy dopuścili się ciężkich przestępstw o szczególnym rezonansie społecznym, jak np. ciężkie przestępstwa seksualne wobec dzieci? Trzeba coś dla nich wymyśleć! No i wymyślono! I wszystko byłoby OK, gdyby nie „drobiazgi” w postaci zasady *lex criminalis retro non agit*. No i jak tu trzymać dalej w więzieniu czy poddawać analogicznemu *de facto* rygorowi kogoś, w stosunku do kogo sąd *sacrisima res publica Poloniae* orzekł karę, której wykonanie właśnie dobiega końca? To już nie żarty, a „jazda po bandzie”. I tu znów pojawia się nasz dziarski Pan Minister z propozycjami rozwiązania tego dylematu.

No i mamy efekty zasmakowania owocu zakazanego drzewa! Okazało się to łatwiejsze, niżby się zdawało! Czas powiedzieć stop! Pewne fundamentalne dla prawa karnego zasady to nie jakieś stare, zakurzone ramoty wymyślone po to, by profesorowie prawa mieli czym gnębić studentów na egzaminach! To podstawa funkcjonowania tego prawa w demokratycznym państwie prawnym. A skoro sami tak tego usilnie chcieliśmy, to nie można powiedzieć teraz – dziękujemy, już znudziliśmy się nieco jego kłopotliwymi wymogami; pójdziemy teraz inną drogą. Tylko do czego prowadzą takie skoki w bok, kto jak kto, ale my, Polacy, powinniśmy dobrze pamiętać, bo ćwiczyliśmy to jeszcze niedawno na własnej skórze.

I choć zakazany owoc smakuje dobrze, to po jego konsumpcji zawsze – prędzej czy później – boli brzuch!

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

DO PIÓR!

Dzisiaj truizmem jest stwierdzenie, że wizerunek zarówno adwokatury, jak i poszczególnych adwokatów w mediach jest oderwany od rzeczywistości. Gorzej, że przedstawicielom palestry już z reguły przypisuje się cechy negatywne. Adwokat to zwykle krezus, i to niejednokrotnie gardzący ludźmi i prawem. Idealny kandydat na złego bohatera. A kto jest dziś dobrym bohaterem? Przede wszystkim aparat ścigania, tak często ciepło recenzowani w mediach śledczy, czyli policjanci i prokuratorzy. Czy to nie paradoks, jeśli weźmie się pod uwagę, że mieliśmy w Polsce ponad czterdzieści lat autorytarny system władzy? A może potrzeba silnego państwa jest tak przemożna, że stymuluje dziennikarską zycżliwość właśnie wobec jego funkcjonariuszy?

Czy zmieniają ujawniane ostatnio przypadki nadużycia władzy, błędów, niekompetencji i złej woli funkcjonariuszy państwowych? Akcją prasową „Państwo w państwie”, ruch „Niezwykniętych”, film fabularny *Układ zamknięty* zwracają uwagę na patologie w pracy konkretnych organów państwowych i każą powątpiewać w zasadność postulatu silnego państwa w rodzimych realiach. Jednakże skoro coraz więcej pisze się o przedsiębiorcach skrzywdzonych przez aparat państwa, a w końcu uwalnianych od winy i odpowiedzialności, to dlaczego nie wskazuje się na trud ich obrońców? Czy bez nich sprawy skończyłyby się tak samo? Czy nie nadają się na pozytywnych bohaterów? A może mediom tacy bohaterowie nie są potrzebni?

Media, aby się sprzedać, potrzebują przede wszystkim złych wiadomości i negatywnych bohaterów. Może wszakże warto je przekonywać, że trzeba pokazywać i tych dobrych. Znamy adwokatów, którzy świetnie nadają się na pozytywnych bohaterów, którym dziesiątki ludzi wiele zawdzięczają, ale skromność i restrykcyjne odczytywanie zasad deontologii (w szczególności zakaz komentowania własnych spraw) nie pozwala im na upublicznienie własnych osiągnięć. W interesie adwokatury jest szczylenie się takimi osobami, nagłaśnianie ich sukcesów wbrew środowiskowej małostkowości. Jeśli adwokat odnosi sukces, to można to wykorzystać w interesie całej adwokatury.

Inny problem to przekłamania w popularnych utworach fabularnych. Po odejściu Krzysztofa Kieślowskiego bardzo rzadko można znaleźć w polskiej kinematografii

i w telewizyjnych produkcjach fabularnych rzetelne odzwierciedlenie realiów sądowych. Producenci skąpią pieniądze na prawnicze konsultacje, a scenarzyści wyobrażają sobie sąd, którego tak naprawdę nie znają. I w rezultacie wymyśleni przez nich bohaterowie zachowują się zupełnie inaczej, niż to w rzeczywistości jest możliwe: sędziowie wygłaszają do stron teatralne monologi, a adwokaci zachowują się jak amerykańscy koledzy – np. chodzą w trakcie rozprawy po sali czy zgłaszają sprzeciwy. A widz buduje sobie wyobrażenie na błędnej podstawie...

W rodzimej literaturze wciąż brakuje „zwierciadeł chodzących po drodze” polskiej palestry. Adwokaci poza felietonistyką nie piszą, a o adwokaturze nie piszą inni. Więcej dziś możemy poczytać o adwokatach niemieckich niż polskich. Po świetnym zbiorze opowiadań pt. *Przestępstwo* i słabszym pt. *Wina* Ferdinand von Schirach proponuje mikropowieść *Sprawa Colliniego*, gdzie mamy i realia sądowe, i obrończe dylematy. Chociaż polski przekład, dokonany zapewne bez prawnoporównawczej konsultacji, obniża walory utworu, warto po niego sięgnąć, choćby dlatego, że to dobra lektura na wakacyjną podróż.

W tej sytuacji naturalny wydaje się postulat: Adwokaci, do piór! Skoro nie piszą o nas, to piszmy sami o sobie! Jest wszakże tyle interesujących tematów. Nawet nasze codzienne życie zawodowe przynosi warte opisanie kwestie. A może trzeba ogłosić konkurs na najciekawsze opowiadanie lub scenariusz filmowy z adwokackimi bohaterami? Warto zachęcać adwokatów do własnej twórczości w każdej formie – pamiętników, reportaży, opowiadań, nie tylko powieści.

Dla zachęty pozwolę sobie zaproponować dalej własne, oparte na autentycznych faktach mikropowiadanie, stylem narracji nawiązujące do von Schiracha. Do tytułu nie jestem przywiązany, możemy przyjąć roboczo: *Przypowieść o sądzie w B*. Nie mam literackich ambicji, gdyż te odrzuciłem dawno temu, decydując się na karierę adwokacką, ale jeszcze parę pomysłów by się w szufladzie znalazło...

KRÓTKA PRZYPOWIEŚĆ O SĄDZIE W B. (KU POKRZEPIENIU ADWOKACKICH SERC)

Czas i miejsce akcji: kwiecień 2013, Polska

Czwartek – 11 kwietnia:

Rano Producent przysłał w tej sprawie cztery maile z obszernymi załącznikami, a po południu Prawnik Wewnętrzny i Dyrektor Odpowiedzialny za Produkt telefonowali jeszcze po dwa razy. Adwokat rozumiał ich niepokój. Nowy produkt nie spodobał się innym producentom z tej branży. Konkurent z miasta B. oświadczył dziennikarzom, że oznaczenia na opakowaniu wprowadzają konsumentów w błąd i za ten czyn nieuczciwej konkurencji pozwie Producenta do sądu. W lokalnym dodatku do ogólnopolskiej gazety ukazał się opisujący jego zarzuty artykuł wraz z cytatem jego oświadczenia, że jeszcze w tym tygodniu złoży w sądzie przygotowany przez prawników wniosek o zabezpieczenie roszczenia poprzez wydanie zakazu wprowadzenia produktu do obrotu w spornym opakowaniu.

Producent przekazał Adwokatowi listę argumentów i dowodów uzasadniających, że

tak oznaczone opakowanie nie wprowadza nikogo w błąd, a on nie narusza prawa. Poprosił o niezwłoczne przygotowanie odpowiedzi na wniosek o zabezpieczenie roszczenia.

Przed północą pierwszy projekt odpowiedzi był gotowy.

Piątek – 12 kwietnia:

Projekt się spodobał, Producent nie zaproponował wielu poprawek. Adwokat wytłumaczył Producentowi, że odpowiedź można złożyć dopiero po wpłynięciu wniosku i tylko znając sygnaturę akt. Wyjaśnił, że najpierw trzeba przesłać odpis takiej odpowiedzi wnioskodawcy i załączyć dowód wysłania. Producent poprosił Adwokata, aby jak najprędzej ustalił, czy i w którym sądzie został złożony wniosek i złożył odpowiedź na wniosek. Podkreślał, jak bardzo zależy mu na tym, aby sąd mógł zapoznać się z jego argumentami jeszcze przed wydaniem postanowienia, gdyż zakaz sprzedaży jego produktu oznaczałby poniesienie szkody rzędu kilku milionów złotych.

Aplikantka zatelefonowała do Wydziału Gospodarczego Sądu Okręgowego w Ł., który jest właściwy miejscowo dla siedziby Producenta. Została poinformowana, że taki wniosek nie wpłynął. Następnie zatelefonowała do Wydziału Gospodarczego Sądu Okręgowego w B., właściwego miejscowo dla siedziby Konkurenta i właściwego dla miejsca popełnienia zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji. Powiedziano jej, że informacji o tym, czy taki wniosek wpłynął, nie otrzyma, gdyż na zarządzenie Przewodniczącej Wydziału nie udziela się żadnych informacji o postępowaniach o zabezpieczenie roszczenia ani potencjalnemu obowiązanemu, ani osobom trzecim.

Adwokat wyraził zdziwienie, kiedy Aplikantka zreferowała mu sprawę. Przez ponad 25 lat w żadnym sądzie nie spotkał się dotąd z odmową udzielenia takiej informacji. Pomyślał, że może Aplikantka użyła niewłaściwych słów w rozmowie telefonicznej i postanowił sam zatelefonować do Sądu w B. Kiedy od pracownika sądowego sekretariatu usłyszał tę samą odmowę co Aplikantka, uprzejmie poprosił o numer telefonu do Przewodniczącej Wydziału. Zadzwoił, przedstawił się, powiedział w czym problem. Podkreślił, że nie prosi o informację o zakresie zawartych we wniosku żądań ani roszczeń, które mają być zabezpieczone, tylko o odpowiedź, czy wpłynął wniosek Konkurenta dotyczący Producenta. Przewodnicząca stwierdziła, że jako przedstawiciel obowiązującego nie otrzyma takich informacji. Zapytana o podstawę prawną takiego stanowiska odpowiedziała pytaniem: „A czy byłby Pan zadowolony, gdyby był Pan pełnomocnikiem wierzyciela, że sąd udziela informacji dłużnikowi?”. Adwokat próbował tłumaczyć, że sprawa nie dotyczy roszczeń pieniężnych i że w żadnym innym sądzie nie odmawia się udzielania informacji o toczących się sprawach. Niczego nie uzyskał, grzecznie podziękował i zakończył rozmowę.

Następnie przeczytał ustawę o dostępie do informacji publicznej i sporządził wniosek do Sądu Okręgowego w B. o udzielenie informacji. Wniosek wysłał pocztą elektroniczną na adres mailowy sekretariatu Prezesa Sądu i sekretariatu Wydziału Gospodarczego oraz faksem do tego Wydziału. Wiedział, że ustawowy termin na udzielenie odpowiedzi to 14 dni i poinformował o tym Producenta.

Producent nie był zadowolony. Poprosił, aby Adwokat pojechał do sądu w B. i na miejscu spróbował uzyskać jakiegokolwiek informacje. Podkreślał, jak ważne jest dla niego złożenie odpowiedzi na wniosek. Przestrzegł, że Konkurent jest „mocną figurą” w B. i może być trudno. Adwokat odpowiedział, że wobec prawa wszyscy są równi.

Poniedziałek – 15 kwietnia:

Adwokat pojechał do B. W sekretariacie Wydziału Gospodarczego powitał go szmer zainteresowania, ale odmówiono mu okazania repertorium i żadnej informacji nie otrzymał. Powiedziano mu, że nawet gdyby pytał o pozew, a nie tylko o wniosek o zabezpieczenie, to odmówiono by mu odpowiedzi, bo przecież w pozwie też może być zawarty taki wniosek. Uśmiechnął się i poprosił o spotkanie z Przewodniczącą Wydziału. Niestety, była na naradzie, ale przyjął go Wiceprezes Sądu i uprzejmie wysłuchał. Adwokat mówił o Konstytucji, ustawie o dostępie do informacji publicznej i prawie do obrony w postępowaniu cywilnym. Wiceprezes powiedział, że zgadza się z Przewodniczącą Wydziału, ale Adwokat otrzyma odpowiedź na swój wniosek o udzielenie informacji publicznej w ustawowym terminie.

Adwokat ponownie poprosił o spotkanie z Przewodniczącą Wydziału. Narada już się skończyła i Przewodnicząca przyjęła Adwokata. Adwokat zrelacjonował spotkanie z Wiceprezesem Sądu i raz jeszcze uprzejmie poprosił o informację. Przewodnicząca odpowiedziała, że teraz jej nie otrzyma.

Adwokat długo rozmyślał w drodze powrotnej. Zastanawiał się, czy wolno mu mieć chwile zwątpienia w sens swojej pracy. Przy kawie na przydrożnej stacji benzynowej sięgnął po gazetę, trafił na wywiad z Ministrem.

„Sędziowie muszą zmienić mentalność i zrozumieć, że ludzie, którzy przychodzą do sądu, powinni być jak najlepiej obsłużeni. Jestem zdolny przewyciężyć opór środowiska, ale przy tym zawsze traci się czas i energię” – przeczytał słowa Ministra i uśmiechnął się szeroko.

Po lekturze

Andrzej Bąkowski

ROMUALD TRAUGUTT – OSTATNI DYKTATOR POWSTANIA STYCZNIOWEGO (1863–1864)

Chciałbym, odpowiadając na apel Redakcji „Palestry”, w 150. rocznicę wybuchu Powstania Styczniowego zwrócić szczególną uwagę na wielką i charyzmatyczną postać ostatniego dyktatora insurekcji – Romualda Traugutta.

Życie naszego bohatera było często niezwykle trudne i bardzo bolesne, ale pchające go jednocześnie do coraz większych działań. Urodził się w środowisku ziemiańskim, niezbyt zamożnym, na wsi niedaleko Grodna 16 stycznia 1826 r. Przodkowie Trauguttów pochodzili z Saksonii. Natomiast szanowana i bardzo kochana, ale też i dominująca w domu Trauguttów babcia pochodziła z bardzo starej rodziny rosyjskich książąt Szujskich. A więc mieszanka krwi niemieckiej i rosyjskiej. Romuald Traugutt, jak wynikało to z jego życiorysów i przekazów historycznych, był żarliwym katolikiem i polskim patriotą.

W młodości pragnął zostać cywilnym inżynierem komunikacyjnym. Jednakże z braku dostatecznych dokumentów kwalifikacyjnych w Petersburgu dostał się do rosyjskiej szkoły saperskiej. Ukończył ją i wrócił w rodzinne strony, gdzie odbywał staż wojskowy. W tym czasie ożenił się z pełną dobroci i piękną młodą kobietą, z którą miał kilko-oro dzieci. Niestety, żona po kilku latach zmarła, podobnie jak i dwoje dzieci. Pozostał z dwiema córkami. Uczynni sąsiedzi „ożenili” go wkrótce z Antoniną Kościuszkówną, pochodzącą z rodziny Tadeusza Kościuszki. Z czasem pojawiły się kolejne dzieci, które jednak często umierały.

Pomimo bolesnych przeżyć osobistych, jako nieprzeciętnie zdolny, Traugutt robił karierę w wojsku rosyjskim. Był saperem, ale na etacie inżyniera. W czasie Wiosny Ludów 1848 r. brał udział w zbrojnej interwencji wojsk carskich na Węgrzech, pod dowództwem feldmarszałka Iwana Paskiewicza (znanego dobrze ze stłumienia powstania z 1830 r.). Przypomnijmy, że Paskiewicz został obdarzony przez cara tytułem Księcia Warszawskiego. Przez wiele lat był również namiestnikiem carskim w Królestwie.

Interwencję na Węgrzech Rosja podjęła na życzenie Habsburgów, ponieważ naród węgierski spontanicznie podjął walkę o pełną niepodległość.

Na czele wojsk węgierskich walczyli między innymi polscy generałowie Bem, Wysocki. Jak się wówczas czuł Traugutt – Polak i katolik w mundurze rosyjskim? Nie wiemy. Ciągłe awansował, dostawał medale za dzielność. Niebawem wybuchła wojna krymska (1853–1854). Znów awansował. W 1859 r., jako podpułkownik, pracował już w Sztabie Generalnym. Wykładał w wyższych uczelniach i szkołach wojskowych. Tak więc o karierze Traugutta w armii carskiej zadecydował jego niezaprzeczalny talent wojskowy.

W tym czasie wszczął starania o zwolnienie z armii. Z dużą emeryturą zamierzał pracować w uczelniach cywilnych, co dawało bardzo przyzwoity status – prestiżowy i materialny. Starania trwały dwa lata. W 1861 r. zwolniono go z armii.

W 1863 r. w Kongresówce wybuchło Powstanie Styczniowe, które objęło również część dzisiejszej Litwy, Białorusi i Ukrainy. Wokół Traugutta-cywila toczyły się działania partyzanckie, utarczki partii (tak nazywały się wówczas owe oddziały) z wojskiem rosyjskim.

Sąsiedzi usilnie namawiali Traugutta, aby objął dowództwo w wybranym oddziale, w przekonaniu, że przyniesie to zwrot na korzyść strony polskiej w owym regionie, czyli w okolicach Kobrynia.

Co się stało? Jaki przełom dokonał się w psychice Traugutta, że poszedł do wygasającego Powstania? On – świetnie wykształcony oficer carski, obyty wojennie, znający wielokrotną przewagę sił zbrojnych rosyjskich nad polskimi, zarówno w tzw. *sile żywej*, jak i uzbrojeniu – nie miał chyba złudzeń. Sądzę, że działały tu jakieś siły mistyczne lub ekspiacja za służbę Rosji. Względnie te dwa czynniki jednocześnie.

Traugutt na ogół wychodził z potyczek zbrojnych zwycięsko, ale zdarzały się również klęski. Po jednej z nich – chory, rozwiązał swój oddział, a sam został przygarnięty przez Elizę Orzeszkową – dla wykurowania się i ewentualnie zniknięcia z dotychczasowego terenu operacyjnego, gdzie był znany i łatwo byłoby władzom rosyjskim postawić go przed sądem i doprowadzić pod szubienicę.

Z pomocą Elizy Orzeszkowej dostał się do Brześcia, a potem etapami do Krakowa i Warszawy. Tam Traugutt łatwo zauważył oznaki i właściwe przyczyny rozkładu Powstania. Stronnictwo „czerwonych” walczyło o władzę ze stronnictwem „białych”. Wkrótce Traugutt, mianowany generałem, z rozkazu Rządu Narodowego udał się do Paryża, aby zabiegać o pomoc w tamtejszych kołach emigracyjnych i politycznych, oczekujących sukcesów Powstania.

Była jesień 1863 roku. Powstanie ledwie dyszało! Dużo klęsk militarnych, bardzo dużo dyletanctwa w dowodzeniu, katastrofalny brak broni. Broń to bardzo słaby punkt tego zrywu narodowego. Przypadkowi handlarze przysyłali broń przestarzałą, kradli pieniądze ze zbiorów narodowych. Traugutt starał się uzdrowić i usprawnić dostawy broni.

Na początku października 1863 r. powrócił do kraju. Widząc degrengoladę Rządu Narodowego, ciągle narady bez widocznego rezultatu, 17 października 1863 r. ogłosił się dyktatorem. Jak piszą współcześni, członkowie Rządu wyszli z posiedzenia obrażeni, ale w gruncie rzeczy zadowoleni, że ktoś zdjął z nich ciężar nie do zniesienia.

Bardzo szybko Traugutt zmienił sposób zarządu – niekończące się i nieefektywne narady. Powołał Biuro Centralne z 6 wydziałami, z których najważniejszy był Wydział Wojskowy. Na czele każdego wydziału stał dyrektor. Dążył też do zreorganizowania oddziałów partyzanckich w 4 korpusy. Liczył na współpracę z generałem Hauke-Bosakiem,

ale ten, pobity pod Opatowem, nie odegrał już później żadnej roli. Traugutt zakładał, że na wiosnę 1864 r. Powstanie ożyje. Były to niestety mrzonki.

Mieszkając pod nazwiskiem Michała Czarneckiego na warszawskim Powiślu, przy ul. Smolnej (dolnej – dziś nieistniejącej), pracował dzień i noc. Redagował regulaminy, przyjmował meldunki z terenu, wydawał rozkazy. Poczta powstańcza pracowała ze znakomitą regularnością. Traugutt – niestrudzony w pracy – przekazywał odpowiednie dyrektywy pięciu dyrektorom, którzy współpracowali z nim zgodnie i lojalnie. Propaganda rosyjska nazywała ten zespół ostatnim Rządem Narodowym.

Aresztowanie Traugutta nastąpiło w nocy z 10 na 11 kwietnia 1864 r. Czuli i wiedział, że pętla wkoło niego zaciska się nieodwołalnie. Żandarmom rosyjskim, kiedy przyszedli go aresztować, powiedział: „To już”. Śledztwo trwało krótko. Początkowo przetrzymywano go na Pawiaku, potem w X Pawilonie Cytadeli Warszawskiej. W śledztwie nikogo nie obciążył, swojej roli nie krył.

5 sierpnia 1864 r. o godzinie 10 rano na wzgórzach Cytadeli zawisło na szubienicach 5 bohaterów Powstania Styczniowego – Romuald Traugutt, Rafał Krajewski, Józef Toczyński, Roman Żuliński i Jan Jeziorański. Rosyjska orkiestra wojskowa grała głośno walca, zaś licznie zgromadzona w pobliżu miejsca egzekucji ludność Warszawy (źródła podają, że było od 5000 do nawet 30 000 osób) śpiewała *Święty Boże, Święty Mocny*. Traugutt przed egzekucją ucałował krzyż, podniósł głowę, a ręce miał złożone jak do modlitwy. Był absolutnie spokojny.

Po wielu latach, już w niepodległej Polsce, znaleziono w rowie w pobliżu Cytadeli 5 czaszek. Czy były to czaszki naszych narodowych męczenników? Wiadomo przecież, że Rosjanie przed zakopaniem ciał okryli je grubą warstwą wapna niegaszonego dla ukrycia popełnionej zbrodni. Zwłoki zakopano – oczywiście bez trumien.

Potomni w licznych publikacjach nakreślili portret psychologiczny Traugutta jako człowieka o niezłomnych patriotycznych zasadach. Człowieka, który po traumatycznych doznaniach – śmierci kilkorga dzieci i bardzo kochanej żony – potrafił się odnaleźć w upadającym Powstaniu, doskonale wiedząc, że po klęsce czeka go męczeńska śmierć.

Na szczęście literatura traktująca o Powstaniu Styczniowym jest bogata, archiwa otwarte, publikacji mnóstwo (sam w „Palestrze” nr 1–2 z 2006 r. przedstawiłem refleksje na temat Powstania Styczniowego). Podzielał pogląd tych bardzo wielu autorów, którzy piszą, że Powstanie Styczniowe przyswoiło Polakom wiele wartości, które się im przydały przez następne 150 lat. Zarówno w niewoli, jak i Polsce Niepodległej. Marszałek Piłsudski w specjalnym rozkazie ze stycznia 1919 r. pisał m.in. „Dla nas, żołnierzy wolnej Polski, powstańcy 1863 r. są i pozostaną ostatnimi żołnierzami Polski walczącej o swą swobodę, pozostaną wzorem wielu cnót żołnierskich, które naśladować będziemy”.

Romuald Traugutt to męczennik za wiarę i Polskę, który mógłby zostać wyniesiony na ołtarze. Niestety Prymas Polski Stefan kardynał Wyszyński, mimo podejmowanych prób, nie zdążył doprowadzić do wszczęcia procesu beatyfikacyjnego tej jednej z najpiękniejszych postaci w polskiej historii współczesnej.

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik

PROCES O BAGNO I O BAGNO (cz. 2) „Sport osobistej nienawiści”

Dr Chramiec może być dumny z jednej rzeczy. Zainscenizowana przed niego sprawa jest powtórzeniem dramatu Ibsena „Wróg ludu”. Rozwiązanie będzie zapewne inne, ale cała walka, aż do jednogłośnego brzmienia zarzutów, zachowania się rozmaitych osób, do stanowiska takich Haustata i Billinga wszystko jest zupełnie identyczne. Tak dalece jednak ludzkość jest wszędzie do siebie podobna, tak bardzo psychologia tłumu i ludzkich namiętności jest wszędzie jednaka, tak bardzo prawdą jest, że – głupstwo jest jak słońce, przyświeca wszystkim.

Stanisław Witkiewicz, *Bagno*

„Na trzęsawiskach nie można budować”¹ – pisze Witkiewicz, wspominając, jak to dr Chramiec, będąc przewodniczącym Komisji Klimatycznej, w ostatnich latach „wygryzł” kilku kolejnych lekarzy uzdrowiskowych, ponieważ nie mógł znieść tego, że wykazywali się oni inicjatywą i działali w służbie zdrowia w całym tego słowa znaczeniu. W końcu funkcję lekarza klimatycznego powierzył Chramiec swojemu szwagrowi, dr. Janowi Gaikowi.

Dziś, po stu dziesięciu latach, nikt nie ma wątpliwości, że Chramiec pozbywał się wybitnych profesjonalistów, a forował miernoty. Zauważa Witkiewicz: „Siła społeczeństwa, jak siła państwa, nie zależy od przedziwnych kombinacji i szacherek przebiegłych polityków, tylko od ilości i jakości składających je jednostek”².

Bezpośrednim powodem do napisania *Bagna* stała się ordynarna nagonka władz lokalnych, powiązanych z dr. Chramcem, na dr. Tomasza Janiszewskiego³, który pełnił

¹ Stanisław Witkiewicz, *Bagno*; Lwów. Nakładem Towarzystwa Wydawniczego Warszawa – Księgarnia S. Sadowskiego, 1903.

² Tamże.

³ Tomasz Janiszewski (1867–1939), wybitny lekarz i społecznik, docent higieny społecznej Uniwersytetu

funkcję lekarza klimatycznego. „Od lat dziesięciu [od 1892] jesteśmy świadkami szerególnego zjawiska. Komisja Klimatyczna wygrza z niesłychaną energią i zawziętością każdorazowego lekarza, który jest jej najkonieczniejszym członkiem. Mogą w niej nie zasiadać wszyscy inni przedstawiciele stanów zakopiańskich, ale musi być w niej koniecznie lekarz, gdyż on jest, a przynajmniej powinien być rozumem i sumieniem instytucji, która w pierwszym rzędzie ma za zadanie utrzymanie warunków zdrowia w danej miejscowości. Otóż ten swój rozum i sumienie zakopiańska Komisja Klimatyczna wszelkimi sposobami stara się zniweczyć, sparaliżować, powstrzymać od działania, wyrzucić z siebie, woli nawet sama się unicestwić, niż zgodzić się na działalność tak dla

Jagiellońskiego, profesor zwyczajny Uniwersytetu Warszawskiego. Autor ponad stu publikacji naukowych. Studiował na uniwersytetach w Warszawie, a następnie w Moskwie, gdzie został aresztowany i uwięziony na Butyrkach za posiadanie nielegalnych broszur. Po uwolnieniu pozbawiony prawa studiowania w Rosji, w 1890 wyjechał za granicę i studiował dalej medycynę w Bernie, Zurychu i Wiedniu. W 1892 przez pół roku we Fryburgu kształcił się w bakteriologii. Tam wykonał pod kierunkiem prof. Schotteliusa swoją pierwszą pracę naukową, wydrukowaną w 1893 w „Münchener Medizinische Wochenschrift”. W Zurychu otrzymał rządową posadę chemika w szpitalu kantonalnym i asystenta chemika w uniwersyteckiej klinice chorób wewnętrznych. Po pół roku wyjechał na studia do Francji, Anglii, Irlandii i Austrii. W Wiedniu specjalizował się w anatomii i embriologii. W 1894 r. w Krakowie został asystentem w Zakładzie Anatomii Patologicznej Uniwersytetu Jagiellońskiego, a w 1896 otrzymał w Uniwersytecie Jagiellońskim dyplom doktora wszech nauk lekarskich. W 1896 przeniósł się do Zakopanego, gdzie, jako specjalista chorób płuc, objął stanowisko lekarza klimatycznego i gminnego. Współdziałał przy zaplanowaniu urządzeń kanalizacyjnych i wodociągowych, projektowanych jego kosztem przez inżynierów z Wiednia. Zorganizował w Zakopanem służbę dezynfekcyjną, opracował przepisy dotyczące zwalczania gruźlicy w uzdrowiskach. W Zakopanem urządził własnym sumptem szpitalik, w 1899–1904, którym kierował. Był też kierownikiem w nowo wybudowanym szpitalu klimatycznym. Zainicjował utworzenie w Zakopanem Towarzystwa Lekarskiego oraz Polskiego Towarzystwa Przeciwgruźliczego. Założył „Przegląd Zakopiański”. W Zakopanem poznał Stefana Żeromskiego, który według niektórych relacji uczynił go prototypem głównego bohatera powieści *Ludzie bezdomni* – Tomasza Judyma. (Inna sprawa, że prototypów Judyma wytypowano kilkudziesięciu spośród lekarzy działających na ziemiach polskich na przełomie XIX w., co zresztą może tylko napawać dumą spadkobierców pięknych tradycji naszej medycyny i potwierdzać nadwątloną dziś wiarę w człowieka).

Działalność Janiszewskiego w Zakopanem zwalczał Andrzej Chramiec, a w ślad za nim członkowie rady gminnej, część górali i ta grupa miejscowej inteligencji, która sympatyzowała z prawicą. W obronie zdymisjonowanego przez Chramca Janiszewskiego stanął, jak wiadomo, popierany przez młode siły postępu, Stanisław Witkiewicz. W 1908 dr Janiszewski mieszkał już we Lwowie. Założył tam pierwszą poradnię przeciwgruźliczą. W 1909 został mianowany naczelnym lekarzem miejskim w Krakowie i w ciągu 17 lat zreorganizował miejski urząd zdrowia, powiększył liczbę lekarzy miejskich, opracował przepisy zwalczania chorób zakaźnych, założył miejską pracownię bakteriologiczną, zorganizował pierwsze w Polsce ambulatorium dentystyczne dla dzieci szkół powszechnych. Z jego inicjatywy powstały w Krakowie Zakłady Sanitarne na Prądniku Białym, m.in. barakowe sanatorium dla chorych na gruźlicę na 120 łóżek [pacjentką tam była m.in. św. siostra Faustyna (Maria Kowalska)]. Zorganizował tzw. Ogrody Robotnicze, założył Krakowskie Towarzystwo Przeciwgruźlicze i był dwukrotnie prezesem Krakowskiego Towarzystwa Lekarskiego. W 1915 został mianowany docentem higieny społecznej na UJ. Od 16 stycznia 1919 do 9 grudnia 1919 był z ramienia PSL „Piast” ministrem zdrowia publicznego w rządzie Ignacego J. Paderewskiego. Założył kilka państwowych zakładów badawczych w Warszawie przy ulicy Chocimskiej (po rozbudowie zakłady otrzymały nazwę Państwowego Zakładu Higieny). Zorganizował masowe dożywianie dzieci w Polsce, akcja objęła 1 300 000 osób. Po złożeniu urzędu ministra wrócił na stanowisko naczelnego lekarza miejskiego w Krakowie i docenta higieny społecznej UJ. Wykładał także w Akademii Górniczej i w Wyższym Studium Handlowym. Przebudował wówczas gruntownie, za pomocą funduszu Rockefellera, poradnię przeciwgruźliczą i urządził poradnię dla osesków i matek ciężarnych. Podjął dożywianie dzieci i uruchomił łaźnie miejskie. Założył w Krakowie Towarzystwo Higieniczne. W 1930, od pięciu lat emeryt, objął katedrę higieny na Uniwersytecie Warszawskim jako profesor zwyczajny. W 1933 został członkiem Najwyższej Rady Zdrowia. Zmarł 23 lipca 1939 r.

niej wstrętnej istoty, jak lekarz Stacji Klimatycznej. Walka z nim jest prowadzona przez dra Chramca, który, czy jako prezes Komisji Klimatycznej, czy jako delegat od Wydziału Krajowego, czy jako członek rady gminnej, czy jako wójt Zakopanego, czy wreszcie jako człowiek prywatny, wytęża całą swoją energię, wszystkie swoje siły i wpływy, żeby wyrzucić z Zakopanego każdorazowego lekarza stacji..."⁴

Żeby przypomnieć istotny szczegół charakteryzujący konfliktowe nastawienie dr. Chramca i dać do porównania relację spisaną nie z pozycji memuarzysty, lecz świadka i uczestnika niedawnych wydarzeń, podaję sygnalizowany w poprzednim odcinku tekst Stanisława Witkiewicza:

„Bezpośredni poprzednik obecnego lekarza stacji klimatycznej dr Stanisław Eljasz-Radzikowski wygryzany był z niemniejszą zaciekleścią jak dr Janiszewski. Sposób i forma tej walki polegały na tej samej, co dziś, metodzie, podstępnego przyłapania lekarza na jakichś zaniedbanych czynnościach, na gnębieniu go, za pomocą ciągłego podstawiania nogi, na każdym kroku jego życia.

Dr Eljasz wygryziony został w przeciągu lat dwóch, a jakimi sposobami, da miarę fakt, który znam najdokładniej, na który bezpośrednio patrzyłem. Pewnego dnia [1896] Józek Wawrytka, zajmujący się strzelaniem skał, został poszarpany przez wybuch prochu, przy rozsadzaniu ostatniego kamienia, potrzebnego do budowy kościoła. Oba oczy wypalone, twarz pokaleczona, lewa dłoń urwana całkowicie, prawa w części, głębokie rany w łokciu, pierś poszarpana – taki był stan Wawrytki. Nie było wtenczas szpitala, urządzonego dziś przez dra Janiszewskiego. Wypadek zdarzył się nad wieczorem, trzeba było Wawrytkę przenieść na Krzeptówkę, złożyć w jego chałupie i po najogólniejszym pierwszym opatunku zostawić do dnia następnego, żeby przygotować wszystko, co w takiej ciężkiej sprawie było potrzebne. Nazajutrz też, w niedzielę, dr Eljasz w asystencji doktora Chwistka⁵ udał się na Krzeptówkę, pojechałem też z nimi dla posługi. Cały ładunek materiałów opatrunkowych, cały aparat narzędzi i butli z wodą destylowaną został oczywiście zabrany. Wawrytka, człowiek niesłychanie gwałtowny i nerwowy, doprowadzony cierpieniem do ostatniego rozdrażnienia, gryzł nam ręce, skoro się go dotykało, oczywista więc rzecz, że opatunek odbywał się pod chloroformem, blisko przez dwie godziny, a cała nędza chłopskiej chałupy, nędza, której dziś zapobiega szpital, towarzyszyła ciężkiej pracy lekarzy. Jak wiadomo, dziś chirurg nie babrze się w ranach co chwila, bez widocznej wskazówki, a pierwszy dokładny opatunek zostawia się na dni kilka. Dr Eljasz miał zamiar, po zrobieniu drugiego opatunku we środę lub we

⁴ S. Witkiewicz, *Bagno*.

⁵ Bronisław Chwistek (ok. 1856–1922), studia medyczne ukończył na UJ w Krakowie. Był lekarzem klimatycznym kolejno w Krynicy i w Zakopanem (1888–1891 i 1903–1904). W 1892–1905 w domu własnym przy Krupówkach (w głębi za obecnym „Porajem”) prowadził zakład wodolecznicy „Hygea”. Od 1896 wspólnie z Antoniną Majewską był właścicielem „Adasiówki” (przy drodze do Kuźnic), gdzie prowadził w latach 1901–1905 sanatorium dla nerwowo chorych. Żona B. Chwistka, Emilia z Majewskich, prowadziła następnie w „Adasiówce” pensjonat, który w latach 1901–1909 gościł ludzi niezwykłych. Pomieszkiwali tam m.in. rektor Edmund Cięglewicz, Mieczysław Karłowicz, malarz i grafik Jan Rembowski, Karol Szymanowski, wreszcie Feliks Dzierżyński. W takiej to „Adasiówce” dorastał syn gospodarzy, Leon Chwistek (1884–1944), matematyk, logik, krytyk i teoretyk sztuki, malarz i powieściopisarz, tam bawili jego sławni potem koledzy: Bronisław Malinowski i S. I. Witkiewicz. Doktor Chwistek – współautor pierwszego statutu zakopiańskiej Stacji Klimatycznej – ok. 1906 r. wyjechał do Ameryki, wrócił w 1909, sprzedał „Adasiówkę” i opuścił Zakopane. Od 1917 mieszkał z żoną w Poroninie. Umarł w Krakowie.

czwartek, odesłać Wawrytkę do Krakowa, do kliniki, gdyż leczenie się jego w nędznej i brudnej chałupie było niemożliwe. Był też zamówiony powóz, w którym mieliśmy Wawrytkę odwieźć do Chabówki, i zapewnić dalej wygodną podróż. Tymczasem we wtorek dr Eljasz wyjechał na kilka godzin do Nowego Targu. Dr Chramiec, owoczesny prezes komisji klimatycznej, dowiedziawszy się o tym, wysłał natychmiast na Krzeptówkę swego asystenta dra 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 w stanie chorego. Nie dość na tym! Nazajutrz, o godzinie 5 tej z rana, zajechała fura chabowiańska, Wawrytkę wpakowano gwałtem, bez opatrunku na oczach, i wywieziono do Chabówki. Brat Józka, Kuba Wawrytka, klęczał przed nim całą drogę i trzymał wściekającego się z bólu brata, który mu gryzł ręce. Kiedym z bezwzględną szczerością wypowiedział moje oburzenie Drowi Chramcowi, ten ostatni nie miał ani jednego słowa do powiedzenia, na usprawiedliwienie swego czynu. Zawołał tylko: – Dr Eljasz powinien pilnować swoich obowiązków!

Zrozumiałem wtedy, o co tym panom chodziło. Dr Eljasz został wygryziony.

Kilku tutejszych lekarzy, między innymi śp. dr Hawranek⁶, dr Piasecki⁷, dr Chwistek, wniosło z tego powodu protest do Rady Lekarskiej⁸. Dłużej tutejszych stosunków w tym stanie nie można zostawiać. Od czasu, kiedy miał miejsce wypadek z Wawrytką, przeszło lat siedm czy ośm i nic się tu nie zmieniło na lepsze⁹.

Nic to. Trzeba wrócić do istotnych szczegółów najnowszych „polowań na klimatycznych”, urządzanych przez dr. Chramca – tych, które stały się bezpośrednim powodem powstania głośnego, mistrzowsko napisanego *Bagna*. Witkiewicz, uznawszy, że sprawa walki jednostek, w której stawką są interesy i sprawy publiczne, powinna być poznana przez społeczeństwo – a społeczeństwo powinno zająć stanowisko rozstrzygające, wraca do sprawy walki dr. Chramca z obecnym lekarzem stacji klimatycznej:

„Jakie są głębsze jej pobudki, nie wiem i nie chcę się domyślać, gdyż wszelkie domysły zaciemniałyby w tym wypadku sprawcę. Nie znając skrytych sprężyn tej walki, znamy jednak jej ujawnione motywy i [...] na podstawie urzędowo stwierdzonych dokumentów i faktów możemy wydać sąd o wartości całej tej sprawy”...

⁶ Dr Marian Hawranek miał przy ul. Chałubińskiego 5 willę „Rialto”, w której prowadził od 1898 sanatorium przeciwgruźlicze. Sam zmarł na gruźlicę w wieku 35 lat.

⁷ Wenanty Piasecki (1832–1909), doktor medycyny, studiował na Uniwersytecie Jagiellońskim, z przerwą na studia w Pradze. W powstaniu styczniowym komisarz Rządu Narodowego. Był propagatorem przyrodolecznictwa, pionierem ruchu gimnastycznego w Polsce, jako członek założycieli i prezes działał w zakopiańskim „Sokole”. Jeden z pierwszych lekarzy, którzy zamieszkali na stałe w Zakopanem. W 1879 kupił od dr. Ludwika Ganczarskiego grunt (dziś ul. Jagiellońska) i w rok później osiadł pod Tatrami z rodziną. Dzierżawił i prowadził (po Ganczarskim) stary zakład wodolecznicy w Kuźnicach w ostatnim roku jego istnienia. Wybudował i prowadził do 1898 zakład przyrodolecznicy „Klemensówka”, a po jego sprzedaniu, z przeznaczeniem na pensjonat, prowadził w latach 1898–1907 lecznicę w willi własnej „Mazowsze”. Dał się poznać jako społecznik. Działał w Towarzystwie Tatrzańskim, w 1895–1902 był członkiem rady gminnej, w 1905–1906 redaktorem i wydawcą „Przeglądu Zakopiańskiego”. Wspólnie m.in. z Tytusem Chałubińskim ułożył statut uzdrowiskowy dla Zakopanego. Publikował artykuły z zakresu medycyny, higieny i wychowania fizycznego oraz o Zakopanem i o Tatrach. W 1907 wyjechał do Linzu, gdzie po dwóch latach zmarł.

⁸ Do kwestii orzeczenia Rady Lekarskiej, negatywnego dla protestujących, a wydanego bez przeprowadzenia śledztwa, powróci się na sali sądowej (w 3. odcinku).

⁹ S. Witkiewicz, *Bagno*, s. 18.

Ab ovo. Przede wszystkim – szpitalik doktora Janiszewskiego!

O potrzebie miejsca na leczenie „słaniającego się w gorączce bezdomnego nędzara”, na niedopuszczenie do klęsk, jakie roznosi „zaniedbana choroba” w chałupie góralskiej czy izdebce rzemieślnika, na opiekę nad ciężarnymi, które w okolicach, gdzie nie ma szpitala, padają ofiarą „ciężkich przeżyć porodowych”, wie każdy – pisze Witkiewicz – kto pamiętał, jak było zanim dr Janiszewski wybudował szpitalik, „mały, ubogi, lecz urządzony i kierowany według zasad nauki i miłosierdzia”¹⁰.

Skąd opór? Żeby choć jeden powód!...

Szpital klimatyczny miał być w założeniu duży. Z inicjatywy dr. Janiszewskiego w maju 1898 wybrano komitet budowy – do którego wszedł także inicjator. Trudno sobie wyobrazić inaczej. Jednak kiedy plan był gotów, kosztorys wykonany i już ładowano na wozy materiały budowlane, w styczniu 1899 dr Chramiec wystąpił z wnioskiem o wybór nowego komitetu – „naturalnie, z wyrzuceniem lekarza Stacji Klimatycznej” (z wykluczeniem dr. Janiszewskiego z komitetu). Nowy komitet nic nie robił.

W obliczu takiej sytuacji (niezrozumiałego oporu gminy i Komisji Klimatycznej do współfinansowania obiektu) dr Janiszewski kupił domek pod Gubałówką, dostosował go na potrzeby szpitala, „postarał się o fundusze na jego utrzymanie i ofiarował Komisji Klimatycznej na szpitalik prowizoryczny”. Na uroczyste otwarcie obiektu zaprosił dr. Chramca. Usłyszał odeń:

– Nie mam czasu przyjść na poświęcenie pańskiego domu!

Tak może powiedzieć ktoś, kto jest co najmniej niechętny.

Fakt faktem. Jeden dzielny człowiek doprowadził do powstania szpitalika mogącego funkcjonować – co za wstyd dla komitetu, dla gminy! Nie było rady: komitet – wprawdzie pod naciskiem starosty i lekarza powiatowego – wziął się do roboty. Szpital stanął – i wtedy Chramiec wystąpił z wnioskiem, aby szpital klimatyczny – podkreślmy, wybudowany na ten cel z datków gości – wziąć na własność gminy. I żeby on sam tym szpitalem zawiadował. Był to z wielu powodów nonsens, szpital klimatyczny bowiem w samym założeniu miał na celu izolowanie zakaźnie chorych, którzy zachorowali w pensjonatach podczas pobytu w Zakopanem. O konieczności umieszczania chorych zakaźnie w tym szpitalu – w celu niedopuszczenia do epidemii – mówiło rozporządzenie ck starostwa w Nowym Targu, wydane 23 lutego 1900. Dr Chramiec zwołał posiedzenie rady gminnej... i chyba tylko po to, żeby się sprzeciwić¹¹. 29 marca 1900 na jego wniosek rada zaprotestowała przeciw rozporządzeniu. Ck starostwo na szczęście się nie ugięło, szpital pozostał pod zarządem lekarza stacji klimatycznej. Dr Chramiec postanowił w inny sposób wydrzeć szpital dr. Janiszewskiemu. Postanowił wybrać osobnego lekarza gminnego i wziąć szpital pod zarząd gminy. Tego wniosku starostwo nie zatwier-

¹⁰ W tym i w kolejnych akapitach (jeśli nie zazaczyłem inaczej) wszystkie cytaty ujęte w cudzysłów pochodzą z *Bagna S.* Witkiewicza. Są to fragmenty akapitów lub zdań, zaczerpnięte z najróżniejszych stron i rozdziałów broszury. Pisownię dostosowałem do obowiązujących obecnie norm, pozostawiając jednak w oryginalnej formie odmianę rzeczowników w liczbie mnogiej oraz brzmienie niektórych cyfr i liczb, co nie razi, nie zaciemnia sensu, a wręcz przeciwnie – podkreśla nastrój epoki. Pozwoliłem sobie także ujednoczyć pisownię nazw instytucji, wprowadzając konsekwentnie wielkie lub małe litery.

¹¹ Witkiewicz pisze wprost: „niezrozumiałą i świadczącą, nie mówię już, o małej dbałości o własne zdrowie, ale po prostu o niezrozumieniu własnego materialnego interesu, interesu uzdrowiska, jest uchwała Rady Gminnej powzięta na [tym] posiedzeniu”...

dziło, motywy w nim były bowiem „oparte na fałszu, lub na podstępny przekręcaniu znaczenia faktów”. Na to dr Chramiec wniósł do starostwa zażalenie, że wskazaniem natychmiastowego usunięcia z urzędu dr. Janiszewskiego, którego postępowanie jest karygodne. Janiszewski – zdaniem Chramca – nie dość, że przeciążony leczeniem kuracjuszy, to jeszcze ze wzmiankowanego wyżej, spornego niby domu izolacyjnego, zrobił sobie własny szpitalik, który jest tylko w części przytulkiem dla nieuleczalnie chorych. Według Chramca i podpisanych jeszcze trzech znacznych osób Janiszewski, osłonięty powagą władzy ck starostwa, rozporządza środkami i rządzi się jak w prywatnej lecznicy.

To zażalenie nic nie dało. Władze wyższe uznały, że pismo jest bałamutne. Szpital pozostał pod zarządem dr. Janiszewskiego, mało tego, świeżo sejm przyznał 600 koron subwencji, i kwotę wręczono dr. Janiszewskiemu, jako kierownikowi szpitala. Zirytowany dr Chramiec zrezygnował z członkostwa w Komisji Klimatycznej. Namiestnictwo przysłało swego komisarza, Tomasza Piątkiewicza, który objął przewodnictwo w Komisji Klimatycznej – zdaniem Witkiewicza z pożytkiem dla Zakopanego.

Ale od tego momentu dr Janiszewski jest już z furią atakowany przez dr. Chramca, na każdym kroku rzucającego mu kłody pod nogi. Gdy wybrano Janiszewskiego do komisji szkolnej, Chramiec i jego ludzie, z aprobatą Obszaru Dworskiego, za pośrednictwem gminy, zażądał usunięcia go z komisji, motywując to troską o wpływ osoby Janiszewskiego na młodzież¹². Ciekawe, że to żądanie usunięcia lekarza zbiegło się z serdecznym podziękowaniem właśnie dla dr. Janiszewskiego, wyrażonym właśnie przez komisję szkolną, za jego udaną interwencję w Radzie Szkolnej Krajowej. Podziękowanie było efektem wniosku zakopiańskiego proboszcza¹³.

Witkiewicz uważa, że działania „bagna” są wynikiem zamętu pojęć, jaki wytwarza się tu pod wpływem działań. Gdy dr Janiszewski został wybrany do rady gminnej, partia, nazwijmy ją, Chramca, wniosła zażalenie o nieprawność wyborów. Jak się okazało po przebadaniu sprawy – wybory były przeprowadzone właściwie. Wobec braku rezultatów walki podjazdowej zapieklcy przeciwnicy wyrażone na piśmie przez mieszkańców Zakopanego potępienie osoby i czynów dr. Janiszewskiego. Liczyli na usunięcie niewygodnego lekarza lub na zmuszenie go do ustąpienia pod presją opinii społecznej. Podmówiono górali do podpisania petycji żądającej usunięcia szkodnika itp. Chramiec uwijał się towarzysko, mnożąc wokół Janiszewskiego ostracyzmy. Pod gradem obelg

¹² Witkiewicz – co zresztą wynika z dalszych jego wywodów i dowodów – wie, że ma do czynienia z człowiekiem niewiarogodnie przebiegłym. Choć, jak zwykle w *Bagnie* mocno i ostro, pisze w tym miejscu bez złości: „W Zakopanem ustaliło się przekonanie, że dr Chramiec w swoich robotach może liczyć na poparcie Władysława hr. Zamoyskiego, że w każdej chwili może się oprzeć o jego milionową fortunę, wpływ jego imienia (...). Nie chcę w to wierzyć. Zaprzęczenie do tych robót takiej siły, jak hr. Zamoyski, któremu Zakopane zawdzięcza kolej żelazną, który tyle energii, poświęcenia i oddania włożył w sprawę Morskiego Oka, byłoby fatalnym zaprzepaszczaniem i zmarnowaniem wielkiej wartości społecznej, powtarzam więc: nie chcę w to wierzyć. Czy jednak hr. Zamoyski wie, że jego pełnomocnik, tak zwany urzędowo Przedstawiciel Obszaru Dworskiego, p. Winiarski, wniósł do Rady Szkolnej nędzny paszkwil-donos na lekarza stacji klimatycznej dr. Janiszewskiego, żądając na podstawie tego donosu usunięcia go z Rady Szkolnej i grożąc, że Obszar Dworski cofnie zapomogę dawaną szkole, jeżeli żądanie to nie zostanie spełnione?”

¹³ Chodzi o księdza kanonika Kazimierza Kaszelewskiego (1866–1935), drugiego – po księdzu Józefie Stolarczyku – proboszcza zakopiańskiego. Ks. Kaszelewski, działacz prawicowy; zyskał popularność z powodu zamontowaniu krzyża na Giewoncie w 1901.

i insynuacji dr Janiszewski zażądał śledztwa dyscyplinarnego. Górale bardziej lub mniej otwarcie przyznawali, że byli podmawiani. Przeważnie podpisywali petycję „w nadziei, że następca dr. Janiszewskiego nie będzie tak dokuczał o czystość i porządek w gnojówkach i ustępach”. Przesłuchiowano wielu świadków, których motywy i fakty były niepoważne; podczas śledztwa szybko wyszło na jaw, że są oparte na fałszu i łatwych do wykrycia oszczerstwach¹⁴. Akurat w tym czasie dr Chramiec został obrany wójtem zakopiańskim. Otrzymał więc największą władzę w obrębie gminy. „Sytuacja stawała się groźna – pisze Witkiewicz – bagno się wzdymało”. Kiedy z Namiestnictwa przyszło pismo, w którym zarzuty wobec dr. Janiszewskiego uznano za bezpodstawne i lekarz klimatyczny pozostał na swoim stanowisku, a ponadto polecono wybrać nowych członków komisji klimatycznej na miejsce ludzi dr. Chramca bojkotujących posiedzenia, wówczas dr Chramiec z tą swoją silną grupą wyjątkowo przyszedł na posiedzenie – ale tylko po to, żeby... dać dymisję dr. Janiszewskiemu. „Bagno stanęło dęba i zdawało się tryumfować”. Ale do Zakopanego przybył dr Merunowicz, „protomedyk¹⁵ Galicji”, i zniósł złośliwą uchwałę.

Witkiewicz, który nazywa poczynania dr. Chramca wobec kolejnych lekarzy „sportem osobistej nienawiści”, pisze dalej:

„Bagno cofnęło się do Rady Gminnej i stamtąd zaatakowało dr. Janiszewskiego wnioskiem o zniesienie Komisji Klimatycznej – więc i urzędu lekarza klimatycznej stacji. Co za konsekwencja, co za wytrwałość i zaciekość! Jednocześnie trzeba podziwiać sprawność, z jaką dr Chramiec kieruje zbitą w niewolnicze stado większością rady gminnej i Komisji Klimatycznej. Tak przedstawiają się sposoby i środki walki, o których przychodzi mi mówić z najwyższym obrzydzeniem i wstrętem. Żeby jednak mieć o tej sprawie sąd sprawiedliwy i całkiem jasny, a zarazem dojść do głębszego społecznego wniosku, trzeba się rozejrzeć w motywach i hasłach, dążeniach i celach, dla których zużywa się tyle sił, energii i czasu i tyle marnuje się społecznego dobra”.

Wniosek o natychmiastowe usunięcie lekarza klimatycznego umotywowował dr Chramiec wieloma przewinieniami, których się miał dopuścić dr Janiszewski, zaniedbując tej wiosny swoje obowiązki. Wcześniej „Przegląd Zakopiański” wykazał ewidentny fałsz tych oskarżeń, Witkiewicz w *Bagnie* naświetla precyzyjnie ich „przewrotną nielogiczność”. „Przypuśćmy – pisze – że dr Janiszewski, mając tak rozległe obowiązki [...], jednocześnie całą wiosnę bez miłosierdzia prześladowany przez dra Chramca, przypuśćmy, że się spóźnił [...], że kilka śmietników nie zrewidował, z kilku studni nie spróbował wody – byłoby to bardzo źle, ale dr Chramiec sam w swoim wniosku przyznaje, że to tej wiosny pierwszy raz mu się zdarzyło, a jednak od sześciu już lat prowadzi z lekarzem stacji klimatycznej tę zacieklą walkę! Żeby dr Chramiec stał na dobrym, ludzkim stanowisku, to, widząc, że Dr Janiszewski nie może podołać nadmiarowi pracy, zamiast

¹⁴ Śledztwo przeprowadzali starosta Rudzki i lekarz powiatowy, dr Bednarski, poseł na sejm krajowy. Rezultat śledztwa przesłano Namiestnictwu.

¹⁵ Człowiek nazywany przez S. Witkiewicza „promedykiem” Galicji to dyrektor Departamentu Sanitarnego Namiestnictwa we Lwowie. Radca Józef Merunowicz, który pełnił wówczas tę bardzo ważną funkcję, był autorem wielu sprawozdań wydawanych w formie nadbitok z „Przeglądu Lekarskiego” (UJ Kraków) bądź broszur (Lwów). Doktor medycyny, jako radca ministerialny działał już w ostatnim ćwierćwieczu XIX w. Wydawał m.in. sprawozdania ck Krajowej Rady Zdrowia o stosunkach zdrowotnych w kraju i w 1883 *Śmiertelność w większych miastach Galicji w 1882 r.* W 1880 na wniosek zarządu Uzdrowiska w Krynicy uczczono zasługi dr. J. Merunowicza dla Krynicy, nadając nazwę „Zdrój Józef” pozyskanemu źródłu.

śledzić podstępnie i donosić [...], dr Chramiec powinien był powiedzieć lekarzowi stacji klimatycznej: «Kolego, nie macie w tej chwili czasu, pozwólcie, ja was zastąpię». Tak się może dzieje gdzie indziej”.

Witkiewicz wyjaśnia, że dr Janiszewski badał studnie od dawna i doszedł do wniosku, że ich wody już teraz nie mogą być idealnie czyste dziś, i będą coraz brudniejsze, i dlatego już kiedyś opracował projekt kanalizacji i wodociągów¹⁶... projekt tak zwalczany przez dr. Chramca.

Lecz „gdyby nawet Dr Janiszewski zbadal na nowo studnie, przed sezonem, nie miałyby to żadnego znaczenia, wobec warunków gruntu i nieuregulowanych stosunków budowlanych. [...] Jest tylko jedna rada: regulacja, wodociągi i kanalizacja”. Dr Janiszewski wie o tym – on bowiem (w przeciwieństwie do dr. Chramca, któremu było to obojętne) przeprowadził badania chemiczno-bakteriologiczne, i dlatego „dziś, jak przed laty, może tylko stawiać jedno żądanie: wodociągi i kanalizacja – kanalizacja i wodociągi”.

Witkiewicz by nie zdziwiło, gdyby zarzuty stawiał Janiszewskiemu przedsiębiorca hotelowy, który dba tylko o własne interesy. Zarzuty o narażanie Zakopanego na tak drogą inwestycję, jaką jest wprowadzanie wodociągów i kanalizacji, stawia mu lekarz, Chramiec, nazwany spadkobiercą idei prof. Chałubińskiego. Dr Chramiec, zamiast odstraszać ludność wizją kosztów inwestycji, przecie „powinien był jej wytłumaczyć, że w Tyrolu i Szwajcarii najmniejsza wioszczyzna nie pija wody spod nóg, że każda osada ludzka ma swoje wodociągi, zrobione choćby z zestawianych wydrążonych pni smrekowych”.

Tu jednak szło o „preparowanie opinii publicznej”.

„W chwili, kiedy dr Chramiec dawał dymisję dr. Janiszewskiemu, motywowaną tak marnymi pobudkami, spotkałem znajomego górala, który mi mówi: – Żle panie!

– Co złego? – pytam.

– Tak skalujom, tak skalujom to Zakopane, co tu ani jeden gość nie przyjedzie!

– Któż to szkaluje?

– Janisiowski! – odpowiada góral. – Ino wodociągi i wodociągi a kanalizacja! Ja studnie niepotok brał, cobyk jom miał zasypywać! Wodociągów nijakik tu nie trza! Napirsa elektryka, bo z tego może być dochód!”¹⁷.

Cdn.

¹⁶ W roku 1900, a więc w trzy lata przed opisywanymi wydarzeniami, dr T. Janiszewski sprowadził do Zakopanego inżynierów z wiedeńskiej firmy Rumpel i Waldek, żeby sprawdzili, czy planowane urządzenia wodociągowe i kanalizacyjne są możliwe do zainstalowania. Inżynierowie wyrazili się w tej kwestii pozytywnie i zrobili wycenę. Koszt 69 000 złotych reńskich za wodociągi i 150 000 złotych reńskich za kanalizację – to nie były kwoty niemożliwe do zdobycia... zwłaszcza że sejm nie był skąpy dla pewnych poważnych autorytetów, a poza tym wspaniałomyślny hr. Zamoyski, który sam jeździł w wagonie III klasy, nie wahał się wydawać krociowych sum na pożyteczne cele społeczne.

Trzeba jeszcze raz podkreślić, że dr Janiszewski z własnej kieszeni finansował wszystkie plany i kosztorysy. Dbał o jakość swojego projektu, którego plany sprawdzał szczegółowo Roman Kajetan Ingarden, radca dworu i ck budowniczy, specjalista, odpowiedzialny m.in. za budowę funkcjonujących do dziś zabezpieczeń przeciwpowodziowych – bulwarów wiślanych Kazimierza i Podgórze w Krakowie. W sprawach planów wodociągowych i kanalizacyjnych T. Janiszewskiego radca Ingarden kilkakrotnie przyjeżdżał specjalnie ze Lwowa lub z Krakowa do Zakopanego.

¹⁷ S. Witkiewicz, *Bagno*, s. 53.

Sylwetki wybitnych adwokatów

Adam Kasperkiewicz

WSPOMNIENIE O ADWOKACIE MIRONIE KOŁAKOWSKIM (1911–1993)

8 stycznia 2013 r. minęła dwudziesta rocznica śmierci Mirona Kołakowskiego, wybitnego adwokata, społecznika, posła na sejm drugiej kadencji, obrońcy w procesach politycznych, człowieka miłującego kulturę i sztukę.

Wychowywał się w rodzinie o bogatych tradycjach patriotycznych i intelektualnych. Dziadek Mirona, Ignacy Kołakowski (1839–1910), właściciel ziemski pochodzący z powiatu łomżyńskiego, osiedlił się w Częstochowie prawdopodobnie po upadku powstania styczniowego. Nabył dom przy ul. Wieluńskiej 46, w którym Miron Kołakowski się urodził i wraz z braćmi, Jerzym i Tadeuszem, spędził dzieciństwo.

Ojciec Mirona, Bolesław Kołakowski, wykładał na Politechnice Lwowskiej, był autorem podręcznika chemii dla studentów. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 r. zaangażował się w tworzenie szkolnictwa średniego, zakładając i prowadząc prywatne licea w Bełchatowie, Piotrkowie Trybunalskim, a później we Włochach koło Warszawy.

Miron Kołakowski, po ukończeniu gimnazjum humanistycznego w Piotrkowie Trybunalskim, w 1928 r. rozpoczął studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. W latach 1933–1935, już po ukończeniu studiów prawniczych, kontynuował kształcenie w Szkole Nauk Politycznych, poważnie myśląc o karierze dyplomaty. Został członkiem Stronnictwa Narodowego.

Służbę wojskową pełnił w Szkole Podchorążych Rezerwy Artylerii we Włodzimierzu Wołyńskim, uzyskując 1 stycznia 1936 r. stopień podporucznika rezerwy artylerii ciężkiej.

W latach 1933–1939 odbywał aplikację adwokacką, początkowo w Piotrkowie Trybunalskim, by po dwóch latach przenieść się do Częstochowy.

W latach 1937–1939 pełnił funkcję doradcy prezydenta Częstochowy.

W trakcie aplikacji, w marcu 1939 r., został zmobilizowany i przydzielony do pułku artylerii ciężkiej. Pomimo trudności związanych z rygiem służby wojskowej zdołał przygotować się do egzaminu adwokackiego, który złożył z wynikiem pozytywnym przed Komisją Egzaminacyjną Rady Adwokackiej w Warszawie (26, 27 maja i 6 czerwca 1939 r.).

Po wybuchu wojny w 1939 r. brał udział w kampanii wrześniowej jako zastępca dowódcy baterii 4. Pułku Artylerii Ciężkiej. Walczył w szeregach Armii Łódź w bitwie nad Bzurą, uczestniczył w obronie twierdzy Modlin.

Po upadku Modlina trafił do niewoli i do końca listopada 1939 r. przebywał w obozie jeńców wojennych w Działdowie.

Z obozu wrócił do rodzinnej Częstochowy, gdzie pod adresem aleja Najświętszej Maryi Panny 16 (w czasie wojny Hitlerstrasse) w 1940 r. otworzył kancelarię adwokacką.

W okresie okupacji działał w podziemnym Stronnictwie Narodowym, Narodowej Organizacji Wojskowej, a następnie w szeregach Armii Krajowej.

Wraz ze Stanisławem Rybickim podjęli rozmowy z podziemnymi władzami oświatowymi w Warszawie. Poprzez swojego ojca Bolesława Kołakowskiego, dyrektora liceum we Włochach pod Warszawą (członka podziemnych władz nauczycielskich), Miron Kołakowski nawiązał kontakt z Czesławem Wycechem, dyrektorem Departamentu Oświaty i Kultury Delegatury Rządu na Kraj, który skierował go do profesora Józefa Czekalskiego. Myśl, żeby założyć po wojnie w Częstochowie uczelnię o profilu administracyjno-gospodarczym, podsunął profesor Uniwersytetu Ziemi Zachodnich Stefan Zaleski. Rozmowy z przedstawicielami Uniwersytetu Ziemi Zachodnich zaowocowały powstaniem w 1943 r. w Częstochowie filii tej uczelni i powołaniem wielu wydziałów. Wydział Prawa został uruchomiony w listopadzie 1943 r. z inicjatywy sędziego (później adwokata) Mariana Stoszka, aplikanta adwokackiego Michała Wojaka i adwokata Mirona Kołakowskiego, który dla studentów pierwszego roku wykładał prawo państwowe, teorię prawa i dawne polskie prawo sądowe.

W 1944 r. w tajnych kursach akademickich w Częstochowie uczestniczyło 695 słuchaczy, a dla porównania warto podać, że średnia roczna liczba słuchaczy tajnego nauczania na poziomie akademickim wynosiła w Warszawie 561 osób, w Krakowie – 460, w Lwowie – 149, w Wilnie – 65.

Wykłady z prawa odbywały się w prywatnych mieszkaniach pp. Rumianków, Zajęckich i Jastrzębskich.

Przy ul. Jasnogórskiej 28 w Częstochowie prowadzona była przez SS Zmartwychwstanki pod egidą Rady Głównej Opiekuńczej stołówka dla profesorów tajnej uczelni. W latach 1944–1945 w czwartki odbywały się tam wieczory naukowe, podczas których naukowcy prezentowali swoje wykłady. Miron Kołakowski wystąpił z odczytem na temat „Konflikt polsko-niemiecki w świetle prawa narodów”, będący częścią jego pracy doktorskiej, napisanej w czasie okupacji.

Miron Kołakowski po wojnie kontynuował swą akademicką działalność, wykładając w latach 1945–1957 w Wyższej Szkole Administracyjno-Handlowej, a od 1949 r. również w Szkole Inżynierskiej. W latach 1952–1962 kierował Katedrą Ekonomii i Organizacji Przemysłu Politechniki Częstochowskiej.



Od 1946 r. był przewodniczącym Miejskiego i Powiatowego Komitetu Obrony Pokoju w Częstochowie, a następnie do 1962 r. członkiem Prezydium Ogólnopolskiego Komitetu Obrońców Pokoju w Warszawie. W grudniu 1949 r. został powołany na radnego w Miejskiej Radzie Narodowej w Częstochowie.

Związki Mirona Kołakowskiego z Kościołem katolickim były silne nie tylko poprzez jego głęboką wiarę, ale ulegały ciągłemu wzmocnieniu przez aktywną i odważną działalność społeczną, polityczną i adwokacką.

Od 1945 r. do maja 1948 r. Miron Kołakowski zajmował stanowisko prezesa „Caritasu” diecezji częstochowskiej.

Doradzał biskupowi Teodorowi Kubinie, który publicznie i zdecydowanie potępił pogrom ludności żydowskiej w Kielcach w 1946 r., a w późniejszych latach z doradztwa Mirona Kołakowskiego korzystał biskup Z. Goliński.

Był doradcą i zaufanym przyjacielem generała zakonu paulinów o. Jerzego Tomzińskiego (uczestnika II Soboru Watykańskiego).

W okresie ostrych prześladowań Kościoła adwokat Miron Kołakowski podejmował się obrony w procesach karnych paulinów z Jasnej Góry i księży oskarżanych z powodów politycznych.

Jedną z najgłośniejszych była sprawa paulina Kajetana Raczyńskiego, przeora Jasnej Góry w latach 50.

W dniu 25 sierpnia 1957 r. Kajetan Raczyński wygłosił do wiernych zebranych pod Jasną Górą kazanie, które stało się podstawą wniesienia przeciwko niemu oskarżenia o to, że jako duchowny zakonu O.O. Paulinów nadużył wolności wyznania w celu wywołania u ok. 150 tysięcy rzeszy słuchaczy wrogiego stosunku do ustroju PRL w ten sposób, że przedstawił ustroj socjalistyczny jako ustroj ucisku pozbawiający obywateli wolności osobistej i własności prywatnej oraz hołdującym idei wojny.

Wyrok skazujący na karę dwóch lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zapadł w dniu 8 października 1958 r.

W wywiedzionej rewizji od tego wyroku adwokat Miron Kołakowski w następujący sposób polemizował z absurdalnym zarzutem hołdowania przez ustroj socjalistyczny idei wojny:

„Przecież w istocie każdego określonego ustroju politycznego leży dążenie do zapanowania określonej koncepcji politycznej i zlikwidowanie przeciwnej. Nie oznacza to wcale, ażeby chodziło o hołdowanie idei wojny. Likwidacja przeciwnej koncepcji politycznej może się dokonać na drodze bezpośredniego wyrażenia woli ludności, rewolucji czy tp.”.

W dniu 21 lipca 1958 r. na zlecenie prokuratury katowickiej funkcjonariusze SB, używając wozu pancernego, rozbili bramy jasnogórskie i wtargnęli do Instytutu Prymasowskiego na Jasnej Górze, rekwirując wszystkie wydrukowane broszury i pieczętując powielacze. W opublikowanym w tym czasie w „Polityce” artykule nazwano klasztor „fabryką złudzeń”. Adwokat Miron Kołakowski jako obrońca uczestniczył w procesach paulinów, którzy na skutek podjętej obrony przed najściem SB oskarżeni zostali o użycie siły wobec funkcjonariuszy MSW i utrudnianie rewizji.

W 1960 r. mecenas Miron Kołakowski przed Sądem Wojewódzkim w Lublinie bronił paulina Józefa Osiadłego (zakonne imię Efrema), oskarżonego o to, że „podczas publicznego kazania na odpuście podawał fałszywe wiadomości o prześladowaniu kościoła

i instytucji kościelnych w Polsce, zarzucając wiernym bierną postawę wobec takiego stanu rzeczy i nawołując ich do walki mającej położyć kres prześladowaniu”.

Prokurator nie wahał się na rozprawie nadzwyczaj ostro potępić duchownego tymi słowami: „Po 15 latach Polski Ludowej ksiądz, który podniósł przeciw niej głos, zasłużył na to, aby nad nim nie świeciło słońce”.

Od wyroku sądu Wojewódzkiego w Lublinie, wymierzającemu o. Józefowi Osiańskiemu karę trzech lat pozbawienia wolności, rewizję wniósł Miron Kołakowski do Sądu Najwyższego, który zaskarżony wyrok utrzymał w mocy. W 1992 r. na skutek rewizji nadzwyczajnej, wniesionej przez Prokuratora Generalnego, Sąd Najwyższy uniewinnił J. Osiańskiego od zarzucanego mu czynu.

Spełnieniem młodzieńczych ambicji wykonywania zawodu polityka był wybór Mirona Kołakowskiego na posła drugiej kadencji Sejmu PRL w roku 1957. Miron Kołakowski startował w wyborach jako kandydat niezależny, popierany przez Obwodowy Komitet Frontu Narodowego i przez pracowników Ars Christiana. Spośród ośmiu kandydatów z okręgu wyborczego nr 83 w Częstochowie zdobył największą liczbę głosów, tj. 190 962, co świadczyło o popularności i szacunku, jakimi cieszył się wśród mieszkańców swojego miasta.

W dniu 18 lutego 1957 r. zawiązało się Koło Posłów Katolickich „Znak”, do którego przyłączył się Miron Kołakowski. W sejmie brał udział m.in. w pracach komisji Wymiaru Sprawiedliwości i Komisji Nadzwyczajnej do opracowania projektu ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli.

Jego wystąpienia z mównicy sejmowej cechowały umiar, realizm i rzeczowość. W wystąpieniu na pierwszej sesji sejmowej w dniu 26 kwietnia 1957 r. krytykował uchwalenie i funkcjonowanie dekretu o przymusowym zarządzie państwowym, domagając się jego uchylenia, oraz apelował o pełną niezależność i niezawisłość sądów.

Warto przytoczyć *in extenso* fragment jego apelu o kulturę sądenia, zdaje się paląco aktualnego i dzisiaj:

„Drugą kwestią wiążącą się z sądownictwem jest dążenie (to pod adresem Pana Ministra Sprawiedliwości) do jak największego podnoszenia kultury sądenia, odpowiedniego stosunku sądu do wszystkich osób, które się przed sądami zjawiają, zarówno w procesach cywilnych, jak i karnych – zarówno do osób, które są bezpośrednimi aktorami, jak też przypadkowymi uczestnikami w postaci świadków i biegłych. Wydaje mi się, że kwestia kultury sądenia jest jednym ze składników powszechnej kultury polskiej”.

Na posiedzeniu sejmowym w dniu 29 maja 1957 r. w imieniu Komisji Sprawiedliwości miał zaszczyt Miron Kołakowski przedstawić do uchwalenia rządowy projekt o zmianie dekretu z dnia 5 sierpnia 1949 r. o państwowym arbitrażu gospodarczym, przewidujący wprowadzenie sądowej kontroli decyzji podejmowanych w postępowaniu administracyjnym.

Był przeciwny wprowadzeniu obowiązkowej konfiskaty przez sąd, twierdząc, że „taka sztywność sankcji nie jest zgodna z zasadami nowoczesnego wymiaru sprawiedliwości”.

W dyskusji nad projektami aktów ustawodawczych dotyczącymi Najwyższej Izby Kontroli upatrywał w tym organie gwarancji praworządności oraz wiązał z powołaniem tej instytucji nadzieje budowania w społeczeństwie głęboko zakorzenionego poczucia prawnego.

Wystąpieniami Mirona Kołakowskiego w sejmie zachwycał się w swych dziennikach z lat 1955–1959 Jerzy Zawieyski. Pod datą 26 kwietnia 1957 r. notował: „Posiedzenie sejm. Członek naszego Koła poseł Miron Kołakowski wygłosił świetne przemówienie”, a pod datą 25 lutego 1958 r. zapisał: „Posiedzenie plenarne sejm. Ten dzień w sejmie był wielkim triumfem naszych posłów z Koła „Znak”. Przedmiotem dyskusji na rannym posiedzeniu była ustawa dotycząca przedsiębiorstw przemysłowych pod zarządem państwowym. Z ramienia naszego Koła wygłosił dłuższe przemówienie poseł Miron Kołakowski, który wskazał na wszystkie błędy merytoryczne i formalne wniesionej ustawy. Przemówienie było wspaniałe, inteligentne, rzeczowe, jasne, z pozycji nadrzędnych. Mówcy, którzy potem zabierali głos, odwoływali się do Kołakowskiego”.

Andrzej Friszke w swej monografii *Koło posłów „Znak” w sejmie PRL 1957–1976* szczegółowo opisał działalność posłów katolickich, doceniając wagę ich wystąpień podczas sejmowych posiedzeń: „Ważkie były przemówienia na tematy gospodarcze: Kisielewskiego o zobowiązaniach podatkowych, Kołakowskiego o ustawie karno-skarbowej i zawartych w niej zagrożeniach dokonania wielkich niesprawiedliwości, również Kołakowskiego o przedsiębiorstwach państwowych (...)”.

W 1957 r. Miron Kołakowski przyłączył się do grupy posłów wspierających starania o wznowienie tygodnika „Niedziela”, który wraz z innymi katolickimi pismami, w tym „Tygodnikiem Powszechnym”, na mocy decyzji władz państwowych przestał ukazywać się w 1953 r. W dniu 30 października 1957 r. grupa posłów katolickich na ręce marszałka Sejmu PRL złożyła memoriał w sprawie wznowienia wydawania „Niedzieli” podpisany przez Zofię Kossak, ks. Antoniego Marchewkę i posła Antoniego Gładysza. List popierający memoriał podpisali m.in.: Stefan Kisielewski, Jerzy Zawieyski i Miron Kołakowski. Wysiłki reaktywowania „Niedzieli” nie przyniosły wówczas zamierzonych efektów. Kolejny numer tygodnika ukazał się dopiero 7 czerwca 1981 r.

Miron Kołakowski w latach 80. związał się ściśle z „Niedzielą”, wydawaną w Częstochowie, publikując w niej wspomnienia, recenzje książek (m.in. książki *Dzień Jana Ireny Parandowskiej*), artykuły polemiczne. Służył wiedzą prawniczą, pisząc odwołania od decyzji Głównego Urzędu Kontroli Publikacji i Widowisk. Również jego teksty padały ofiarą cenzury, choćby artykuł zatytułowany *Wstrząs*, napisany w reakcji na wieść o wprowadzeniu i zamordowaniu ks. Jerzego Popiełuszki.

Kiedy w latach 80. zauważyć można było wzrost zainteresowań twórczością Jerzego Zawieyskiego, na łamach „Niedzieli” ukazał się artykuł Mirona Kołakowskiego przypominający sylwetkę pisarza, z którym pozostawał, jak sam to określał, w „przyjaznej zażyłości”. Przypominał Miron Kołakowski, że Jerzy Zawieyski był w pewien sposób związany z Częstochową, albowiem właśnie w tym mieście dyrektor teatru im. Adama Mickiewicza Iwo Gall wystawił w 1931 r. pierwszą jego sztukę pt. *Człowiek jest niepotrzebny*.

W latach 1958–1960 Miron Kołakowski zasiadał w zarządzie Klubu Inteligencji Katolickiej w Warszawie. Po utworzeniu KIK-u w Częstochowie w roku 1980 Miron Kołakowski został jego członkiem. W okresie od 7 października 1990 r. do 24 listopada 1991 r. pełnił w częstochowskim KIK-u funkcję przewodniczącego sądu koleżeńskiego.

W roku 1981 Miron Kołakowski znalazł się wśród prelegentów, obok Stefana Kisielewskiego, Stanisława Stommy, ks. Józefa Żyćńskiego, podczas zorganizowanego przez KIK w Częstochowie I Tygodnia Kultury Chrześcijańskiej.

Miron Kołakowski w okresie PRL czynnie wspierał opozycję polityczną.

W latach siedemdziesiątych znane osoby z kręgu kultury i sztuki, m.in. artysta malarz Jerzy Pogorzelski, malarz i scenograf teatralny Władysław Wagner, twórca exlibrisów Wojciech Barylski, rzeźbiarz Czesław Dukat, adwokat Miron Kołakowski spotykali się w kawiarni „Empik”, komentując głośno i otwarcie bieżącą sytuację polityczną w kraju oraz wymieniając się publikacjami „Kultury” paryskiej, a także innych niezależnych wydawnictw. Rozmowom przysłuchiwali się studenci i młodzież licealna. „Przysłuchiwali się” również funkcjonariusze SB w ramach czynności operacyjnych. Jednym z aktywnych uczestników spotkań w „Empiku” był późniejszy działacz „Solidarności” Henryk Wieczorek. W połowie 1982 r. Henryk Wieczorek został oskarżony w procesie politycznym, a jego obronę podczas rozprawy przed Sądem Wojewódzkim w Częstochowie prowadził adwokat Miron Kołakowski.

Po wprowadzeniu stanu wojennego adwokat Miron Kołakowski wraz z adwokatami Marią Stypułkowską i Grzegorzem Kosińskim służyli pomocą prawną Diecezjalnemu Komitetowi Pomocy Bliźniemu. Konieczne było zapewnienie szybkiej i fachowej obrony w sprawach karnych prowadzonych przeciwko opozycji w trybie doraźnym.

W trakcie rozprawy przed Sądem Najwyższym w sprawie V KRN 193/82 adwokat Miron Kołakowski podważał legalność przepisów dekretu o stanie wojennym, co spotkało się z ostrą reprymendą ze strony składu orzekającego, który trzykrotnie zwracał się do obrońcy z pytaniem: „czy pan wie, co pan mówi?”.

W roku 1989 r. zaproponowano Mironowi Kołakowskiemu startowanie w wyborach do Senatu z ramienia „Solidarności”, jednak z uwagi na stan zdrowia i podeszły wiek zrezygnował na rzecz adwokata Andrzeja Rozmarynowicza.

Adwokat Miron Kołakowski przez wiele lat poświęcał się pracy na rzecz samorządu adwokackiego. Od 1951 r. w ramach szkolenia prowadzonego przez Radę Adwokacką w Katowicach wykładał dla aplikantów adwokackich retorykę, a po utworzeniu w 1976 r. Izby Adwokackiej w Częstochowie do 1990 r. uczestniczył w Komisji Szkolenia Aplikantów Adwokackich.

W latach 1957–1963 był członkiem Rady Adwokackiej w Katowicach.

W Izbie Adwokackiej w Częstochowie w latach 1976–1983 pełnił funkcję Prezesa Komisji Dyscyplinarnej. Wybierany był na delegata Krajowych Zjazdów Adwokatury i Nadzwyczajnego Zjazdu Adwokatury w Poznaniu. Pracował w Komisji ds. Kształcenia Aplikantów Adwokackich Naczelnej Rady Adwokackiej oraz w Radzie Programowej Ośrodka Badawczego Adwokatury.

Kancelarię adwokacką prowadził od 1940 r. do 1952 r., a od 1953 r. do 31 grudnia 1983 r. wykonywał zawód adwokata w Zespole Adwokackim nr 1 w Częstochowie.

W uznaniu wyjątkowych zasług adwokat Miron Kołakowski został odznaczony Krzyżem Walecznych, Krzyżem Kawalerskim OOP, Złotą Odznaką Adwokatury, Złotą Honorową Odznaką Zasłużonego dla m. Warszawy.

Wykonywanie zawodu adwokata, praca w samorządzie adwokackim, działalność polityczna, publicystyczna nie wyczerpywały wszystkich pól aktywności mecenas Mirona Kołakowskiego.

Pasjonował się fotografią, historią, historią sztuki, muzyką, literaturą, archeologią. Fotografiami artystyczną zajmował się z powodzeniem już w latach 30. ub. wieku. W 1930 r. otrzymał pierwsze nagrody w fotograficznych konkursach fabryk fotochemicznych „Alfa” i „Ero”.

Stowarzyszenie Miłośników Fotografii w Ostrowie Wielkopolskim zamieściło jego zdjęcie zatytułowane *Deszcz w Tece Fotografów Polskich 1936/1937*, a Książnica Atlas we Lwowie w roku 1938 r. zakwalifikowała zdjęcie autorstwa Mirona Kołakowskiego *Widok ruin zamku w Olsztynie* do druku w formie pocztówek.

Swoje zainteresowania fotografią Miron Kołakowski rozwijał po wojnie, współtworząc w 1948 r. w Częstochowie Oddział Polskiego Towarzystwa Fotograficznego, którego został wiceprezesem i był jego długoletnim, aktywnym członkiem. W latach 50. był prezesem Zarządu Głównego PTF w Poznaniu i wiceprezesem ZG PTF w Warszawie. Prace Mirona Kołakowskiego prezentowano na wielu indywidualnych i zbiorowych wystawach amatorskiej fotografii artystycznej (m.in. w: I Ogólnopolskiej Wystawie Fotografiki PTF w Poznaniu, III Gnieźnieńskiej Wystawie Fotografii, Wystawie Obrazów Fotograficznych w Częstochowie). Łącznie brał udział w 20 wystawach na terenie całego kraju.

Dodajmy, że pierwszą powojenną nagrodę zdobył w 1947 r. na I Wystawie Fotograficznej Klubu Filmowców Wąskiej Taśmy w Łodzi. Ulubioną tematyką fotograficznych prac Mirona Kołakowskiego był pejzaż i architektura. Zdjęcia wykonywał techniką bromową, nawiązując do tradycji estetycznej nastrojowej fotografii J. Bułhaka i T. Walińskiego.

Zamiłowania do historii realizował jako przewodniczący komisji historycznej przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Częstochowie, zakładając częstochowski oddział Towarzystwa Przyjaciół Warszawy czy prezesując miejscowemu Oddziałowi Polskiego Towarzystwa Archeologicznego. Swoimi staraniami przyczynił się do powstania w Częstochowie Oddziału Towarzystwa Przyjaciół Książki i przez wiele lat był jego prezesem. Kolekcjonował książki, cenne grafiki, exlibrisy.

Pozostawił po sobie bogaty księgozbiór, liczący ok. 10 tysięcy tomów z zakresu historii, dziejów myśli politycznej, dyplomacji i prawa. Zgromadził komplet prac S. Mrożewskiego, A. Półtawskiego, S. Ostoi-Chrostowskiego. 15-tysięczna kolekcja exlibrisów, zawierająca polskie, niemieckie, francuskie, austriackie i angielskie znaki książkowe, w tym pochodzące z XVII i XVIII wieku, wystawiana była na wielu ekspozycjach krajowych.

Współpracował z „Palestrą”, „Niedziela”, „Tygodnikiem Powszechnym”. Pod pseudonimem Bolesław Kościeszka publikował w „Myśli Polskiej”, organie Stronnictwa Narodowego na emigracji.

Pozostawał pod dużym wpływem myśli Leona Petrażyckiego, z którym zetknął się na pierwszym roku studiów prawniczych na Uniwersytecie Warszawskim.

„Dopiero po latach zorientowałem się, jak wielki wpływ te wykłady z socjologii prawa wywarły na sposób patrzenia na przepisy prawa tak mój, jak i moich kolegów ze studiów. Jest on daleki od ściśle dogmatycznej oceny przepisów prawnych, a opiera się przede wszystkim na ich analizie i dostrzeganiu społecznej genezy oraz poszukiwaniu skutków i następstw oddziaływania prawa na ludzi” („Niedziela” 1985, nr 26, *Kłopoty z prawem*).

W duchu tej koncepcji odnosił się do problematyki przestępczości gospodarczej podczas dyskusji zorganizowanej w redakcji „Więzi” w roku 1960, w której udział wzięli Tadeusz Mazowiecki, Konstanty Łubieński, adwokat Tadeusz de Virion, Andrzej Wiewiówyski (zapis dyskusji ukazał się w nr 2/1960 miesięcznika „Więź”).

Miron Kołakowski poszukiwał źródeł przestępczości w słabych więzach społecznych

i braku poszanowania dobra społecznego. Przestrzegał przed mechanicznym zaostrzaniem sankcji karnych.

Sprzeciwiał się karze śmierci, powołując, spośród wielu znanych, oryginalny argument, odnoszący się do osoby kata. „Pozbawianie na zimno, mechanicznie życia innego człowieka musi rzutować na psychikę kata. Samo poszukiwanie i angażowanie takiego wykonawcy jest moralnie naganne oraz sprzeczne z zasadą miłości bliźniego i chrześcijańskiego humanizmu” („Niedziela” 1985, nr 12).

Z relacji prywatnych wyłania się Miron Kołakowski jako człowiek skromny, życzliwy i pogodny. Pielęgnował przez całe życie przyjaźnie. Z kolegą z podchorążówki, późniejszym zastępcą podsekretarza stanu USA, utrzymywał po wojnie żywe kontakty. Posiadał dar łagodzenia konfliktów i zjednywania sobie sympatii. Wielokrotnie powierzano mu przewodniczenie walnym zebraniom Klubu Inteligencji Katolickiej w Warszawie. Kochał muzykę, malarstwo, książki. W jego domu gościli znani pianiści Władysław Kędra czy Witold Małcużyński – przy okazji swoich koncertów w Filharmonii Częstochowskiej.

O. Jerzy Tomziński, generał zakonu paulinów, wspominając adwokata Mirona Kołakowskiego, podkreślał jego niezwykłą odwagę cywilną w głoszeniu swych poglądów.

Zmarł 8 stycznia 1993 r. w Częstochowie. Spoczywa na cmentarzu Kule w Częstochowie.

Rok Powstania Styczniowego

Dorota Lewandowska

RZĄD NARODOWY „TAJEMNEGO PAŃSTWA POLSKIEGO” OKRESU POWSTANIA STYCZNIOWEGO I JEGO NAJWAŻNIEJSZE DOKUMENTY PRZECHOWYWANE W ZBIORACH ARCHIWUM GŁÓWNEGO AKT DAWNYCH

Władze narodowe „tajemnego państwa polskiego” okresu Powstania Styczniowego wyłonione zostały z ruchu patriotycznego, który rozwijał się od 1856 r. najpierw pod zaborem rosyjskim, a następnie austriackim i pruskim. Wyodrębniły się w nim dwa obozy polityczne: „białych” i „czerwonych”, które stworzyły własne organizacje tajne. Organizacja „białych” zrzeszała elementy umiarkowane wywodzące się z ziemiaństwa, burżuazji i inteligencji; jej celem była praca organiczna, a w dalszej przyszłości, w sprzyjających okolicznościach, walka narodu o niepodległość. Do Powstania „biali” przyłączyli się dopiero w połowie marca 1863 r.

Po ogłoszeniu w połowie października 1861 r. stanu wojennego w Królestwie Polskim ruch patriotyczno-narodowy stał się tajny. W październiku przywódcy różnych kół i ugrupowań „czerwonych” wybrali trzyosobowy Komitet Ruchu, nazwany też Miejskim (dla odróżnienia od Akademickiego, konspiracyjnej organizacji studenckiej związanej w 1860 r. przez Karola Majewskiego), jako centralny organ kierowniczy przygotowań powstańczych. Wiosną 1862 r. nastąpiło połączenie Komitetu Ruchu z Komitetem Akademickim, a w czerwcu 1862 r. ukonstytuował się Komitet Centralny Narodowy na czele z Jarosławem Dąbrowskim (aresztowanym w połowie sierpnia tego roku). Do wpływu w Komitecie doszły ugrupowania centrowe, które po odroczeniu terminu Powstania zajęły się głównie organizowaniem administracji narodowej.

Program i zasady organizacyjne władz narodowych Komitet określił w statucie z 16 czerwca 1862 r., opublikowanym w organie prasowym „Ruch” z 24 lipca oraz w instrukcjach uzupełniających. Statut, mający charakter ustawy zasadniczej, stawiał Organizacji Narodowej jako cel odzyskanie niepodległości Polski w granicach z 1771 r.

na drodze powstania powszechnego, równouprawnienie wszystkich jej mieszkańców i uwłaszczenie chłopów za odszkodowaniem dla właścicieli ze Skarbu Państwa.

Na czele Organizacji stał Komitet Centralny Narodowy. W jego skład pierwotnie miało wchodzić siedmiu członków, z których każdy powinien mieć po dwóch pomocników. W rzeczywistości Komitet składał się przeważnie z pięciu członków; jeden z nich pełnił funkcję naczelnika m. Warszawy. Liczba pomocników również nie była kompletna. Pracom przewodniczył jeden z członków, każdorazowo w tym celu powoływany. Komitet podejmował decyzje większością głosów. Miał władzę nieograniczoną. W określonych sytuacjach mógł zamieniać się w kolegium sądzące. W jego gestii pozostawało pięć wydziałów: Interesów m. Warszawy, Interesów Prowincji, Stosunków Zagranicznych, Policji oraz Skarbu. Po przyłączeniu się jesienią 1862 r. duchowieństwa rzymskokatolickiego do ruchu narodowego i po podporządkowaniu się utworzonej przez to duchowieństwo własnej organizacji Komitetowi Centralnemu powstała przy Komitecie Komisja Interesów Duchownych i Opieki nad Ludem. Komitet Centralny Narodowy obejmował swą władzą „byłe Królestwo Kongresowe”, prowincje: Litwę, Ruś, ziemie zaboru pruskiego i austriackiego oraz emigrację polską. Wymienione prowincje i emigracja miały wyłonić własne komitety, podporządkowane centralnej władzy narodowej.

Komitet pełnił funkcję rządu polskiego jako jedynie legalna władza naczelna w Polsce. W odezwie z 1 września 1862 r. ogłosił się prawowitym Rządem Narodowym Polski i dał wykładnię prawną swego legitymizmu. Miał własny organ prasowy „Ruch”, posługiwał się kancelarią. Do korespondencji używał blankietów z odpowiednimi nadrukami oraz pieczęci.

Po przeprowadzonej brance w nocy 15 stycznia 1863 r. Komitet w zmienionym składzie, pod naciskiem lewicy, podjął decyzję o rozpoczęciu walki 22 stycznia 1863 r. oraz uchwałę o powołaniu na dyktatora gen. Ludwika Mierosławskiego, który przebywał wówczas w Paryżu, a dyktaturę złożył już w końcu lutego 1863 r., po krótkim pobycie w Królestwie. 22 stycznia Komitet, już jako Tymczasowy Rząd Narodowy, wydał manifest wzywający naród do Powstania oraz ogłaszający równouprawnienie wszystkich obywateli i uwłaszczenie chłopów za odszkodowaniem właścicieli ze Skarbu Państwa, a także dwa oddzielne dekryty o uwłaszczeniu i nadaniu ziemi bezrolnym chłopom – uczestnikom Powstania. Dekryty te miały być realizowane w terenie przez władze narodowe cywilne i wojskowe.

W marcu 1863 r. do Powstania przyłączyli się „biali” i nastąpiła zaaranżowana przez nich krótkotrwała dyktatura gen. Mariana Langiewicza. Nowy dyktator w manifestie wydanym w Gószczy 10 marca ogłosił, że bierze na siebie „bezpośredni kierunek działań wojennych”, zarząd spraw cywilnych powierza zaś osobnemu Rządowi Narodowemu Cywilnemu, który będzie działał pod jego kontrolą. Rząd Cywilny miał składać się z czterech członków, będących zarazem dyrektorami czterech wydziałów: Wojny, Skarbu, Spraw Wewnętrznych i Spraw Zagranicznych. Rząd Tymczasowy w Warszawie, postawiony wobec faktu dokonanego, uznał dyktaturę Langiewicza, nie zaakceptował natomiast tworzonego w Krakowie Rządu Cywilnego. 19 marca 1863 r. Langiewicz, przekraczając granicę z Galicją, został aresztowany przez władze austriackie.

W skład nowo powołanego Rządu Tymczasowego, zwanego koalicyjnym, wszedł również przedstawiciel „białych” (Karol Ruprecht). Zreorganizowany rząd dzielił się na wydziały: Wojny, Skarbu, Spraw Zewnętrznych (stosunki z organizacjami narodowymi

w zaborach: austriackim i pruskim oraz z emigracją), Spraw Wewnętrznych i Prasy. Każda z wymienionych komórek kierowana była przez jednego z członków Rządu; składała się z kilku referentów i sekretarza. Do spraw Litwy i Rusi zostali powołani w Rządzie sekretarze. Sprawy zagraniczne powierzono przebywającemu w Paryżu ks. Władysławowi Czartoryskiemu, którego mianował swym pełnomocnikiem do spraw kontaktów z rządami europejskimi.

Struktura organizacyjna zapewniała ciągłość władzy Rządu Narodowego, pomimo że zmieniał on swój skład osobowy i polityczny charakter. Kierownictwo Powstania zorganizowało sprawnie funkcjonujące „państwo podziemne”. Rozbudowanie struktur Organizacji Narodowej miało na celu utworzenie gotowego aparatu państwowego, który mógłby zacząć normalnie funkcjonować w momencie odzyskania niepodległości. Temu zadaniu w znacznej mierze służył rozwój powstańczej sfragistyki. Instytucje i urzędy powstańcze wszystkich szczebli posiadały własne pieczęcie będące oznaką władzy, pozwalające na wydawanie rozkazów i zobowiązujące do ich wykonania. Dla wielu uczestników Powstania pieczęć była jedynym widocznym symbolem powstańczego rządu. Prawie wszystkie oficjalne druki Organizacji Narodowej posiadały odciski pieczęci; były to nie tylko urzędowe dokumenty, lecz także różnego rodzaju ulotki, kolportowane, rozdawane, rozsyłane czy rozklejane po ulicach.

„Umiarkowany” Rząd kwietniowy niebawem został obalony. 10 maja 1863 r. Tymczasowy Rząd Narodowy wydał dekret o zmianie swej nazwy na Rząd Narodowy oraz o zmianie pieczęci na trójherbową, na tarczy zwieńczonej koroną, z godłami Korony (Orzeł), Litwy (Pogoń) i Rusi (Archanioł Michał) i z napisem w otoku: „Rząd Narodowy, Wolność – Równość – Niepodległość”. Nowej pieczęci, przedstawiającej godło ówczesnego państwa polskiego i określającej jego program, Rząd używał aż do końca swego istnienia.

W maju i czerwcu doszło do kolejnych przewrotów. Od 23 maja do 10 czerwca 1863 r. władzę sprawował **Rząd Narodowy** tzw. *czerwonych prawników*, w którego skład wchodziłi głównie prawnicy i historycy prawa, m.in. Oskar Awejde, Franciszek Dobrowolski, Piotr Kobyłański, Stosław Łaguna. Rząd ten powołał w każdym powiecie i w Warszawie trybunały rewolucyjne do sądenia spraw politycznych

W połowie czerwca 1863 r. do władzy doszedł były członek dyrekcji „białych” Karol Majewski. Jego „koalicyjny” Rząd przeprowadził reorganizację wszystkich władz narodowych, w tym również własnej struktury. Praca w Rządzie była prowadzona nadal w wydziałach, których miało być teraz siedem: Spraw Wewnętrznych, Skarbu, Wojny, Policji, Prasy, Spraw Zagranicznych (kierował nim adw. Henryk Krajewski), Prowincji – do spraw Litwy i Rusi oraz zaborów austriackiego i pruskiego (wydział ostatni nie został zorganizowany). Naczelnik m. Warszawy do Rządu nie wszedł. Organizacja miejska Warszawy została podporządkowana Rządowi na zasadach przyjętych dla terenowych władz narodowych.

Zreorganizowana została kancelaria. Pieczęcią Rządu miały być opatrywane tylko oryginały postanowień. Rozporządzenia i dekrety Rządu ogłaszane drukiem, jako kopie, powinny być podcyfrowywane literami S. L. (*locum sigilli*) i mieć, w dowód autentyczności, pieczęć drukarni Rządu Narodowego. Rozporządzenia wydawane przez wydziały, opatrywane dotychczas pieczęcią wydziału i pieczęcią Rządu Narodowego, odtąd miały być potwierdzane pieczęcią wydziału i pieczęcią sekretarza Rządu.

17 października 1863 r. władzę naczelną narodową przejął Romuald Traugutt, jako kolejny dyktator. Rząd Traugutta dokonał reorganizacji zarządu (utrzymane zostały dotychczasowe wydziały; przywrócono także Wydział Policji); tryb urzędowania, ze względu na wzrastający terror, uproszczono, dokonano decentralizacji władzy. 10 kwietnia 1864 r. Traugutt został aresztowany; zorganizowano nowy, trzyosobowy rząd na czele z Bronisławem Brzezińskim. We wszystkich poczynaniach Rządu uczestniczył naczelnik miasta Warszawy Aleksander Waszkowski.

Po wygaśnięciu działań zbrojnych Powstania Rządowi temu przypadło w udziale załatwienie spraw likwidacyjnych administracji narodowej w kraju. Pełnomocnikiem – reprezentantem Rządu Narodowego poza granicami zaboru rosyjskiego Rząd Brzezińskiego mianował działacza emigracyjnego, przebywającego w Dreźnie, Jana Kurzybę. W końcu października 1864 r. prezes ostatniego Rządu Narodowego opuścił Warszawę. Pewne funkcje władzy naczelnej narodowej w kraju sprawował pozostający jeszcze na wolności naczelnik miasta Warszawy Waszkowski, który został aresztowany 19 grudnia 1864 r. Był to kres ponad dwuletnich rządów administracji narodowej, kierowanej najpierw przez Komitet Centralny, a następnie przez kilkakrotnie zmieniający się Rząd Narodowy Polski.

DOKUMENTACJA AKTOWA WŁADZ NARODOWYCH

Ze względu na konieczność konspiracji ograniczono do niezbędnego minimum wszelką dokumentację, a materiały świadczące o związkach z organizacją konspiracyjną były na bieżąco niszczone. Wydawano zarządzenia nakazujące posługiwanie się słowem pisanym tylko w wyjątkowej sytuacji, niewymienianie w pismach nazwisk i nazw miejscowych, posługiwanie się kryptonimami i pseudonimami. Wynikiem tego jest znikoma ilość zachowanych imiennych, rękopiśmiennych nominacji, raportów czy pokwitowań. Podpisy zastępowały pieczęcie znajdujące się na dokumentach. Zalecenie dotyczące niszczenia dokumentacji nie odnosiło się do pism okólnych czy propagandowych o dużym zasięgu, które szeroko kolportowano, ogłaszano w prasie tajnej lub wydawano w postaci druków ulotnych. Brak zachowanej dostatecznej liczby dokumentów naczelnych władz narodowych, jak i dokumentacji kancelaryjnej wojskowych i cywilnych władz terenowych, oraz ksiąg kancelaryjnych rejestrujących bieg pisma w registraturze, nie pozwala nawet w przybliżeniu określić stanu liczbowego wytworzonych materiałów aktowych. Znaczna część dokumentacji kancelaryjnej urzędów narodowych, przechowana wbrew zaleceniom, wpadła w ręce władz zaborczych, stanowiąc niejednokrotnie załączniki do akt spraw prowadzonych przeciwko uczestnikom Powstania. Część została uratowana przez funkcjonariuszy władz narodowych lub dowódców powstańczych i znalazła się w wielu archiwach, bibliotekach i muzeach oraz w zbiorach prywatnych w kraju i za granicą. Wiele dokumentów powstańczych uległo zagładzie we wrześniu 1939 r. i w czasie Powstania Warszawskiego.

Dziś większe zbiory ocalałej, szczątkowej dokumentacji władz narodowych okresu Powstania Styczniowego przechowywane są w: Archiwum Głównym Akt Dawnych w Warszawie, Archiwum Państwowym w Krakowie, Bibliotece Narodowej w Warszawie, Muzeum Narodowym Wojska Polskiego (tu głównie ikonograficzne), Bibliotece Czarto-

ryskich w Krakowie, Bibliotece Jagiellońskiej, Bibliotece Oddziału Krakowskiego PAN, Bibliotece Zakładu Ossolińskich we Wrocławiu, Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego, Bibliotece Polskiej w Paryżu (m.in. materiały Izby Obrachunkowej), w Fowley Court pod Londynem (Trauguttiana w zbiorach ks. Józefa Jarzębowskiego) oraz w archiwach i bibliotekach Moskwy, Petersburga, Wilna, Lwowa i Kijowa. Wiele dokumentów struktur Organizacji Narodowej szczebla prowincjonalnego przechowują archiwa państwowe.

Nieliczne dokumenty Komitetu Centralnego Narodowego, od 22 stycznia 1863 r. – Tymczasowego Rządu Narodowego, a od 10 maja tego roku – Rządu Narodowego przechowywane są w Archiwum Głównym Akt Dawnych w zbiorze akt: *Organizacja Narodowa Powstania Styczniowego, 1861–1864*, tworząc jeden z jego najważniejszych działów. Są to głównie dokumenty luzem (małego formatu), sporadycznie bifolia czy broszurki. Dominują pisma okólne oraz dokumenty normatywne, które zachowały się w postaci druków ulotnych. Są też litografie z epoki. Niektóre z druków i oryginalnych rękopiśmiennych dokumentów papierowych lub spisanych na specjalnej bibułce oznaczone są znakiem wodnym i nadrukami kancelaryjno-urzędowymi (dla Rządu Narodowego papier produkowała fabryka w Jeziornie; w zbiorze występują papiery posiadające znak wodny przedstawiający na tarczy trójdzielnej zwieńczonej koroną jagiellońską herb odradzającego się państwa polskiego: z Orłem, Pogonią i Michałem Archaniołem oraz napisem w otoku: Rząd Narodowy Polski).

Jednym z najcenniejszych nabytych w latach 70. XX w. od prywatnego posiadacza jest pierwopis części II statutu Organizacji Narodowej, datowany 16 czerwca 1862 r., zawierający program i zasady Organizacji Narodowej. Zachowana część dotyczy struktury organizacyjnej i zakresu kompetencji ukonstytuowanego wówczas Komitetu Centralnego Narodowego i podległych mu władz terenowych¹.

W dalszej kolejności następują:

- drukowany okólnik Komitetu Centralnego Narodowego z 15 sierpnia 1862 r., zawierający program społeczno-polityczny w stosunku do chłopów oraz apel do włościan o zaufanie do „Rządu Polskiego” i kapłanów głoszących hasła wolnościowe²;
- rozkaz Komitetu Centralnego Narodowego *Do Naczelników Powiatu, Burmistrzów i Wójtów Gmin*, zabraniający tymże udzielania jakiegokolwiek pomocy przy brance. Dokument niedatowany (powstał najprawdopodobniej ok. 10 stycznia 1863 r.), opatrzony jest tuszową pieczęcią Komitetu Centralnego Narodowego³.

Powszechnie znanym dokumentem, wielokrotnie niegdyś publikowanym, także w podręcznikach szkolnych, jest odezwa Komitetu Centralnego Narodowego jako Tymczasowego Rządu Narodowego z 22 stycznia 1863 r., wzywająca cały naród polski do

¹ AGAD, ONPS, sygn. 1; oryg., rkp, 2 bifolia, 5 s.; liczne ubytki tekstu; w tej wersji niepublikowany; w dotychczas znanej wersji opublikowany w „Ruchu” nr 5 z 17 września 1862 r.; na tej podstawie w wydawnictwie: *Powstanie styczniowe. Materiały i dokumenty*, t. 13, *Dokumenty Komitetu Centralnego Narodowego i Rządu Narodowego 1862–1864*, pod red. E. Halicza, S. Kieniewicz, I. Millera, Wrocław 1968, s. 3–7; rękopis tej wersji przechowuje Biblioteka Czartoryskich (nr 5687); *facsimile* i opr. dokumentu – zob. F. Ramotowska, *Odnaleziony pierwopis części II statutu Organizacji Narodowej z r. 1862*, „*Studia Źródłoznawcze*” 1980, t. XXV, s. 145–161.

² AGAD, ONPS, sygn. 3; druk, 1 karta, 2 s.; publikacja: *Powstanie styczniowe*, t. 13, *Dokumenty Komitetu Centralnego Narodowego i Rządu Narodowego 1862–1864*, s. 12–13.

³ AGAD, ONPS, sygn. 5; litografia, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 29.

walki o wolność Ojczyzny, zawierająca obietnicę zrównania stanów, uwłaszczenia chłopów, apel do narodu moskiewskiego o włączenie się do walki z tyranią caratu. Na dokumencie pieczęć okrągła z napisem: „Organizacja Narodowa. Kom[itet] Pr[owincjonalny] Litewski” (można założyć, że ten egzemplarz odezwy rozpowszechniany był na ziemiach litewskich; poniżej właściwego tekstu znajduje się adnotacja drukiem, że Komitet Prowincjonalny Litewski ręczy za zgodność z oryginałem)⁴.

Kolejne dokumenty to:

- odezwa Komitetu Centralnego jako Rządu Narodowego, wydana w Warszawie 31 marca 1863 r., przypominająca o dekreście dotyczącym uwłaszczenia włościan i zobowiązująca właścicieli dóbr do ścisłego przestrzegania jego postanowień, opatrzona pieczęcią tuszową: „Komitet Centralny Narodowy”⁵;

- odezwa Rządu Narodowego do Polaków w moskiewskiej służbie, z 10 kwietnia 1863 r. w Warszawie, wzywająca Polaków do opuszczenia szeregów wojska rosyjskiego i wstąpienia do wojska powstańczego; na dokumencie pieczęć tuszowa: „Rząd Narodowy. Równość. Wolność. Niepodległość”⁶;

- *Złota Hramota do Wiejskiego Ludu*, czyli dekret wzywający lud Podola, Wołynia i Ukrainy do Powstania i ogłaszający uwłaszczenie chłopów na tych terenach, z 31 marca/12 kwietnia 1863 r. w Warszawie; jest to tzw. wersja B, stanowiąca wariant samowolnie zmodyfikowany przez Mariana Sokołowskiego, komisarza rządowego na Ruś, który został z tego powodu zdymisjonowany⁷;

- odezwa Komitetu Centralnego jako Rządu Narodowego wzywająca naród do dalszej walki o niepodległość, w odpowiedzi na ogłoszoną w „Dzienniku Powszechnym” carską amnestię, 12 kwietnia 1863 r., Warszawa, pieczęć tuszowa: „Komitet Centralny Narodowy”⁸;

- postanowienie Rządu Narodowego zakazujące wójtom gmin wykonywania rozporządzenia „wszelkich władz najezdniczych”, składania tym władzom raportów o wypadkach politycznych na ich terenie; dekret o odpowiedzialności karnej za donoszenie władzom carskim o przemarszach i miejscach pobytu wojsk narodowych, 16 lipca 1863, Warszawa, pieczęć tuszowa: „Drukarnia Rządu Narodowego” (zgodnie z zaleceniami o uwiarygadnianiu druków Rządu taką właśnie pieczęcią)⁹;

- dekret o przejęciu przez Rząd Narodowy majoratów carskich dygnitarzy z nakazem wpłacania wszystkich dochodów z tych dóbr do kas narodowych, 17 lipca 1863, Warszawa, pieczęć tuszowa: „Drukarnia Rządu Narodowego”¹⁰;

- odezwa *Rząd Narodowy do Narodu*, zapowiadająca kontynuowanie walki oraz powołanie wszystkich obywateli „do powszechnego, a stanowczego za Ojczyznę boju”;

⁴ AGAD, ONPS, sygn. 6; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 39.

⁵ AGAD, ONPS, sygn. 10; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 80–81.

⁶ AGAD, ONPS, sygn. 11; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 91.

⁷ AGAD, ONPS, sygn. 12; druk, pagina fracta, arkusz ozdobiony winiętą, w zwieńczeniu postać Archaniola Michała, patrona ziem ruskich; 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 9–98 (w wydawnictwie publikowana zarówno wersja A, jak i wersja B).

⁸ AGAD, ONPS, sygn. 13; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 99.

⁹ AGAD, ONPS, sygn. 21; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 187 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Narodowej).

¹⁰ AGAD, ONPS, sygn. 22, druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 188.

wzywająca naród do wytrwałości i ofiarności w walce z caratem o wyzwolenie Ojczyzny w granicach z 1772 r., 31 lipca 1863, Warszawa, pieczęć tuszowa: „Rząd Narodowy. Równość. Wolność. Niepodległość”¹¹;

- odezwa *Rząd Narodowy Polski do ludów i rządów Europy*, z 31 lipca 1863 r. w Warszawie, wzywająca do uznania prawa Polski do niepodległości oraz zawierająca apel o zaprzestanie popierania Rosji przez rządy europejskie, pieczęć tuszowa: „Rząd Narodowy. Równość. Wolność. Niepodległość”¹²;

- ogłoszenie Rządu Narodowego o reorganizacji administracji narodowej w Warszawie i całym kraju oraz o obsadzeniu różnych funkcji w ostatnim czasie wakujących, 12 listopada 1863 r., Warszawa, pieczęć: „Drukarnia Rządu Narodowego”¹³;

- postanowienie Rządu Narodowego odnośnie do organizacji, kompetencji i procedury Sądu Doraźnego miasta stołecznego Warszawy, z 21 listopada 1863 r., pieczęć: „Rząd Narodowy. Równość. Wolność. Niepodległość”¹⁴;

- odezwa *Rząd Narodowy do Ludu Polskiego* z 1 stycznia 1864 r. uzasadniająca cele walki narodu polskiego z caratem i wzywająca do jej kontynuowania¹⁵;

- dekret Rządu Narodowego w sprawie płacenia podatków rządowi zaborczemu, rekwizycji i strat poniesionych przez społeczeństwo polskie w czasie działań powstańczych oraz o odszkodowaniu dla osób, które poniosły straty materialne na skutek represji zaborczych, 19 stycznia 1864, Warszawa, pieczęć: „Drukarnia Rządu Narodowego”¹⁶.

Ostatnim rozporządzeniem okólnym Rządu Narodowego w zbiorach AGAD jest odezwa *Rząd Narodowy do narodu* w rocznicę manifestu styczniowego, 22 stycznia 1864, Warszawa, pieczęć: „Sekretarz Rządu Narodowego”¹⁷. W odróżnieniu od większości pozostałych jest to rękopis, na którym znajduje się interesująca adnotacja: „Zrobić kopię – oddać do drukarni i robotę tak pospieszyć by d. 22 stycznia (...) nakładem przynajmniej po paręset egzemplarzy wysłać zaraz po wydrukowaniu”.

Oprócz dokumentów omówionych powyżej na uwagę zasługują również dwie odezwy Mariana Langiewicza, drugiego dyktatora Powstania, oraz rozkazy wydawane przez Wydział Wojny Komitetu Centralnego Narodowego jako Rządu Narodowego, a następnie Rządu Narodowego. Odezwy Langiewicza pochodzą z marca 1863 r. Pierwsza z nich została wydana w Kwaterze Głównej w Goszczy 10 marca 1863 r., a jej treść zawiera uzasadnienie wprowadzenia dyktatury, potwierdzenie zasad programowych z 22 stycznia 1863 r., wezwanie do broni oraz zapowiada ustanowienie Rządu Cywil-

¹¹ AGAD, ONPS, sygn. 23; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 190–192.

¹² AGAD, ONPS, sygn. 24, druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 192–193.

¹³ AGAD, ONPS, sygn. 29; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 266 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Narodowej, Teki Mielezski; dokument ze zbiorów AGAD wówczas nieznanymi).

¹⁴ AGAD, ONPS, sygn. 30; oryg., rkps, bifolium, 4 s.; publikacja: *ibidem*, s. 270–272.

¹⁵ AGAD, ONPS, sygn. 33; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 300–303 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Narodowej; dokument ze zbiorów AGAD wówczas nieznanymi).

¹⁶ AGAD, ONPS, sygn. 35; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 305–307 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Jagiellońskiej).

¹⁷ AGAD, ONPS, sygn. 36; oryg., rkps, 1 karta (2 s.); publikacja: *ibidem*, s. 300–303.

nego. Na dokumencie wyciśnięta tuszowa pieczęć: „Marian Langiewicz. Dyktator”¹⁸. Druga odezwa datowana jest: 10/12 marca 1863 r. w Kwaterze Głównej w Sosnowce. Langiewicz ogłosił w niej zasady organizacji i zakres działania Rządu Narodowego Cywilnego. W nagłówku dokumentu znajdują się połączone pieczęcie Korony i Litwy zwieńczone koroną; poniżej drukowany podpis: „M. Langiewicz, Sekretarz Jeneralny, w zastępstwie sekretarz prywatny Walery Tomczyński”¹⁹.

Niezwykle ważną rolę w Organizacji Narodowej okresu Powstania Styczniowego odgrywały struktury wojskowe. W styczniu 1863 r., w związku z decyzją o rozpoczęciu Powstania, Komitet Centralny mianował wojewódzkich naczelników wojskowych, którym podporządkował terenowe władze cywilne. Naczelnicy wojskowi województw i powiatów oraz dowódcy oddziałów zostali zobowiązani m.in. do realizowania, z rozpoczęciem działań zbrojnych, dekretów uwłaszczenia z 22 stycznia 1863 r. oraz do likwidacji w terenie wszystkich urzędów zaborczych i zaprowadzenia administracji narodowej od szczybla wojewódzkiego aż do gmin.

Wzajemne stosunki między władzami cywilnymi i wojskowymi regulował dekret Rządu Narodowego z 23 czerwca 1863 r. Pośrednikiem między tymi władzami byli organizatorowie sił zbrojnych narodowych w województwach, powiatach i okręgach, a arbitrami – komisarze wojskowi z ramienia Rządu Narodowego. Do obowiązków organizatorów należało w szczególności przeprowadzenie wraz z władzami cywilnymi poboru wojskowego i organizowanie oddziałów powstańczych.

Funkcje komisarzy wojskowych zostały określone w oddzielnym dekrete Rządu Narodowego z 22 czerwca 1863 r. Ze swych czynności komisarze wojskowi mieli składać Rządowi Narodowemu raporty co dziesięć dni (oprócz raportów nadzwyczajnych).

Dekret Rządu z 14 października 1863 r. i przepisy uzupełniające z tejże daty likwidowały urzędy wojewódzkich komisarzy rządowych, naczelników cywilnych i organizatorów wojskowych, a ich atrybucje i obowiązki scalały w jednym urzędzie – komisarza pełnomocnego o nieograniczonej władzy cywilnej, który zobowiązany został także do zaopatrywania oddziałów powstańczych stosownie do rozkazów wojskowych. 15 grudnia 1863 r. Rząd Narodowy wydał dekret o reorganizacji wojsk narodowych. Dekret zniósł dotychczasowy terytorialny podział wojsk narodowych na województwa i oddziały oraz stanowiska naczelników wojskowych województw i wprowadzał w armii narodowej strukturę ściśle wojskową. Odtąd armia miała się dzielić na cztery korpusy, a te w formacji piechoty na: dywizje, pułki, bataliony i kompanie, zaś w formacji jazdy na dywizje, pułki i szwadrony; nazwy naczelników wojskowych i oddziałów zastąpiono tytułami odpowiedzialnych jednostek wojskowych; wprowadzono też ścisłą hierarchię wojskową.

Nieliczne rozkazy i nominacje Wydziału Wojny Rządu Narodowego zachowane w aktach Organizacji Narodowej pochodzą z okresu: kwiecień 1863 r. – luty 1864 r. Są to:

- *Rozkaz dzienny do wojsk powstańczych nr 1*, z 16 kwietnia 1863 r., zawierający polecenie sporządzenia według załączonych formularzy nr 1 i 2 wykazów oficerów w oddziałach

¹⁸ AGAD, ONPS, sygn. 8; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 61–62 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Narodowej i Biblioteki Jagiellońskiej; dokument ze zbiorów AGAD wówczas nieznan).

¹⁹ AGAD, ONPS, sygn. 9; druk, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 62 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Jagiellońskiej; dokument ze zbiorów AGAD wówczas nieznan).

i województwach oraz stanu oddziałów, ponadto sprawy dotyczące przebywania kobiet w oddziałach, nominacje itp. Na dokumencie pieczęć: „Komitet Centralny Narodowy”²⁰.

• *Rozkaz dzienny do wojsk powstańczych nr 2*, z 20 kwietnia 1863 r., zawierający nominacje na wyższe stopnie oficerskie i stanowiska, pieczęć: „Komitet Centralny Narodowy”²¹.

• *Rozkaz dzienny do wojsk powstańczych nr 3*, z 4 maja 1863 r., nakazujący naczelnikom sił zbrojnych przedstawienie list osób „do mianowania na wyższe stopnie oraz zawierający nominacje, pieczęć: „Komitet Centralny Narodowy”²².

• *Instrukcja dla formowania powiatami wojska polskiego*, z 16 czerwca 1863 r., pieczęć: „Drukarnia Rządu Narodowego”²³.

• *Instrukcja dla formowania partyzanckich oddziałów pieszych*, z 19 czerwca 1863 r., pieczęć: „Drukarnia Rządu Narodowego”²⁴.

• *Rozkaz dzienny do wojsk powstańczych nr 12* z 14 września 1863 r., dotyczący spraw organizacji służby, dyscypliny, zwolnień, nominacji itp., pieczęć: „Drukarnia Rządu Narodowego”²⁵.

• *Rozkaz do wojsk narodowych nr 13*, z 11 grudnia 1863 r. Jest to wyciąg z okólnika rozesłanego naczelnikom sił zbrojnych województw 28 listopada 1863 r., dotyczący spraw organizacyjnych, wydanych wyroków, nominacji itp.²⁶

Wśród zachowanych materiałów Rządu Narodowego znajdują się jedynie trzy dokumenty będące rękopisami adresowanymi do konkretnych osób. Są to dwa listy z Wydziału Wojny: *Do porucznika wojsk powstańczych Jacobi*, z 25 września 1863 r., będący podziękowaniem za raport informacyjny o „rozprężeniu i niekarność” w oddziałach Edmunda Taczanowskiego i za odznaczenie się Pawła Jacobiego w bitwie pod Kruszyną, podcyfrowany pieczęcią tuszową Sekretarza Rządu Narodowego²⁷ oraz *Do pułkownika Jabłonowskiego* (w rzeczywistości Bolesława Dłuskiego), z 1 lutego 1864 r., zawierający jego nominację na naczelnika sił zbrojnych woj. wileńskiego i kowieńskiego, pieczęcie: „Rząd Narodowy. Równość. Wolność. Niepodległość” i „Rząd Narodowy. Wydział Wojny”²⁸. Ponadto dokument z kancelarii Komitetu Centralnego Narodowego. Komisji Interesów Duchownych i Opieki nad Ludem – prośba do jednego z biskupów (praw-

²⁰ AGAD, ONPS, sygn. 14; rkps, litografia, 1 karta + bifolium (schematy); publikacja: *Powstanie styczniowe, t. 18, Dokumenty Wydziału Wojny Rządu Narodowego 1863–1864*, s. 3–4.

²¹ AGAD, ONPS, sygn. 17; rkps, litografia, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 5.

²² AGAD, ONPS, sygn. 18; rkps, litografia, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 5–6.

²³ AGAD, ONPS, sygn. 19, druk, 8 s. (1 egzemplarz); w zbiorach AGAD zachowało się kilka egzemplarzy instrukcji; publikacja: *ibidem*, s. 49–53 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Jagiellońskiej i Biblioteki Kórnickiej; dokument ze zbiorów AGAD wówczas nieznan).

²⁴ AGAD, ONPS, sygn. 20; druk, składka w formie broszurki (10 s.); publikacja: *ibidem*, s. 57–65 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Narodowej, tekst dokumentu znajdującego się w AGAD określony jako wersja pierwotna, podstawa poprawionego wydania „Instrukcji”).

²⁵ AGAD, ONPS, sygn. 25; rkps, litografia, 1 karta (2 s.); publikacja: *ibidem*, s. 17–20

²⁶ AGAD, ONPS, sygn. 31; druk, 1 karta (2 s.); publikacja: *ibidem*, s. 20–23 (w wydawnictwie publikowany dokument znajdujący się w zbiorach Biblioteki Jagiellońskiej; dokument ze zbiorów AGAD wówczas nieznan).

²⁷ AGAD, ONPS, sygn. 27; oryg., rkps, bifolium; publikacja: *ibidem*, s. 168.

²⁸ AGAD, ONPS, sygn. 37; oryg., rkps, 1 karta; publikacja: *ibidem*, s. 208.

dopodobnie Jana Michała Marszewskiego, bpa kalisko-kujawskiego), aby nie potępiał ruchu narodowego, datowana na 5 stycznia 1863 r. w Warszawie; na dokumencie pieczęcie Komitetu Centralnego Narodowego: „Równość, Wolność, Niepodległość” oraz „Komitet Centralny Narodowy”²⁹.

W niniejszym krótkim omówieniu zostały przedstawione przede wszystkim dokumenty Komitetu Centralnego Narodowego – Rządu Narodowego mające charakter obiegowy czy propagandowy, o szerokim zasięgu oddziaływania: okólniki, dekrety, odezwy, rozkazy; wzmiankowano jedynie o najważniejszej korespondencji (której *nota bene* zachowało się niewiele). Prezentowane materiały pochodzą głównie ze zbioru akt przejętych z Muzeum Narodowego (m.in. z Tek Gembarzewskiego), z nabytków, od osób prywatnych (jako dary), głównie z okresu dwudziestolecia międzywojennego oraz z dissolutów przejętych z archiwum KC PZPR; są tu również materiały rewindykowane z b. ZSRR.

Pominięto materiały wytworzone przez urzędy podporządkowane centralnej władzy narodowej, działające w prowincjach i na emigracji oraz zakwalifikowane już w AGAD do grup tematycznych lub formalnych. Akta te, zgromadzone w pozostałych działach zbioru: *Organizacja Narodowa Powstania Styczniowego, 1861–1864* (m.in. Naczelnik m. Warszawy; Naczelnik Policji Narodowej m. Warszawy; Naczelnik m. Wilna; Naczelnik m. Krakowa; Naczelnik obwodu rzeszowskiego. Wydział obwodowy rzeszowski; Miscellanea Galicyjskie; Prowincjonalne władze Powstania Styczniowego; Prasa powstańcza; Odezwy, pisma ulotne) stanowią równie cenny i unikatowy materiał, posiadający ogromną wartość historyczną choćby ze względu na szczątkowość zachowania materiałów.

²⁹ AGAD, ONPS, sygn. 4; oryg., rkp, 1 karta, s. 2; publikacja: *Powstanie styczniowe, t. 13, Dokumenty Komitetu Centralnego Narodowego i Rządu Narodowego 1862–1864*, s. 32–33.

Recenzje i noty recenzyjne

Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia
pod redakcją Kingi Bobińskiej, Tadeusza Pietrasa i Piotra Gałęckiego
Wrocław: Wydawnictwo Continuo 2012, ss. 655.

Pojęcie „niepełnosprawność intelektualna” jest stosunkowo nowe. Terminologia z nim związana nie jest z uwagi na to w pełni uporządkowana, a jej zakres podlega pewnej zmienności zależnie od aspektu, w jakim jest rozpatrywane. Najogólniej biorąc, kwestie dotyczące niepełnosprawności intelektualnej rozważać można z różnych perspektyw: medycznej, psychologicznej, społecznej, pedagogicznej czy prawnej. Warto podkreślić, że sama nazwa „niepełnosprawność” powstała w dużej mierze na skutek tych trendów w pedagogice specjalnej i psychologii, które zmierzały do odejścia od terminów stygmatyzujących osoby niepełnosprawne, takich jak używane dawniej w formalnej diagnostyce psychiatrycznej określenia debilizmu, imbecyilizmu i idiotyzmu. Historycznie rzecz biorąc, analizowane pojęcie obarczone było niemałą liczbą mitów i stereotypów, niemających w swej istocie wiele wspólnego z rzeczywistymi cechami grupy osób ujawniających niepełnosprawność intelektualną. Dla określenia osób, które pod względem umysłowym odbiegają od pewnej umownie przyjętej normy, używano takich terminów, jak na przykład niedorozwinięci umysłowo, upośledzeni umysłowo, opóźnieni w rozwoju umysłowym, dzieci specjalnej troski, oligofrenicy, osoby z odchyleniem od normy, sprawni inaczej, inwalidzi czy kalecy. Od pewnego czasu można zaobserwować tendencję do preferowania określenia niepełnosprawność umysłowa lub intelektualna, co wiąże się ze wspomnianym już nowym podejściem do problemu.

Samo pojęcie niepełnosprawności intelektualnej jest bardzo szerokie ze względu na istniejące bardzo różne stopnie niepełnosprawności i towarzyszące im zróżnicowane zaburzenia sprawności motorycznej, zachowania się, motywacji, emocjonalności, i w ogóle wszelkie dysfunkcje. Badacze są też dziś zgodni co do tego, że niepełnosprawność intelektualna nie stanowi żadnej określonej jednostki chorobowej, lecz jest zespołem skutków rozmaitych w swej etiologii stanów chorobowych i uszkodzeń układu nerwowego. Niepełnosprawność intelektualną określa się najczęściej jako trwałe stan ogólnego zmniejszenia możliwości rozwojowych, zwłaszcza intelektualnych, manifestujący się w obszarze przystosowania się do zewnętrznych, społecznych warunków, spowodowanych bardzo wczesnymi i jednocześnie nieodwracalnymi zmianami pato-

logicznymi w ośrodkowym układzie nerwowym. Podkreślić trzeba, że niepełnosprawność intelektualna nie jest chorobą, jest natomiast naturalną formą ludzkiej egzystencji o odmiennym przebiegu rozwoju. Towarzyszą jej istotne deficyty w zakresie zachowań adaptacyjnych (w szczególności niezależności i odpowiedzialności). Przyjmując inną, nieco bardziej społeczną perspektywę, można uznać, że za osobę z niepełnosprawnością uważać można kogoś, kto z powodu urazu, choroby lub wady wrodzonej ma poważne trudności albo nie jest zdolny wykonywać czynności, które osoba w tym samym wieku, rozwijająca się bez zaburzeń, jest w stanie realizować.

Wszystkie powyższe uwagi jednoznacznie sugerują, że w przypadku niepełnosprawności intelektualnej mamy do czynienia z problemem bardzo złożonym, wielowymiarowym, wymagającym analizy z różnych naukowo-teoretycznych perspektyw, co w konsekwencji prowadzić musi do uwzględnienia interdyscyplinarnego charakteru wszelkich badań i opracowań. Dobrze się więc stało, że zespół redakcyjny w osobach Kingi Bobińskiej, Tadeusza Pietrasa i Piotra Gałęckiego podjął się ambitnego zadania opracowania szerokiej monografii, która uwzględniałaby problematykę niepełnosprawności z czterech głównych perspektyw: etiopatogenetycznej, epidemiologicznej, diagnostycznej i terapeutycznej. Takie ujęcie problematyki niepełnosprawności dość jednoznacznie sugeruje z jednej strony biomedyczny charakter opracowania, z drugiej książkę, w której uwzględniono także szerzej psychologiczne, pedagogiczne, społeczne, a nawet prawne aspekty analizowanego zjawiska. Z poczynionych w pierwszej części recenzji uwag wstępnych wynika dość jasno, że nie sposób jest zajmować się kwestią niepełnosprawności intelektualnej bez uwzględnienia jej wielowymiarowego, interdyscyplinarnego i kompleksowego charakteru. Lektura recenzowanej pracy, a zwłaszcza układ i kolejność poszczególnych rozdziałów oraz ich merytoryczna zawartość jednoznacznie wskazują, że powyższy warunek został w pełni zrealizowany. Powstała bardzo obszerna monografia, unikalna pod względem zakresu i treści, niemająca na polskim rynku wydawniczym żadnej konkurencji czy też odniesienia. Brak bowiem w Polsce pozycji, która w sposób tak wnikliwy, rzetelny i kompleksowy omawia te aspekty niepełnosprawności, które odnoszą się do jej genetyki, epidemiologii, a także bardziej szczegółowych kwestii związanych z postępowaniem diagnostyczno-terapeutycznym.

Recenzowany tom składa się z czternastu rozdziałów dotyczących wybranych zagadnień analizujących szeroko ujętą niepełnosprawność intelektualną człowieka, rozpatrywaną w czterech wspomnianych już podstawowych wymiarach czy obszarach – etiopatogenezy, epidemiologii, diagnozy i terapii. Warto już w tym miejscu recenzji podkreślić, że przyjęty przez redaktorów monografii układ książki, tzn. kolejność poszczególnych jej rozdziałów i części, jest przemyślany, konsekwentny, a zawartość treściowa wszystkich rozdziałów pozwala uznać, że ich Autorzy dołożyli wszelkiej staranności, aby praca była aktualna, tzn. uwzględniała najnowszą literaturę przedmiotu oraz wyniki badań, zarówno tych ostatnio prowadzonych, jak i bardziej historycznych, tworzących kanon wiedzy w zakresie niepełnosprawności intelektualnej.

Podstawowym i najtrudniejszym zadaniem redakcji recenzowanego tomu była więc konieczność przeprowadzenia selekcji i wyboru tekstów tak, aby uwzględnił on, w ramach wyodrębnionych części, szerokie spektrum teoretyczno-badawcze omawianych problemów i tematów, eksponował prace o największej wartości poznawczej, pozwalał na dokonanie naukowej syntezy prezentowanego dorobku, a także umożliwił sformu-

lowanie podstawowych i praktycznych zasad dotyczących kwestii diagnostyczno-terapeutycznych. Prezentowany wybór spełnia wszystkie powyższe warunki.

Pierwszy rozdział książki, autorstwa Kingi Bobińskiej, Moniki Talarowskiej i Piotra Galeckiego, zatytułowany został *Rys historyczny, terminologia, definicja, nozologia, kryteria rozpoznawania niepełnosprawności intelektualnej* i stanowi doskonale wprowadzenie w analizowaną problematykę. Podobnie ocenić należy kolejne rozdziały: drugi (autorzy Tadeusz Pietras, Andrzej Witusik, Kinga Bobińska i Maciej Banasiak), pt. *Epidemiologia niepełnosprawności intelektualnej*, i trzeci – *Diagnoza inteligencji osób niepełnosprawnych intelektualnie*. Rozdział ten składa się z trzech wyodrębnionych części. Pierwsza zatytułowana została *Diagnoza inteligencji w kontekście diagnozy niepełnosprawności intelektualnej osób dorosłych*, a jej autorami są Aleksandra Porzycka, Radosław Wujcik, Agata Orzechowska, Andrzej Wituski i Tadeusz Pietras. Druga część rozdziału trzeciego (autorka Agata Orzechowska) nosi tytuł *Diagnoza zaburzeń osobowości u osób z niepełnosprawnością intelektualną*, a trzecia to *Wybrane aspekty diagnozy i terapii osób z niepełnosprawnością intelektualną* (autorka Janina Wyczesany).

Rozdział czwarty monografii poświęcony jest, ważnym dla klinicystów, kwestiom dotyczącym etiologii, patogenezy, a także wybranym jednostkom klinicznym i chorobowym przebiegającym z niepełnosprawnością intelektualną. Również i ten rozdział składa się z kilku tematycznie wyodrębnionych części. I tak, kolejno, pierwsza z nich omawia neurorozwojowy paradygmat patogenezy niepełnosprawności intelektualnej (autorzy: Tadeusz Pietras, Andrzej Wituski, Michał Panek, Juliusz Rodak, Janusz Szemraj), druga analizuje zależności pomiędzy ciążą i okresem okołoporodowym a rozwojem układu nerwowego w kontekście niepełnosprawności (autorzy: Juliusz Rodak, Andrzej Wituski, Tadeusz Pietras), trzecia natomiast poświęcona jest relacjom pomiędzy mutacjami jednogenowymi a niepełnosprawnością (autorzy: Tadeusz Pietras, Andrzej Wituski, Kinga Bobińska, Karol Jastrzębski, Piotr Galecki). Kolejne części rozdziału czwartego omawiają genetyczne przyczyny niepełnosprawności intelektualnej (Marta Pacholczyk, Tomasz Ferenc), zespół Downa (Małgorzata Pawełczyk) wraz ze stosownymi oddziaływaniami terapeutycznymi specyficznymi dla tego rozpoznania (Monika Talarowska) oraz na koniec zespół Retta (Artur Kultys, Ewelina Buczyńska, Agata Dutkowska, Tadeusz Pietras, Andrzej Wituski).

Kolejny, piąty rozdział zatytułowany *Współchorobowość niepełnosprawności intelektualnej*. W jego skład wchodzi trzy odrębne części. Pierwsza z nich poświęcona jest relacjom pomiędzy niepełnosprawnością a autyzmem (autorzy: Andrzej Wituski, Tadeusz Pietras, Ewelina Buczyńska, Artur Kulty), druga analizuje powiązanie między padaczką a niepełnosprawnością (autor Janusz Wendorff), trzecia natomiast dotyczy porażenia mózgowego w kontekście niepełnosprawności (autor Krzysztof Gzyl).

Z trzech części składa się następny, szósty rozdział, pt. *Specyfika diagnozy psychiatrycznej, psychologicznej i internistycznej u osób z niepełnosprawnością intelektualną*". I tak, kolejna, pierwsza część omawianego rozdziału, napisana przez Kingę Bobińską i Piotra Galeckiego, analizuje kwestie związane z badaniem psychiatrycznym i farmakoterapią u osób z niepełnosprawnością intelektualną, druga część dotyczy diagnozy psychologicznej (autorka Monika Talarowska), trzecia natomiast analizuje problemy dotyczące zdrowia somatycznego u niepełnosprawnych (autorzy: Tadeusz Pietras, Andrzej Wituski, Michał Panek, Piotr Kuna, Paweł Górski).

Warto w tym miejscu dodać, że imponująca jest rzetelność autorów, sięgają bowiem oni w swych opracowaniach do najnowszej, szerokiej literatury przedmiotu, umiejętnie i konsekwentnie ją wykorzystując. Trzeba też powiedzieć, że redaktorzy recenzowanej monografii z dużą konsekwencją i starannością realizowali swoje zadania, dbając o komplementarność wyodrębnionych rozdziałów, a także jasność w zakresie kryteriów przyjętych podczas wyróżniania poszczególnych części książki.

Kolejny, siódmy rozdział omawia ważne kwestie dotyczące stygmatyzacji osób z niepełnosprawnością. Jego autorami są Piotr Świtaj i Jacek Wiórka. Jako odrębny problem potraktowano adolescencję osób z niepełnosprawnością. Problemom tym poświęcony jest ósmy rozdział, autorstwa Anny Gutowskiej. Rozdziały dziewiąty (autor Andrzej Depko) i dziesiąty (Anna Gutowska) analizują kolejno seksualność niepełnosprawnych i ich możliwości twórcze.

Szczególnie ważną rolę odgrywa poświęcony szeroko rozumianej terapii rozdział jedenasty. Składa się on z pięciu części. Pierwsza z nich, stanowiąca swoiste wprowadzenie do rozdziału, omawia standardy postępowania z osobą niepełnosprawną intelektualnie w kontekście diagnozy i terapii (autor Andrzej Witusik). Kolejna, druga część zatytułowana została *Rehabilitacja dzieci i młodzieży z niepełnosprawnością intelektualną* (autorki: Janina Wyczesany i Ewa Dyduch) i poświęcona jest głównie rozwijaniu i doskonaleniu aktywności zawodowej u niepełnosprawnych w wieku rozwojowym. Część trzecia natomiast (autorka Anna Bobińska-Domżał) dotyczy komunikacji wspomagającej i alternatywnej w pracy z dzieckiem niepełnosprawnym intelektualnie. Mariusz Furgał jest natomiast autorem czwartej części rozdziału jedenastego, zatytułowanej *Terapia rodziny dziecka z niepełnosprawnością intelektualną*. Rozdział kończy część piąta autorstwa Anny Gutowskiej, zatytułowana *Arteterapia jako forma rehabilitacji osób niepełnosprawnych intelektualnie*.

Piotr Gałęcki, Krzysztof Eichstaedt oraz Kinga Bobińska są natomiast autorami rozdziału dwunastego, poświęconego aspektom prawnym i orzecznictwu u osób z niepełnosprawnością intelektualną w polskim ustawodawstwie.

Przedostatni, trzynasty rozdział, zatytułowany *Opieka socjalna nad osobami z niepełnosprawnością intelektualną*, składa się z dwóch części. Pierwsza z nich (autorka Anna Gutowska) omawia zagadnienia związane z pracą socjalną z osobami niepełnosprawnymi, drugi (Barbara Wiśniewska) analizuje psychologiczne i pedagogiczne aspekty leczenia i opieki instytucjonalnej osób z głębszą niepełnosprawnością intelektualną. Monografię zamyka czternasty rozdział, omawiający system kształcenia specjalnego dzieci, młodzieży i dorosłych osób z niepełnosprawnością intelektualną (autorka Ewa Dyduch).

Warto w tym miejscu podkreślić, że wszystkie rozdziały książki charakteryzują się wysokim poziomem naukowym, szeroko uwzględniają najnowszą literaturę przedmiotu, są czytelnie, jasno i konsekwentnie zredagowane, co w efekcie pozwoliło uzyskać dużą spójność zarówno całej monografii, jak i jej poszczególnych rozdziałów czy części. Trudno w tym miejscu nie zauważyć, że redaktorom książki udało się z powodzeniem zapewnić wysoką spójność i komplementarność opracowania, zarówno pod względem tematycznym, jak i formalnym. Jeśli weźmie się pod uwagę znaczną liczbę autorów (prawie trzydzieści osób) oraz rozmiary całego przedsięwzięcia wydawniczego (książka liczy 655 stron), było to zadanie trudne i wymagające znacznego wysiłku organizacyjnego i wysokich kompetencji merytorycznych.

Reasumując powyższe uwagi, należy podkreślić, że monografia pt. *Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia* pod redakcją Kingi Bobińskiej, Tadeusza Pietrasa i Piotra Gałęckiego stanowi nadzwyczaj ważne i wartościowe przedsięwzięcie wydawnicze, trudno też przecenić jej walory poznawcze i praktyczne. Książka prezentuje wysoki poziom naukowy, ma interdyscyplinarny charakter, poszerza istotnie i porządkuje wiedzę o istocie niepełnosprawności intelektualnej jej genezie, epidemiologii oraz diagnozie i terapii.

Józef Krzysztof Gierowski

Marek Gawryluk

Prawo o adwokaturze. Komentarz

Warszawa: LexisNexis 2012, s. 323.

Pisząc recenzję komentarza do *Prawa o adwokaturze* adw. dr. Dariusza Michty, który ukazał się drukiem także w 2012 r., stwierdziłem w jej końcowym ustępie, że z niecierpliwością czekam na kolejne, lepsze komentarze¹. Długo nie czekałem. Oto bowiem w księgarniach prawniczych dostępny jest, od października 2012 r., komentarz opracowany przez Marka Gawryluka.

Autor jest adwokatem w Olsztynie i w Warszawie, wpis na listę adwokatów uzyskał w 2008 r.

Recenzowane dzieło jest obszerne, sam „właściwy” komentarz to aż 303 strony (s. 17–320). Do tego *Wprowadzenie* (s. 11–16), *Bibliografia* (s. 321–323) oraz *Wykaz skrótów* (s. 7–9).

Komentarz Marka Gawryluka jest najobszerniejszym spośród wszystkich, które ukazały się począwszy od 1918 r. Jest obszerniejszy nie tylko od wspomnianego już komentarza autorstwa adw. dr. Dariusza Michty z 2012 r. (118 stron „właściwego” komentarza)², od komentarza adw. dr. Zdzisława Krzemińskiego z 1998 r. (173 strony)³, ale także od komentarzy z okresu PRL oraz z okresu II RP. Najobszerniejszy komentarz z okresu PRL, praca zbiorowa pod redakcją dziekana Rady Adwokackiej w Warszawie adw. Stanisława Garlickiego, liczył 182 strony⁴, natomiast najobszerniejsze komentarze z okresu II RP, autorstwa sędziego Tadeusza Semadeniego oraz autorstwa adw. dr. Juliusza Bassechesa i adw. Izaka Korkisa, liczyły odpowiednio 270 stron⁵ i 219 stron⁶. Duża obszerność recenzowanej pracy zasługuje na wyraźne wyekspozowanie.

¹ Zob. „Palestra” 2012, nr 9–10, s. 275–281.

² Zob. D. Michta, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Poznań 2012, s. 13–130.

³ Zob. Z. Krzemiński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 5–177.

⁴ Zob. Z. Czernski, W. Dąbrowski, S. Garlicki, Z. Krzemiński, E. Mazur, H. Paluszyński, K. Potrzebowski, T. Sarnowski, Z. Skoczek, W. Żywicki, *Przepisy o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 1969, s. 5–186.

⁵ Zob. T. Semadeni, *Prawo o ustroju adwokatury. Komentarz – orzecznictwo. Przedmową opatrzył Mieczysław Siewierski, Prokurator Sądu Najwyższego, Dyrektor Biura Personalnego Ministerstwa Sprawiedliwości*, Warszawa 1938, s. 19–288.

⁶ Zob. J. Basseches, I. Korkis, *Ustrój adwokatury oraz zasady etyki adwokackiej. Uzasadnienie rządowe. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i organów adwokatury. Orzecznictwo dyscyplinarne. Rozporządzenia wykonawcze*, Lwów 1938, s. 21–239.

Kilka uwag należy poświęcić 6-stronicowemu *Wprowadzeniu*. Ma ono, moim zdaniem, charakter zbyt ogólny. Zbyt wiele w nim jest uwag typu: „Ustawa – Prawo o adwokaturze reguluje zasady funkcjonowania Adwokatury, wskazując cele, do jakich została powołana” (s. 11), czy: „przez 30 lat, które upłynęły od chwili uchwalenia ustawy – Prawa o adwokaturze, upłynęło dużo czasu” (s. 15). Brakuje zaś w nim przede wszystkim systematycznego omówienia wszystkich nowelizacji, którym ulegała ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze [dalej: PoA] od 1982 r. do dziś. A jest o czym pisać. Nowelizacje tej ustawy (oraz publikacja tekstów jednolitych) były dokonywane ponad czterdzieścia [sic!] ustawami. Autor co prawda wspominał o niektórych zmianach w PoA, ale uczynił to wrywkowo i chaotycznie, co do zasady bez odwoływania się do konkretnych ustaw nowelizujących (s. 12–15; wskazał Autor tylko dwie ustawy nowelizujące).

Zasadne byłoby także omówienie we *Wprowadzeniu* genezy tej ustawy, która jest niezwykle interesująca. Korzenie PoA z 1982 r. to bowiem nie stan wojenny, lecz postulaty środowiska adwokackiego sprzed 13 grudnia 1981 r., wyrażone przede wszystkim w uchwale Ogólnopolskiego Zjazdu Adwokatów, który odbył się w Poznaniu w dniach 3–4 stycznia 1981 r. Szerzej na ten temat napisał ostatnio b. dziekan ORA w Warszawie adw. Andrzej Rościszewski⁷.

Brak we *Wprowadzeniu* także jakichkolwiek odniesień do poprzednio obowiązujących aktów prawnych o adwokaturze: z 1963 r., z 1950 r., z 1938 r., z 1932 r., z 1918 r., z 1878 r. oraz z 1868 r. Zrezygnował Autor nadto z omówienia komentarzy do ustroju adwokatury, które ukazały się do 2012 r.

Bibliografia pracy Marka Gawryluka jest obszerna i stosunkowo wszechstronna. Brakuje w niej jednak literatury sprzed 1939 r. (odnalazłem w zestawieniu tylko jedną taką pozycję – wspomniany już wyżej komentarz Tadeusza Semadeniego). Pominął Autor m.in. komentarz adw. dr. Juliusza Bassechesa i Izaka Korkisa (także wspomniany już wyżej), a nadto: komentarz adw. Józefa Merlińskiego z 1932 r.⁸, komentarz Stanisława Lubodzieckiego z 1933 r.⁹, komentarz adw. Adolfa Katznera i adw. Grzegorza Szyka z 1938 r.¹⁰ oraz komentarz adw. Zenona Łączyńskiego z 1938 r.¹¹, a nadto opracowanie z 1925 r. sędziego Tadeusza Zajączkowskiego, odnoszące się do niemieckiej ordynacji adwokackiej z 1878 r., obowiązującej na ziemiach b. zaboru niemieckiego do 1932 r.¹²

Brak w *Bibliografii* pozycji współczesnych, które weszły już do kanonu nauki o ad-

⁷ A. Rościszewski, *Rozważania na temat Prawa o adwokaturze z 1982 r.*, „Palestra” 2012, nr 5–6, s. 19–29. M. Gawryluk w recenzowanym dziele powołuje się na inny artykuł z tego samego numeru „Palestry” (s. 15).

⁸ J. Merliński, *Prawo o ustroju adwokatury. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 7 października 1932 r.* (Dziennik Ustaw Nr 86, poz. 733), Warszawa 1932. Opracowanie to zawiera obszerną *Przedmowę*, w której omówione zostały podstawowe założenia ustawy.

⁹ Stanisław Lubodziecki, *Prawo o ustroju adwokatury z komentarzem (orzecznictwo Sądu Najwyższego do 1 września 1933 r.)*, Warszawa 1933, uzupełnione *Suplementem*, obejmującym *Orzecznictwo Sądu Najwyższego do 1 stycznia 1935 (131 też i fragmentów orzeczeń)*, Warszawa 1935.

¹⁰ A. Katzner, G. Szyk, *Prawo o ustroju adwokatury z przedmową adw. dr. Zdzisława Stankiewicza, Dziekana Lwowskiej Rady Adwokackiej. Tekst – Objaśnienia – Przepisy związkowe – Orzecznictwo – Skorowidz*, Lwów 1938.

¹¹ Z. Łączyński, *Prawo o ustroju adwokatury*, Kraków 1938.

¹² T. Zajączkowski, *Ordynacja adwokacka obowiązująca w okręgach Sądów Apelacyjnych w Poznaniu i Toruniu oraz górnośląskiej części okręgu Sądu Apelacyjnego w Katowicach*, wyd. 2, Poznań 1925.

wokaturze, autorstwa: Małgorzaty Materniak-Pawłowskiej¹³, Tomasza J. Kotlińskiego¹⁴ oraz Adama Redzika¹⁵. Brak także podręcznika pt. *Historia Adwokatury*, autorstwa Adama Redzika i Tomasza J. Kotlińskiego, dostępnego od początku 2012 r.¹⁶

Nie skorzystał Autor z innego rodzaju literatury z okresu II RP niż komentarze, np. fundamentalnej i obszernej pracy adw. Jana Ruffa pt. *Dyscyplina adwokatury* z 1939 r.¹⁷, czy monograficznej pracy Jerzego Starościaka¹⁸. Pominął nadto: pracę adw. dr. Zdzisława Krzemińskiego i adw. dr. Zdzisława Czeszejki pt. *Odpowiedzialność dyscyplinarna adwokatów* z 1971 r.¹⁹, opracowanie adw. Stanisława Janczewskiego pt. *Godność zawodu adwokackiego* z 1960 r.²⁰, pracę adw. Władysława Żywickiego pt. *Etyka Adwokacka* z 1970 r.²¹ oraz pracę zbiorową pt. *Adwokatura Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej* pod redakcją adw. dr. Zdzisława Krzemińskiego z 1974 r.²²

Brak w *Bibliografii* literatury obcojęzycznej, w tym dostępnej w języku polskim, np. Fernanda Payena²³, Richarda Harrisa²⁴ czy Andrija Kosyło²⁵. Nie dostrzegł Autor oficjalnego publikatora *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych i w sprawach skarg na przewlekłość postępowania karnego*, w którym publikowane są orzeczenia dyscyplinarne adwokackie. Pominął także zbiór orzeczeń opracowany przez Wojciecha Marchwickiego i Marka Niedużaka²⁶, opublikowany w 2011 r. To oczywiście tylko przykłady.

Powyższe uchybienia źródłowe nie spowodowały jednak poważnych negatywnych skutków dla *meritum* recenzowanej pracy. Merytoryczne uwagi krytyczne są bowiem stosunkowo mało liczne. Przykłady przedstawiam poniżej.

Przy omawianiu początkowych artykułów PoA wskazane byłoby przedstawienie i ogólne omówienie podstawowych zasad organizacji i funkcjonowania adwokatury. W literaturze z okresu II RP uczynił to adw. Józef Merliński²⁷, w komentarzu z 1998 r. – adw. dr Zdzisław Krzemiński²⁸, a w monograficznej pracy z 2009 r. – Małgorzata Materniak-Pawłowska²⁹. Przypomnę, że zasady te to przede wszystkim: zasada jedności zawodu, zasada wolności i niezależności adwokatury, zasada tajemnicy zawodowej, za-

¹³ M. Materniak-Pawłowska, *Adwokatura II Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawno-ustrojowe*, Poznań 2009.

¹⁴ T. J. Kotliński, *Samorząd adwokacki w Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 2008.

¹⁵ A. Redzik, *Zarys historii samorządu adwokackiego w Polsce*, wyd. 2, Warszawa 2010.

¹⁶ A. Redzik, T. J. Kotliński, *Historia Adwokatury*, Warszawa 2012.

¹⁷ J. Ruff, *Dyscyplina adwokatury*, Warszawa 1939.

¹⁸ J. Starościak, *Samorząd adwokatury*, Wrocław–Wilno 1939.

¹⁹ Z. Czeszejko, Z. Krzemiński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna adwokatów*, Warszawa 1971.

²⁰ S. Janczewski, *Godność zawodu adwokackiego*, Warszawa 1960.

²¹ W. Żywicki, *Etyka adwokacka*, Warszawa 1970.

²² W. Bayer, Z. Czeszejko-Sochacki, W. Dąbrowski, Z. Krzemiński, R. Łyczywek, E. Mazur, T. Sarnowski, *Adwokatura Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, praca zbiorowa pod red. Z. Krzemińskiego, Warszawa 1974.

²³ F. Payen, *O powołaniu adwokatury i sztuce obrończej, przełożył Jan Ruff, adwokat. Przedmową opatrzył Leon Nowodworski*, B. Dziekan Rady Adwokackiej w Warszawie, Warszawa–Kraków [bdw].

²⁴ R. Harris, *Sztuka obrończa*, Suwałki 1923.

²⁵ Zob. A. Kosyło, *Dostęp do zawodu adwokata w prawie polskim, ukraińskim, białoruskim i rosyjskim*, Toruń 2010.

²⁶ W. Marchwicki, M. Niedużak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna, etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych. Orzecznictwo*, Warszawa 2011.

²⁷ J. Merliński, *Prawo o ustroju adwokatury*, s. 9–46.

²⁸ Z. Krzemiński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, s. 5–6.

²⁹ M. Materniak-Pawłowska, *Adwokatura II Rzeczypospolitej*, s. 81–96 i in.

sada wyłączności oraz zasada samorządności. Jak napisał w 1932 r. adw. Józef Merliński, „zasady podstawowe, na których opierać się będzie stan adwokacki w Polsce, dadzą się ująć, jak następuje: 1) jedność, 2) wolność, 3) ustalenie praw i obowiązków, 4) szeroki samorząd korporacyjny (...), 5) przygotowanie zawodowe”³⁰. Autor jednak zaniechał sformułowania na nowo i omówienia tych zasad.

W wielu miejscach komentarza zasadne byłyby nawiązania historyczne. Np. przy omawianiu Krajowego Zjazdu Adwokatury (art. 9, art. 54–56, s. 61–62, 140–144) na miejscu byłaby uwaga, że ten organ adwokatury w ogóle nie istniał w okresie II RP. Istniał natomiast, co jest swoistym paradoksem, w PRL, ale tylko w latach 1956–1963, pod nieco inną nazwą: „Zjazd Adwokatury”. Został zlikwidowany jako instytucja ustrojowa nie do pogodzenia z pryncypiami tzw. realnego socjalizmu. Jeszcze bardziej wskazane byłyby uwagi historyczne w odniesieniu do przepisów dotyczących zespołów adwokackich – instytucji obecnie schyłkowej i w stadium obumierania, stosunkowo szeroko jednak omówionej przez Autora (art. 17, 18, 23, 25–27, 30–35 – s. 75–107). Konieczne jest zawarcie w komentarzu do PoA informacji, że ustrój adwokatury z okresu II RP nie znał zespołów adwokackich jako formy wykonywania zawodu adwokata. Forma ta zastała wprowadzona komunistyczną ustawą z 1950 r. jako dominująca (obok formy „indywidualnej”), na mocy zaś ustawy z 1963 r. stała się jedyną *de facto* dopuszczalną formą wykonywania zawodu (przewidywała ta ustawa jeszcze formę „społecznych biur pomocy prawnej”, okazała się ona jednak tylko efemerydą). Nie trzeba dodawać, że instytucja zespołów adwokackich miała swój pierwowzór w „kolektywach adwokackich”, istniejących w ZSRR.

Tych wszystkich, podstawowych w istocie, informacji zabrakło w recenzowanej pracy. Należy jednak skonstruować historyczne uwagi Autora odnośnie do stroju adwokackiego (art. 7 ust. 2 – s. 53–54).

Nie miał racji Autor, gdy komentując art. 3 PoA, stwierdził, że uprawnienia nadzorcze Ministra Sprawiedliwości wobec adwokatury mogą polegać m.in. na „podpisywaniu” sprzeciwu od wpisu na listę adwokatów lub listę aplikantów adwokackich (s. 28). W rzeczywistości chodzi bowiem o „wnoszenie” sprzeciwu. Autor w istocie podziela chyba ten pogląd, na co wskazuje późniejszy *passus* jego komentarza (zob. s. 178).

Szkoda, że nie podjął się Marek Gawryluk próby wyjaśnienia lub przybliżenia, co ustawodawca miał na myśli, wprowadzając do art. 4 PoA nieprecyzyjne sformułowanie, że „Zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na (...) opracowywaniu projektów aktów prawnych” (s. 28–29). O jakie „akty prawne” chodzi?

W kwestii też Autora dotyczących tajemnicy adwokackiej – art. 6 PoA – nasuwają się trzy uwagi krytyczne.

Wysoce nieprecyzyjna, a przez to nieprzydatna jest teza, że: „Tajemnica adwokacka rozciąga się nie tylko na wiadomości uzyskane od klienta, ale również te pochodzące od sądu, świadków, przeciwnika czy innych uczestników postępowania” (s. 50). Konsekwentne stosowanie tej zasady musiałyby prowadzić np. do niemożności rzetelnego sporządzenia przez obrońcę środka odwoławczego. Można się tylko domyślać, że chodziło Markowi Gawrylukowi o kwestię lojalności adwokata wobec byłego klienta oraz o kwestię objęcia tajemnicą adwokacką także akt podręcznych adwokata.

³⁰ J. Merliński, *Prawo o ustroju adwokatury*, s. 9.

Chybiona jest uwaga Autora, że radców prawnych nie obowiązuje zakaz ujawniania szczegółów „wszelkich pozaprocesowych pertraktacji pojednawczych” (s. 51). W rzeczywistości bowiem art. 12 ust. 4 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego w brzmieniu nadanym uchwałą nr 9/2010 Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 6 listopada 2010 r. stanowi jednoznacznie, że: „Radca prawny obowiązany jest zachować w tajemnicy, także wobec sądu i innych organów orzekających w sprawie, przebieg i treść pertraktacji ugodowych”. Zauważyć jednak trzeba, że postanowienia tego nie zawierała wersja Kodeksu Etyki Radcy Prawnego w brzmieniu nadanym uchwałą KZRP z 10 listopada 2007 r.

Wątpliwości budzi teza przytoczona przez Autora, że: „Adwokat zobowiązany jest zrzec się dalszego prowadzenia sprawy, ilekroć dla jej dobra musiałby powołać się na dowody objęte tajemnicą zawodową” (s. 52). Oceny tej nie zmienia fakt, że teza ta pochodzi (*in extenso*) z orzeczenia Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z 17 sierpnia 1972 r., sygn. akt WKD 38/72, opublikowanego w 1972 r. w „Palestrze”, ani fakt, że tę samą tezę przytaczają inni autorzy³¹. Teza ta staje się zrozumiała dopiero po przeanalizowaniu konkretnej sprawy, w której wydane zostało cytowane wyżej orzeczenie. Przytoczony pogląd komisji dyscyplinarnej powstał na tle następującego stanu faktycznego. Adwokat „X” był w postępowaniu karnym obrońcą oskarżonego „Y”. W postępowaniu tym dopuszczono dowód z opinii biegłych psychiatrów, którzy stwierdzili u oskarżonego „Y” schorzenie neurologiczne. Równoległe ten sam adwokat „X” był pełnomocnikiem powoda „Z” w sprawie cywilnej. W tej sprawie jako świadek strony przeciwnej przesłuchany został wspomniany już „Y”, który złożył zeznania niekorzystne dla klienta adwokata „X”. W konsekwencji adwokat „X” podważał wiarygodność świadka „Y”, argumentując, że jest on „psychicznie upośledzony”. Zauważyć trzeba, że przedmiotowa teza w takiej formie, jak przytoczona w recenzowanej pracy, nie ma charakteru zasady ogólnej. Nabralaby charakteru uniwersalnego dopiero wtedy, gdyby została uzupełniona fragmentem o treści: „o istnieniu których dowiedział się, prowadząc inną sprawę i na wykorzystanie których nie uzyskał zgody osoby, której dotyczą”. W tym kierunku zmierzał zapewne tok rozumowania Sądu Najwyższego w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie SDI 28/07³².

Komentując art. 7 PoA, nie wytłumaczył Autor, na czym polega „ochrona prawna” przysługująca adwokatowi „podobnie” jak sędziemu i prokuratorowi. Szkoda tym bardziej, że jest to kwestia ważna, jednak skrótowo dotychczas potraktowana we wcześniejszych komentarzach.

Mało oryginalne są uwagi Autora dotyczące art. 16 i art. 29 PoA (wynagrodzenie adwokata, s. 70–74 i 95–99). Przede wszystkim zaś w pewnych kwestiach cechuje go postawa zbyt mało krytyczna. Np. w istotnej dla praktyki kwestii zwrotu kosztów obrony, poniesionych przez oskarżonego, który został prawomocnie uniewinniony (art. 632 pkt 2 k.p.k.), skonstatować należy istnienie judykatów sądów pierwszej instancji, na mocy

³¹ Np. adw. Jerzy Naumann w pracy *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 227.

³² „Wykorzystanie przez adwokata wiadomości i dokumentów uzyskanych podczas prowadzenia sprawy, o ile klient na takie wykorzystanie wyraził zgodę, w żadnym razie nie może być podstawą postawienia adwokatowi zarzutu dyscyplinarnego (...) I odwrotnie: wykorzystanie przez adwokata wspomnianych informacji lub materiałów bez zgody na to ze strony klienta podpada pod ocenę z punktu widzenia naruszenia tajemnicy adwokackiej” – J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej*, s. 222. Zob. też s. 227.

których koszty te, udowodnione stosownym fakturami VAT, są zasądzane od Skarbu Państwa w kwocie „brutto” (tj. z naliczonym, uiszczonym i odprowadzonym podatkiem VAT) – a więc wbrew przeważającemu pogładowi Sądu Najwyższego.

W kwestii postępowania dyscyplinarnego Autor nie dostrzegł zagadnienia wątpliwości dotyczących kwestii: jakiemu podmiotowi przysługuje uprawnienie „pokrzywdzonego” (art. 93 – s. 301–302). Istnieje potrzeba zajęcia wyraźnego i umotywowanego stanowiska w tej sprawie, albowiem funkcjonuje kontrowersyjny pogląd, zawarty w komentarzu adw. Zdzisława Krzemińskiego, że status ten nie przysługuje osobie prawnej, lecz wyłącznie osobie fizycznej³³.

Oczywiste omyłki w druku są nieliczne (np. „Z. Kamiński” zamiast „Z. Krzemiński” – s. 238).

Nieprecyzyjny jest opis komentarza do PoA z 1963 r. pod redakcją adw. Stanisława Garlickiego (s. 321). Poza nim współautorami tego komentarza byli bowiem adwokaci: Zbigniew Czerski, Witold Dąbrowski, Zdzisław Krzemiński, Edmund Mazur, Henryk Paluszyński, Karol Potrzebowski, Tadeusz Sarnowski, Zygmunt Skoczek i Władysław Żywicki³⁴.

Komentarz Marka Gawryluka jest „pełny” – Autor komentuje bodajże wszystkie artykuły PoA (z wyjątkiem przepisów przejściowych – art. 101–102).

Ogólna ocena komentarza autorstwa adw. Marka Gawryluka jest pozytywna.

Marcin Zaborski

³³ Por.: Z. Krzemiński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, s. 164. Odmienny pogląd zaprezentował D. Michta (*Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Poznań 2012, s. 123). Jak się wydaje, pogląd, że tylko osoba fizyczna może być pokrzywdzonym w adwokackim postępowaniu dyscyplinarnym, ma źródło w przepisach o ustroju adwokatury z 1963 r., na mocy których zespół adwokacki tylko wyjątkowo mógł prowadzić obsługę prawną tzw. jednostek gospodarki społecznej, a co do zasady udzielał pomocy prawnej osobom fizycznym.

³⁴ Por. przypis 4.

Jochen Frowein, Wolfgang Peukert

Europäische Menschen Rechts Konvention, EMRK – Kommentar

3. vollständig neu bearbeitete Auflage,

Berlin: N.P. Engel Verlag, Kehl 2009, ss. XIV + 770.

Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka autorstwa Jochena Froweina – profesora Uniwersytetu w Heilderbergu i byłego wiceprezesa Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz doktora Wolfganga Peukerta – adwokata i byłego pracownika Europejskiej Komisji Praw Człowieka to cenne, o czym świadczy fakt, że prezentujemy już trzecie jego wydanie, dzieło napisane przez wybitnych znawców tematu łączących teorię z praktyką. Praktyczne podejście autorów do EKPC przejawia się w wielu aspektach, i tak autorzy, komentując artykuł po artykule EKPC i protokoły dodatkowe do niej, cytują wiele orzeczeń Trybunału Praw Człowieka, a także działającej do 1998 roku Komisji Praw Człowieka. Ponadto książka jest wzbogacona alfabetycznym wykazem wydanych przez ETPCz orzeczeń, a także tabelą ilustrującą daty ratyfikacji przez poszczególne państwa strony Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i protokołów dodatkowych.

Ma to istotne znaczenie w obecnej dobie nieograniczonego przepływu osób w granicach Unii Europejskiej i nie tylko. Trzeba bowiem pamiętać, że do UE należy 27 państw, do Rady Europy zaś – 47. W związku z tym coraz częstsze są przypadki, kiedy zaskarżone przed ETPCz jest nie jedno państwo, ale kilka państw w jednej sprawie.

To, co jest szczególnie cenne w *Komentarzu*, to fakt, że autorzy postrzegają Konwencję w sposób uniwersalny, a nie przez pryzmat niemieckich spraw przed Trybunałem, które są stosunkowo rzadkie. Autorzy uniknęli więc tego, co się często zdarza, że w opracowaniach dotyczących EKPC nie zachowuje się odpowiednich proporcji, eksponując nadmiernie sprawy związane z krajem pochodzenia autorów. W omawianym *Komentarzu* znajdujemy zatem orzeczenia dotyczące również spraw polskich przed Trybunałem, w tym pierwszych w historii Trybunału spraw pilotażowych, to jest Broniowskiego, dotyczącej rekompensat za mienie zabużańskie, i Hutten-Czapskiej, dotyczącej nadmiernego limitowania przez państwo wysokości czynszu za wynajem lokali mieszkalnych.

Niezwykle praktyczny i użyteczny, zwłaszcza dla adwokatów i radców prawnych, jest komentarz do art. 41 Konwencji, dotyczący odszkodowania, zadośćuczynienia i zwrotu kosztów postępowania zasądzanych od państwa na rzecz strony wygrywającej sprawę przed Trybunałem.

Autorzy w sposób wyczerpujący podają nie tylko przyjęte w orzecznictwie kryteria, którymi kieruje się Trybunał przy zasądzaniu określonych kwot z tych tytułów, ale także wymogi dla ich uzyskania. Jak w żadnym ze znanych mi opracowań tej materii, autorzy podają dziesiątki orzeczeń ze wskazaniem zasądzonych kwot, co pozwala praktykom na zorientowanie się, jakich kwot można się realnie domagać.

Opracowanie zawiera także tekst formularza skargi, jak również instrukcje dla stron pragnących złożyć skargę do Trybunału ze wskazaniem przesłanek złożenia skargi, w tym terminu sześciomiesięcznego od zakończenia postępowania krajowego.

Reasumując, należy stwierdzić, że *Komentarz* do konwencji stanowi cenny przewodnik dla każdego praktyka adwokata, któremu przyjdzie złożyć lub popierać skargę przed ETPCz w Strasburgu. *Komentarz* uprzytamnia zarazem, że postępowanie przed Trybunałem nie jest wbrew powszechnemu mniemaniu kolejną instancją, lecz wyjątkowym środkiem prawnym służącym ochronie praw człowieka gwarantowanych w EKPC i protokołach dodatkowych. Uświadamia nam zarazem, że obecnie obowiązkiem każdego adwokata jest ocena prawa i orzeczeń przez pryzmat standardów EKPC. Dla skutecznej i profesjonalnej obrony klientów konwencja jest bardzo istotnym instrumentem, którego właściwe wykorzystanie jest uzależnione od przywołania jej naruszenia już w postępowaniu krajowym, o czym często się zapomina.

Zbigniew Cichoń

Sympozja, konferencje

Symposium „Stanford Law Review” pt. „The Privacy Paradox: Privacy and Its Conflicting Values”, Stanford University, 2–3 lutego 2012 r.

PRYWATNOŚĆ I KONFLIKT WARTOŚCI

W dniach 2–3 lutego ub.r. na Stanford University odbyło się symposium zorganizowane przez redakcję „Stanford Law Review”¹, zatytułowane *The Privacy Paradox: Privacy and Its Conflicting Values*, poświęcone różnym aspektom ochrony prywatności.

Uczestnicy symposiumu² – naukowcy oraz praktycy specjalizujący się w ochronie prywatności – zastanawiali się, w jaki sposób należałoby dostosować system prawny do konfliktu, który pojawił się i nieustannie narasta między prywatnością a coraz bardziej rozpowszechnianymi nowościami techniki cyfrowej. Czy to, czym jest prywatność, pozostaje w konflikcie z nowoczesnymi technikami cyfrowymi? Zagadnienie to – wbrew pozorom – do łatwych nie należy. Paradoksalnie bowiem troska o prywatność człowieka wywołuje konflikt wartości i narusza inne podstawowe prawa obywatela. Żądamy prawa do bezpieczeństwa i ma je zapewnić monitoring, a przecież narusza on prawo do naszej prywatności.

Skoro epoka cyfrowo-wirtualna, to i symposium przybrało odpowiednią dla niej formę. Referaty uprzednio opublikowano w Internecie, co dało niesamowity efekt – 100 000

¹ www.StanfordLawReview.org

² Referaty przedłożyli: M. Ryan Calo, Stanford Law School, Center for Internet and Society, *The Drone as Privacy Catalyst*; Deven McGraw, Center for Democracy and Technology, *Paving the Regulatory Road to the „Learning Health Care System”*; Daniel Kreiss, University of North Carolina at Chapel Hill, *Yes We Can (Profile You): A Brief Primer on Campaigns and Political Data*; Peter Swire, C. William O’Neill, Professor of Law, Moritz College of Law, Ohio State University, *A Reasonableness Approach to Searches after the Jones GPS Tracking Case*; Jeffrey Rosen, Uniwersytet George’a Washingtona, *The Right to Be Forgotten*; Omer Tene, Jules Polonetsky, Associate Professor, College of Management Haim Striks School of Law, Israel; Senior Fellow, Future of Privacy Forum; Visiting Researcher, Berkeley Center for Law and Technology; Affiliate Scholar, Stanford Center for Internet and Society, *Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions*; Simon J. Frankel, Laura Brookover, Stephen Satterfield, Global Privacy & Data Security group at Covington & Burling LLP, *Famous for Fifteen People: Celebrity, Newsworthiness, and Fraley v. Facebook*; Alex Kozinski, Chief Judge, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Symposium Keynote. The Dead Past*.

wiejąc na stronę „Stanford Law Review” *online*, czyli liczba uczestników sympozjum zwiększyła się 1000 razy. Dyskusje nad poszczególnymi referatami transmitowano przez Internet.

Sympozjum otworzył referat Ryana Calo, zatytułowany *The Drone as Privacy Catalyst*, po którym nastąpiła interaktywna dyskusja o robotach, samolotach bezzałogowych i cywilnych zastosowaniach wojskowej technologii, a zwłaszcza o zagrożeniach dla prywatności, będących konsekwencją tego zastosowania. Dodatkową atrakcją była wystawa poświęcona dronom w patio i holu gospodarzy.

Ryan Calo swoje wystąpienie, jak na Amerykę przystało, rozpoczął od przypomnienia *The Right to Privacy* Samuela Warrena i Louisa Brandeisa z 1890 r.³ Impulsem dla autorów tamtej publikacji było upowszechnienie przenośnych aparatów fotograficznych, którymi z ukrycia „trzaskano fotki” dość często naruszające prywatność i umieszczono je na pierwszych stronach *yellow papers*. Te działania skłoniły autorów do postulowania uchwalenia ustaw chroniących prywatność, ustawy te uchwalono i przez lata spełniały swoje zadania należycie. Nie można tego powiedzieć o czasach współczesnych. *The Electronic Communications Privacy Act* pochodzi z 1986 r., czyli epoki walkmenów i discmenów, kiedy Al Gore ledwo co „wynałazł Internet”. Ustawa ta została poprawiona w 2011 r. w stopniu nieadekwatnym do potrzeb, bo jedynie uregulowała okoliczności, w których władza może przejść albo uzyskać dostęp do środków elektronicznej komunikacji, takiej jak e-maile. Amerykańskie prawo chroniące prywatność „spóźnia się” i przez to przysparza wielu stresów, gdy tymczasem postęp techniki idzie nieustannie naprzód. System prawa potrzebuje jakiegoś katalizatora, który nadrobiłby opóźnienia i sprawił, by był on adekwatny do współczesnej techniki. Dotychczasowe nowości, takie jak komputery, Internet, RFID, GPS, biometryka, rozpoznania twarzowe nie były takim katalizatorem czy też impulsem do zmian w ustawodawstwie chroniącym prywatność. Nowego duetu Warren & Brandeis, który postulowałby dostosowanie prawa do nowych potrzeb, jeszcze nie doczekaliśmy się.

Ryan Calo uważa, że takim katalizatorem do nowych regulacji prawa do prywatności mogą być tytułowe samoloty bezzałogowe i inne roboty, dotychczas znane i kojarzone z teatrem działań wojennych, obecnie zaś coraz bardziej dostępne dla służb niewojсковych, nie tylko zajmujących się inwigilacją z tytułu ochrony bezpieczeństwa, jak policja, straż pożarna czy graniczna. Prywatny sektor, a zwłaszcza prasa, także sięgnie po drony, które mogą być dla *paparazzi* doskonałym sprzętem. Obecnie ich wykorzystywanie krępują federalne uregulowania lotnictwa, ale już są sygnały o działaniach na rzecz liberalizacji tych regulacji. Zagrożenie płynące z zastosowania tych maszyn zaopatrzonych w kamery i aparaty fotograficzne jest poważne. Efektem ich stosowania może być zbędność podróży do jakiejś orwellowskiej Oceanii, w której na rzecz Wielkiego Brata „małe helikopterki” poruszały się pomiędzy blokami mieszkalnymi, szpiegując ich mieszkańców⁴.

Następny prelegent – Deven McGraw – w referacie *Paving the Regulatory Road to the*

³ S. D. Warren, L. D. Brandeis, *The Right To Privacy*, „Harvard Law Review”, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5.

⁴ G. Orwell. *Rok 1984*, w przekładzie T. Mirkowicza, Warszawa 2005, s. 6: „W dali helikopter zniżył się pomiędzy dachy, zawisł na moment niczym mucha mięsna, po czym poderwał się i odleciał zataczając łuk. Był to patrol policji, szpiegujący mieszkańców przez okna”.

„*Learning Health Care System*” podjęła temat ochrony prywatności w instytucjach ochrony zdrowia. Kiedy na wstępie czytamy, że zła jakość i wysokie koszty opieki zdrowotnej w USA to problem dobrze znany, mamy wrażenie, że gdzieś już z taką opinią się spotkaliśmy. Cyfryzacja danych medycznych dotyczących zdrowia pacjenta ma służyć podniesieniu poziomu usług medycznych. Pojawia się jednak konflikt pomiędzy ochroną prywatności a ochroną zdrowia, a ściślej z gromadzeniem, analizowaniem i jakimkolwiek wykorzystywaniem zapisanych elektronicznie danych dotyczących zdrowia poszczególnego pacjenta. Nie pierwszy to przykład wskazujący, że dążenie do poprawy czy to ochrony bezpieczeństwa, czy to ochrony zdrowia poprzez wykorzystanie elektronicznych środków gromadzenia danych uszczupla prywatność.

Kolejny uczestnik symposium – Daniel Kreiss – przedstawił w referacie krótki przegląd kampanii i faktów politycznych, w którym przybliżył naruszenie prywatności przez gromadzenie danych osobowych elektoratu na potrzeby polityczne, a ściślej – na potrzeby kampanii wyborczych. Mitt Romney zwycięstwo w prawyborach zawdzięczał podczepieniu klipu wyborczego pod „youtuby” najczęściej otwierane w poszczególnych stanach. Ta ścieżka reklamy wyborczej była skuteczniejsza od telewizyjnych spotów... ale okazała się niewystarczająca do pokonania w wyborach B. Obamy. Zwrócił też uwagę na wartość danych o preferencjach poszczególnych grup społeczeństwa amerykańskiego w referacie *Yes We Can (Profile You) A Brief Primer on Campaigns and Political Data*.

Prawo do bycia zapomnianym według projektu Viviane Reding, unijnej komisarz sprawiedliwości, przedstawił w referacie *The Right to Be Forgotten* Jeffrey Rosen. Skąd w ogóle pomysł utworzenia prawa do bycia zapomnianym? Otóż wywodzić ma się z *le droit à l'oubli* albo *right of oblivion*, czyli z zatarcia skazania obowiązującego w prawie karnym. To trochę dziwne, bo jak dotąd źródłem praw człowieka jest osobowa godność osoby, a zatem prawo do bycia zapomnianym kuleje już u samych źródeł, nawet gdyby było tylko prawem podmiotowym...

Treścią prawa do bycia zapomnianym ma być żądanie osoby, która już nie chce, by jej dane osobowe były wirtualnie przetwarzane albo przechowywane przez operatora, usunięcia ich z systemu. Treść tego prawa została podważona trzema pytaniami postawionymi przez Petera Fleischera, googlowego eksperta ds. ochrony prywatności: 1) czy jeżeli coś wystawiam *online*, mam prawo, by później to usunąć? – tutaj tworzenie nowego prawa jest bezprzedmiotowe, bo portale społecznościowe już dawno to wprowadziły; 2) czy jeżeli coś wystawiam i ktoś to skopiuje i wystawi w innym miejscu, czy to także powinno być usunięte? Z nowego prawa człowieka wynikałoby, że również ta kopia powinna zostać na żądanie usunięta, chyba że skopiowanie i wstawienie nastąpiło w celu dziennikarskim, artystycznym albo literackim, a udowodnienie tego spoczywa na operatorze danych; 3) czy jeżeli ktoś coś „wystawia” o mnie, mam prawo żądania usunięcia tego? – treść prawa do zapomnienia ujęta została tak szeroko, że z takim żądaniem również można byłoby wystąpić. Podmiotem, od którego należałoby żądać usunięcia, jest nie tylko jakiś portal czy gazeta *online*, ale także wyszukiwarka internetowa. Podmioty prowadzące te programy z instytucji ułatwiających korzystanie z sieci stałyby się instytucjami cenzurującymi Internet. I tu pojawia się konflikt wartości: pomiędzy prywatnością a wolnością słowa.

Dzięki Facebookowi, blogom i innym portalom każdy może stać się znanym i sławnym. Przepowiednia Andy’ego Warhola staje się rzeczywistością. Zagadnienie to omó-

wili S. J. Frankel, L. Brookover i S. Satterfield w referacie *Famous for Fifteen People: Celebrity, Newsworthiness, and Fraley v. Facebook* na tle wyroku zapadłego przed sądem dla Północnego Dystryktu w Kalifornii. Fraley pozwał Facebook o naruszenie kalifornijskiej ustawy o prawie do reklamy, a konkretnie zakazu używania wizerunku lub nazwiska osoby w celach komercyjnych bez jej zgody. Działania Facebooka, ignorujące prywatność pozwanego, zakończyły się wyrokiem zasądającym 20 mln USD.

Na potrzebę ochrony danych osobistych zwracają uwagę O. Tene i J. Polonetsky w referacie *Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions*. Współczesność to czasy ogromnego znaczenia wszelkich danych osobowych, które gromadzą i wykorzystują wielkie podmioty gospodarcze; to czasy „wielkich danych”, które wymagają wielkich decyzji w celu ich ochrony.

W referacie *A Reasonableness Approach to Searches After the Jones GPS Tracking Case* Peter Swire (C. William O'Neill Professor of Law) z Moritz College of Law, Ohio State University, przedstawił zagadnienie granic policyjnej inwigilacji przy zastosowaniu GPS. Na tle tej sprawy wraca „melodia” powszechnej inwigilacji obywateli dokonywanej przez agendy totalitarnego państwa, znana z *Roku 1984* G. Orwella. Sprawa dotyczyła umieszczenia przez policję urządzenia GPS w samochodzie, bez wiedzy właściciela i bez nakazu sądowego. Znamienny jest dialog pomiędzy sędzią orzekającym w tej sprawie a oskarżycielem publicznym: „Czy uważacie za legalne umieszczenie urządzenia GPS w każdym samochodzie i monitorowanie ich przemieszczania się przez miesiąc?” Odpowiedź padła: „tak”, po czym sędzia zauważył: „Gdybyście tę sprawę wygrali, wtedy już nic nie będzie w stanie zapobiec monitorowaniu przez policję lub służby rządowe 24 godziny na dobę ruchu każdego obywatela w przestrzeni publicznej. Oznaczałoby to zgodę na coś, co brzmi jak *Rok 1984*”. Wyrok delegalizował takie poczynania policji, gdyż ingerencja taka jest naruszeniem Czwartej Poprawki, o zakazie bezprawnej penetracji policyjnej, czyli jest to naruszenie sfery prywatności. Założenie GPS w prywatnym samochodzie bez zgody właściciela jest równoznaczne z czynnością operacyjną, jaką jest przeszukanie lub zajęcie. Autor dodaje, że w warunkach europejskich poprzez takie działania doszłoby do naruszenia art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Sprawa *Jonesa* wyznaczyła opinii publicznej ważne zadanie – trzeba zrobić wszystko, aby policja i różne służby nie miały możliwości monitorowania obywatela 24 godziny na dobę.

„Symposium Keynote”, czyli spostrzeżenia podsumowujące Sympozjum nakreślił w referacie *The Dead Past* Alex Kozinski. Człowiek, który jak sam przyznaje nie posiada żadnego Kindle'a, iPada, iPhone'a czy też Blackberry, a pisze ciągle na elektronicznej maszynie do pisania. Jest za to sędzią amerykańskiego Sądu Apelacyjnego Dziewiątego Okręgu. Tytuł swojego referatu zaczerpnął z opowiadania *science fiction* Asimowa, w którym opisano maszynę umożliwiającą przeglądanie przeszłości. Niestety rząd zabraniał wszystkim chętnym korzystania z tego urządzenia. Taką maszyną jest po trosze Internet, to Internet wytyczył nowe granice ludzkiemu poznaniu.

Nowe technologie to korzyści, ale i zagrożenia, głównie dla prywatności. Kozinski zwraca uwagę, że otrzymał widok z Google Earth na swoją posiadłość. Widać na nim dom i dwa samochody; widać też jacuzzi w patio i dobrze, że nie widać jego, kiedy bierze kąpiel w stroju Adama.

Innym zagrożeniem dla prywatności jest telefon komórkowy. Dzięki niemu „Big Brother”, a może nim być policja czy też służby specjalne, wie np. o trasie naszej podróży. Następnym etapem może być decyzja o powszechnym monitoringu „wszystkich i wszędzie”. Ponadto ludzie nie zdają sobie sprawy, że gdy rozmawiają w miejscu publicznym, ich rozmowa nie podlega ochronie na podstawie prawa do ochrony prywatności. Taka rozmowa może zostać przejęta i wykorzystana przez służby specjalne lub policję. Zasada uzasadnionego oczekiwania prywatności działa jedynie, gdy ktoś rozmawia z kimś w cztery oczy w pomieszczeniu zamkniętym albo prowadzi konwersację telefoniczną. Tylko wówczas nikt nie ma prawa takiej rozmowy utrwać.

Ochronie podlega również przeglądanie Internetu w prywatnym pomieszczeniu i na prywatnym urządzeniu. Nikt nie ma prawa rejestrować treści przyjmowanych z Internetu.

Kolejnym zagrożeniem płynącym z Internetu jest blogosfera, która – jak twierdzi Kozinski – może wprawić człowieka w przekonanie, że każdego ranka świat wstrzymuje oddech, czekając na kolejną notkę. W rezultacie pojawiają się różne teksty „przypalone”, „zakalcowane” lub „całkiem surowe” i o bardzo różnej treści. Obok blogosfery, „youtuby” to „miejsca”, które mogą wyrządzić krzywdę człowiekowi przez umieszczenie w nich jakiegoś kompromitującego filmiku. Na przeróżnych portalach każdy może napisać to, co chce... oczywiście może to usunąć. Ale może się też okazać, że to już ktoś skopiował i podał dalej... Usunięcie takich wstydlivych tekstów może być gorsze od usunięcia uryny z basenu... kąpielowego, rzecz jasna – pisze Alex Kozinski, jak sam oświadczył, posiadacz domu z basenem.

I tu dochodzi do wniosku, że rzeczywistość cyfrowa, wirtualna niesie za sobą wiele zagrożeń. Jednakże błędem byłoby stwierdzenie, że zagrożenia te płyną ze strony policji, służb specjalnych, rządu, parlamentu. Jeżeli chodzi o główne zagrożenie ze strony „wirtualu”, to każdy z nas dla siebie stanowi takie zagrożenie. I kiedy w tym świecie się poruszamy, to nagle zaczynamy żyć w innym świecie, z innym podejściem do wielu fundamentalnych spraw, takich jak własność, prywatność i godność człowieka.

Jacek Kędzierski

Kronika adwokatury

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

I. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 5 LUTEGO 2013 R.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko zreferował protokoły ORA w: Bielsku-Białej, Gdańsku, Lublinie (2 protokoły), Łodzi, Siedlcach, Szczecinie, Toruniu (2 protokoły), Wrocławiu. Omówił zgromadzenie izby białostockiej, które odbyło się 12 października w Białowieży. Uczestniczyli w nim liczni goście, m.in.: prezes NRA adw. A. Zwara, skarbnik NRA adw. M. Pietkiewicz, rzecznik dyscyplinarny NRA adw. E. Krasowska oraz sekretarz NRA adw. K. Boszko. Podczas zgromadzenia prezes NRA wyraził podziękowanie adw. E. Krasowskiej i dr adw. A. Zemke-Góreckiej za zaangażowanie w pracach samorządowych. Wręczono też odznaczenia „Adwokatura Zasłużonym” adwokatom Jerzemu Dekowi i Ludwice Rychlik.

Adwokat K. Boszko poinformował o piśmie z Ministerstwa Sprawiedliwości w sprawie uchwały ORA w Wałbrzychu dotyczącej opłaty z tytułu wpisu na listę adwokatów oraz przedstawił propozycję odpowiedzi NRA, że pobierana opłata nie będzie większa niż 200 zł.

Przybyli na zaproszenie prezesa NRA adwokaci dr Szymon Byczko, dr Michał Jackowski przedstawili główne tezy swoich wystąpień, które zaprezentują przed TK na rozprawie poświęconej zgodności z Konstytucją RP niektórych przepisów wprowadzonych do ustawy z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze.

Wiceprezes NRA adw. Z. Marciniak przedstawił informację dotyczącą wykonania budżetu za 2012 r.

Izbom adwokackim w Kielcach, Opolu i Radomiu przyznano, zgodnie z wnioskami Komisji Inwestycyjno-Finansowej, bezzwrotną pomoc finansową. Poinformowano zebranych o pracach nad wydaniem płyt CD z przemówieniami ks. arcybiskupa Józefa Żyćńskiego.

Wiceprezes NRA adw. J. Trela poinformował o pracach nad projektem nowelizacji Poa. Przypomnił, że TK uznał dożywotni zakaz wykonywania zawodu radcy prawnego za niezgodny z Konstytucją RP. W komisji senackiej zaproponowano wprowadzenie do ustawy zapisu, według którego po upływie 10 lat od momentu skreślenia z listy osoba taka może ubiegać się o ponowne wykonywanie zawodu po zdaniu

egzaminu zawodowego. Wydłużono również okres zatarcia wyroku dyscyplinarnego z 10 do 15 lat.

Adwokat J. Trela poinformował, że uczestniczył w posiedzeniu komisji sejmowej ds. dwóch projektów zmiany k.p.k. Przedstawiciele radców prawnych stanowczo wystąpili za przyznaniem wszystkim radcom uprawnień do obron w sprawach karnych. W odpowiedzi na ten postulat sędzieja SN Stanisław Zabłocki przedstawił stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, która sprzeciwia się takiemu rozwiązaniu.

Prezydium NRA delegowało adw. dr Agnieszkę Zemke-Górecką na konferencję MS dotyczącą wyników egzaminów wstępnych na aplikacje prawnicze oraz egzaminu adwokackiego, która odbędzie się w Popowie w dniach 11–13 lutego 2013 r.

II. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 26 LUTEGO 2013 R.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko przedstawił problematykę wynikającą z obrad ORA w: Białymstoku, Katowicach (2 protokoły), Koszalinie (3 protokoły), Lublinie, Olsztynie, Radomiu (2 protokoły), Szczecinie, Wałbrzychu, Warszawie (5 protokołów), Wrocławiu.

Prezydium NRA zdecydowało o dofinansowaniu kilku konferencji, wydania komentarza do przepisów dyscyplinarnych przygotowanego przez adwokatów oraz wydania opracowania pt. *Adwokatura wileńska 1918–1939. Studium historyczno-prawne* autorstwa dr. Mikołaja Tarkowskiego.

Prezydium NRA wysłuchało przewodniczącego Wyższej Komisji Rewizyjnej adw. Sławomira Ciemnego, który krytycznie ocenił stanowisko w sprawie kosztownego wydania płyt CD z przemówieniami ks. arcybiskupa J. Życińskiego.

Prezydium delegowało adw. M. Łaszczuka na spotkanie Standing Committee CCBE, które odbędzie się 21–22 marca 2013 r. w Brukseli, przypominając o zobowiązaniu go do podjęcia działań w sprawie obniżenia wysokości składki członkowskiej adwokatury na rzecz CCBE.

Pismem z 14 stycznia 2013 r. TK wezwał Prezydium NRA do ustosunkowania się do zarzutów sformułowanych we wniosku Prokuratora Generalnego z 13 listopada 2012 r. (sygn. K. 48/12) w części dotyczącej adwokatów. Prezydium NRA postanowiło przedłożyć TK argumentację wyrażoną w załączniku do uchwały Prezydium NRA 102/2013 w sprawie stosowania kontroli operacyjnej przez służby specjalne i policyjne z perspektywy ochrony tajemnicy zawodowej adwokatów oraz gwarancji ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki związanych ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokatów

III. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 15 MARCA 2013 R.

Prezes NRA adw. A. Zvara poinformował zebranych o przebiegu spotkania z przedstawicielami MS na temat przygotowanego przez Adwokaturę projektu ustawy o adwokaturze, które odbyło się w Popowie w dniach 5–6 marca 2013 r., w którym brali też udział adwokaci Jacek Trela, prof. Jacek Giezek, prof. Piotr Kardas, prof. Robert Zawłocki i Tomasz Ziński. Delegacji MS przewodniczył wiceminister prof. Michał Królkowski. Z dyskusji wynikało, że MS widzi konieczność odróżnienia profesji adwokackiej i radcowskiej. Uwagi do projektu przygotowanego przez Adwokaturę miały charakter bardziej techniczny niż merytoryczny. Zostaną one przekazane członkom NRA na posiedzeniu plenarnym w dniu 16 marca 2013 r.

Wiceprezes adw. J. Trela przedstawił informację dotyczącą projektu tzw. ustawy deregula-

cyjnej. Podniósł, że radcowie prawni uważają, że aplikacja radcowska przewiduje podobny program zajęć jak adwokacka w przedmiocie prawa karnego, co ich zdaniem uprawnia do wykonywania obron w sprawach karnych. W dyskusji wypowiedzieli się adwokaci Jacek Ziobrowski, Jacek Trela, Andrzej Zwara, Mirosława Pietkiewicz, Rafał Dębowski.

Prezydium NRA powołało Komisję Zjazdową Krajowego Zjazdu Adwokatury 2013 (uchwała nr 103/2013), w składzie: Przewodniczący – adw. prof. UW r dr hab. Jacek Giezek, adw. prof. UJ dr hab. Piotr Kardas, adw. Roman Kusz.

Prezes NRA adw. A. Zwara poinformował, że prezentacja multimedialna aplikacji radców prawnych jest przez urzędników MS lepiej odbierana, dlatego zobowiązano Komisję kierowaną przez adw. M. Gruszecką do przygotowania prezentacji aplikacji adwokackiej.

Adwokat M. Gruszecka poinformowała, że w MS nadal toczą się dyskusje dotyczące opłat za aplikację adwokacką.

Członkowie Prezydium NRA omówili zasady współpracy z dziennikiem „Rzeczpospolita”. Rozważano również kwestię finansowego uczestnictwa NRA w różnego rodzaju konferencjach i spotkaniach krajowych i zagranicznych, uczestnictwa w organizacjach międzynarodowych (wysokości składki rocznej w CCBE), zlotów sportowych, sportowych klubów adwokackich.

Prezydium powołało skład misji obserwacyjnej do Kazachstanu pod przewodnictwem adw. dr M. Strus-Wołos.

Prezesa NRA adw. A. Zwarę delegowano do Berlina na I Międzynarodowe Forum Prawnicze, a adw. Macieja Łaszczuka na spotkanie Komitetu Finansowego CCBE w Brukseli.

Andrzej Bąkowski

Uroczysty koncert ze śnieżycą w tle (poświęcony pamięci Adwokatów, którzy zginęli w smoleńskiej katastrofie 10 kwietnia 2010 r.)

Nie ma żadnej wątpliwości, że powinno się pamiętać i nie ma żadnej wątpliwości, że pamiętać warto.

W czwartkowy wieczór 21 marca 2013 roku do krakowskiego Klubu Adwokatów im. adw. Ruth Buczyńskiej przybyli ci, którzy tak właśnie uważają. Przybyli bardzo licznie, aby już po raz trzeci, słuchając muzyki i poezji, wspomnieć prezesa NRA adw. Joannę Agacką-Indecką, posłankę na Sejm RP, byłą szefową Kancelarii Prezydenta RP Aleksandra Kwaśniewskiego adw. Jolantę Szymanek-Deresz, redaktora naczelnego „Palestry” adw. Stanisława Mikke i senatora RP, byłego wicemarszałka Sejmu adw. Stanisława Zajęca. Wszyscy oni zginęli w katastrofie lotniczej pod Smoleńskiem 10 kwietnia 2010 roku.

Ten piękny wieczór pełen był zadumy i godności.

Koncert poprowadził, co oczywiste, mecenas Stanisław Kłys. Starannie dobierał słowa i były one pełne taktu i ciepła.

– Wasza obecność w ten deszczowy wieczór udowadnia, że można i trzeba pamiętać, że są ludzie niezastąpieni.

Kiedy padły słowa o deszczowym wieczorze, za oknem zaczął padać śnieg, z minuty na minutę coraz gęstszy.

Potem wystąpił dziekan ORA adw. Jan Kuklewicz. Wręczył bukiet róż pani Bożenie Mikke, a następnie odczytał list podpisany przez prezesa NRA adw. Andrzeja Zwarę i wiceprezesa NRA adw. Jacka Trełę. Pani Bożena podziękowała, wyraźnie poruszona. Specjalnie na tę uroczystość przyjechał sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko i przewodniczący Komisji Kultury NRA adw. Stanisław Estreich z Lublina, który przybył wraz z małżonką.

Jako pierwszy zagrał znakomity gitarzysta klasyczny Michał Nagy, który zaprezentował *Lacrimosę* Johna Dowlanda. Użycie w tym utworze kapodastra (przyrządu skracającego menzurę strun, a zatem pozwalającego podwyższyć tonację) na drugim progu sprawiło, że gitara zabrzmiała podobnie do lutni. Pan Michał Nagy to muzyk cieszący słuchaczy wielką sprawnością techniczną popartą wyobraźnią muzyczną i wrodzoną elegancją.

Dodam, że w połowie utworu dyskretnie odezwał się kurantem stojący w kącie sali zegar, jakby ktoś chciał przypomnieć o nieuchronnym upływie czasu. Na tyle jednak cicho, aby nie przeszkadzać w odbiorze muzyki.

Kiedy ucichły brawa, recytację fragmentów *Modlitwy z Kwiatów polskich* Juliana Tuwima rozpoczął prof. Tadeusz Malak. Przesłanie – „Lecz nade wszystko słowom naszym zmienionym chytrze przez krętaczy jedyności przywróć i prawdziwość” – zabrzmiało prosto i dobitnie. To była najprawdziwsza troska o los Ojczyzny.

W momencie kiedy mecenas Kłys zapowiedział dwie wspaniałe Damy, czyli sopranistkę Edytę Piasecką i pianistkę Mariolę Cieniawę, zerknąłem na portret mecenas Ruth Buczyńskiej zawieszony na honorowym miejscu. Przypomniałem sobie bowiem, co bl. pamięci Ruth zechciała o pani Edycie kiedyś powiedzieć: „jakaż uroda, jaki głos, jaki talent, jaki wdzięk”. Na fali wieczornej zadumy popłynęły dźwięki dwóch pieśni Mieczysława Karłowicza, czyli *Zasmuconej* i *Wieczorną ciszą*. Cudowny głos Edyty Piaseckiej, wsparty perfekcyjnym i pełnym muzycznej serdeczności akompaniamentem Marioli Cieniawy, sprawił, że miałem wrażenie, iż mecenas Ruth Buczyńska uśmiecha się z portretu ukontentowana. Tego samego zdania była niewątpliwie Publiczność, nagradzając Artystki wielkimi brawami.

Za oknami uparcie padał śnieg, więc jakby na przekór złośliwościom pogody mecenas Kłys zaanonsował *Sonatę wiosenną* Ludwiga van Beethovena w wykonaniu wybitnego skrzypka – Roberta Kabary, któremu na fortepianie akompaniowała, podobnie jak Edycie Piaseckiej, niezawodna Mariola Cieniawa.

– Chociaż Robert Kabara zrobił niedawno habilitację, ale nadal gra na skrzypcach – zażartował mecenas Kłys, a następnie poprosił, aby pan Robert opowiedział o będącym wierną kopią „Diablo”, czyli skrzypiec zbudowanych przez Mistrza Guarneriego, instrumencie, na którym gra. Tak też się stało, a następnie wszyscy mogli radować się brylantową, pełną niebywale energii grą maestro Kabary. Oklaski, oklaski! Tych w trakcie Uroczystego Koncertu zabraknąć nie mogło.

Pierwszą część Koncertu zakończyła pieśń *Zamilcz, ach zamilcz* Michała Kleofasa Ogińskiego, zaśpiewana przez Edytę Piasecką z akompaniamentem Marioli Cieniawy. Czy były brawa? Były, i to jakie!

W przerwie odbył się wernisaz młodego malarza – Marcina Płoszaja. Przyznam, że

nie tylko muzyka i poezja mają się w Klubie Adwokatów doskonale, gdyż prace, które miałem przyjemność oglądać, są naprawdę interesujące.

Drugą część Koncertu rozpoczęła *Sonata Arpeggione* Franciszka Schuberta. Bardzo ciekawego wyboru dokonał mecenas Stanisław Kłys, gdyż jest to utwór napisany na wiolonczelę i fortepian, który tym razem został wykonany w opracowaniu na altówkę i gitarę klasyczną. Robert Kabara i Michał Nagy. Po prostu przepięknie. Czy mam zapewniać o entuzjazmie Publiczności? Myślę, że to zbytuczne. Dodam jedynie, że bardzo trudno zapomnieć taki duet.

Tkanina i Przesłanie pana Cogito. Dwa wiersze Zbigniewa Herberta. Znowu prof. Malak wspiął się na wyżyny sztuki recytacji. Otrzymaliśmy słowa w formie czystego przesłania. Jestem pewien, że słuchając takiej interpretacji, nikt na sali nie pomyślał o tych, którzy drugi z tych wierszy, bez zrozumienia jego treści, traktują jako narzędzie politycznej agitacji. Wielkie wzruszenie, wielkie oklaski.

Zanim zabrzmiał finałowy utwór Koncertu, mecenas Kłys uklonił się z wielkim uszanowaniem pani Krystynie Kwiatkowskiej, wdowie pod generale Bronisławie Kwiatkowskim, który również zginął w katastrofie smoleńskiej.

Wszyscy Artyści uczestniczyli w wykonaniu *Arii Cantilena* z *Bachianas brasileiras* Hectora Villa-Lobosa i uczynili to z wielkim sercem, demonstrując równocześnie swoje wielkie umiejętności. Każda nuta tego przejmującego utworu przesycona była tęsknotą. Zanim rozległy się gromkie brawa, na chwilę jakże istotną zapanowała idealna cisza, która jest dla Artystów komplementem największym, gdyż wyraża żal, że utwór dobiegł już końca.

Potem obdarowani bukietami róż Artyści kłaniali się długo i zrewanżowali się bisem. Było to *Aqua e vino* Egberto Gismontiego.

Mecenas Stanisław Kłys, kończąc ten piękny wieczór, zapewnił, że Adwokatura zawsze będzie pamiętać o tych, którzy wtedy odeszli.

Nad krakowskim Rynkiem wirował śnieg. Pomyślałem, że o ile śmierć ma być może białe, świdrujące ślepie, o tyle nadzieja ma mądre, dobre i uśmiechnięte oczy niezapomnianej mecenas Ruth Buczyńskiej. Że tyle nadziei w muzyce i słowie. Pomimo wszystko.

Leszek Wójtowicz

Odznaczenia adwokata Wiesława Ułanowicza

Adwokat Wiesław Ułanowicz z izby warszawskiej został odznaczony w dniu 9 marca 2012 r. Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski, w lutym br. otrzymał zaś odznakę Za Wybitne Zasługi dla Związku Kombatantów Rzeczypospolitej Polskiej i Byłych Więźniów Politycznych.

Prezes NRA w liście gratulacyjnym przesłanym Mecenasowi Ułanowiczowi podkreślił patriotyczną postawę życiową oraz ogromne zasługi dla środowisk kombatanckich.

Red.

Z życia izb adwokackich

Izba krakowska

ADWOKACI KRAKOWSCY

– W DRUGĄ ROCZNICĘ ŚMIERCI ABP. JÓZEFA ŻYCIŃSKIEGO

Druga rocznica śmierci śp. Księdza Arcybiskupa Józefa Życińskiego nie mogła przejść niezauważona przez środowisko, z którym ten hierarcha Kościoła katolickiego był mocno związany, a więc prawników krakowskich. Z inicjatywy Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie, ale także i Krajowego Duszpasterza Prawników ks. dr. Jana Pasierbka, odbyła się w dniu 10 lutego 2013 r. w kościele św. Tomasza Apostoła (Sióstr Duchaczek) w Krakowie uroczysta msza święta, której przewodniczył Jego Eminencja Ksiądz Kardynał Franciszek Macharski. W koncelebrze wzięło udział 6 księży. W wypełnionym do ostatniego miejsca kościele zgromadzeni wysłuchali słów wygłoszonej przez ojca dominikanina ks. prof. dr. Jana Andrzeja Kłoczowskiego homilii, która poświęcona była osobie i dziełu zmarłego arcybiskupa. O oprawę muzyczną, a także sprawy organizacyjne zadbał adwokat Stanisław Kłys. Wysłuchaliśmy więc utworów wokalnie-organowych w wykonaniu Elżbiety Towarnickiej (sopran) i Marka Stefańskiego (organy), takich jak J. S. Bacha (z chorałów Neumeistra *Vater unser im Himmelreich* i *Bist du bei mir*), J. Haydna *Benedictus* z *Kleine Orgelmesse*, W. A. Mozarta *Ave verum corpus natum*, C. Francka *Panis angelicus*, a na zakończenie J. L. Krebsa *Preludium F-dur*.

W odrębnym wystąpieniu zabrał głos brat śp. Arcybiskupa – ks. prof. dr Wojciech Życiński, który nie tylko dziękował za pamięć o swym Bracie, ale podkreślił znane mu Jego więzi zwłaszcza ze środowiskiem adwokackim. Krótkie wspomnienie o osobie Zmarłego wygłosił również Pan Mecenas Stanisław Kłys.

Dzięki uprzejmości Sióstr ze Zgromadzenia Kanoniczek Ducha Św. „De Saxia” w Krakowie odbyło się w Klasztorze dodatkowe spotkanie (agapa) części uczestników, w której wziął udział m.in. J.E. Ksiądz Kardynał F. Macharski. Dawało ono okazję do podzielenia się dodatkowymi wspomnieniami o zmarłym Księdzu Arcybiskupie, zwłaszcza za przyczyną Siostry Scholastyki, która prowadziła dom Arcybiskupowi w Lublinie. Dodatkową atrakcją i niespodzianką opisanego spotkania była możliwość zapoznania się z książką stanowiącą pierwszy tom zaplanowanego 3-tomowego wydawnictwa poświęconego Księdzu Arcybiskupowi Józefowi Życińskiemu: *Jestem Józef Wasz Brat*. Tom ten zatytułowany *Okruchy życia* w istotny sposób przybliży ostatni czas bogatej w wydarzenia drogi życiowej wspinałego Człowieka.

Stanisław J. Jaźwiecki

Izba wrocławska

IZBOWY KONKURS KRASOMÓWCZY DLA APLIKANTÓW ADWOKACKICH, 23 LUTEGO 2013 R.

Izbowy Konkurs Krasomówczy dla Aplikantów Adwokackich odbył się we Wrocławiu 23 lutego 2013 r. Największą salę rozpraw wrocławskiego Sądu Okręgowego wypełnili po brzegi aplikanci I roku aplikacji, którzy przybyli na konkurs w charakterze słuchaczy. Do eliminacji, które poprzedziły konkurs, przystąpiło 75 aplikantów z I i II roku aplikacji. Z tej liczby wyłoniono 12 uczestników konkursu izbowego. Przemówienie wygłosiło 11 aplikantów, jeden bowiem z powodu niedyspozycji zdrowotnej nie stawił się.

Kazusy z prawa cywilnego, autorstwa adw. Anny Ślęzak, dotyczyły kwestii:

– uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym oraz rozwodu i roszczeń z rozwodem związanych przy wniosku powoda o rozwiązanie małżeństwa z orzeczeniem, że żadna ze stron nie ponosi winy za rozkład pożycia.

Z prawa karnego kazusy, autorstwa adw. Jadwigi Banaszewskiej, dotyczyły:

– zabójstwa, usiłowania zabójstwa i ciężkiego uszkodzenia ciała z trwałymi skutkami.

Przewodniczącym Jury był Dziekan ORA adw. Andrzej Malicki, a członkami adw. adw. Jadwiga Banaszewska, Barbara Józefowicz-Olczyk, Ewa Kubica-Miłek i Jacek Szymański.

Zgodnie z wprowadzonym u nas zwyczajem konkurs rozpoczęła mowa obrończa, wygłoszona tym razem przez wybitnego karnistę i znakomitego mówcę, adw. Jacka Szymańskiego. Przemówienie wygłoszone było ze swadą, pięknym językiem i powinno być dla aplikantów wzorem do naśladowania.

Konkurs prowadzili odbywający aplikację w kancelarii adw. Jadwigi Banaszewskiej aplikanci II roku – Anna Banaszewska i Karol Rusin, którzy prezentowali pary konkursowe w kolejności ich wystąpień i odczytywali treść kazusów.

W konkursie wystąpiły następujące osoby: Łukasz Kocot z kancelarii adw. Jana Kocota i Artur Miłoś z kancelarii adw. Marka Czuby, Marcin Zięba z kancelarii adw. Jacka Bijasa i Katarzyna Zalewska z kancelarii adw. Barbary Grzybowskiej, Piotr Soroka z kancelarii adw. Macieja Eisermanna i Maciej Kuczaj, którego patronką jest adw. Dominika Hejne-Kupczak, Jacek Babka, odbywający aplikację pod patronatem adw. Anny Klein, i Ewelina Kusak-Kopec, aplikująca u adw. Justyny Michalak-Królickiej, Iwona Dwernicka z kancelarii adw. Romana Sobczaka, Anna Koropczuk, aplikująca pod patronatem adw. prof. Jacka Giezka i Mateusz Jabłoński, którego patronem jest adw. Andrzej Grabiński.

Po naradzie Przewodniczący Jury, w krótkim wystąpieniu, podkreślił wysoki poziom wszystkich przemówień konkursowych. W tej sytuacji Jury postanowiło przyznać wyróżnienia, nagrodzone ustanowionymi *ad hoc* nagrodami prywatnymi. Werdykt Jury był następujący: I miejsce przyznano apl. adw. Katarzynie Zalewskiej, II miejsce zajęła apl. adw. Anna Koropczuk, III miejsce przypadło apl. adw. Ewelinie Kusak-Kopec.

Wyróżniono natomiast aplikantów adwokackich: Jacka Babkę, Mateusza Jabłońskiego i Marcina Ziębę. Wyróżnieni otrzymali nagrody rzeczowe w postaci piór wiecznych marki Parker, ufundowane przez adw. Jadwigę Banaszewską i adw. Andrzeja Malickiego. Była też, jak w latach poprzednich, nagroda adw. Anny Ślęzak, w postaci broszki w formie stylizowanego paragrafu, wykonanej w srebrze przez firmę Kruk. W tym roku otrzymała tę nagrodę apl. adw. Anna Koropczuk za najlepszą replikę. Wszyscy uczestnicy otrzymali

dypłomy uczestnictwa i nagrody ufundowane przez Wydawnictwo C.H. Beck, w postaci kilkumiesięcznego, bezpłatnego dostępu do Systemu Informacji Prawniczej Legalis.

Konkurs pokazał, że sztuka przemawiania nie ginie i że równie pięknie, jak w sprawach karnych, można przemawiać w sprawach cywilnych.

Smuci fakt, że mimo osobistych zaproszeń, rozesyłanych do wszystkich patronów aplikantów uczestników konkursu, tylko dwoje z nich przyszło wspierać swoich pupili, adw. Barbara Grzybowska i adw. Marek Czuba.

Było z nami Radio Wrocław. W wiadomościach lokalnych od godz. 14.00 podawano na antenie relacje z konkursu.

Anna Ślęzak

ŚLUBOWANIE ADWOKATÓW IZBY ADWOKACKIEJ WE WROCŁAWIU, 23 STYCZNIA 2013 R.

W dniu 23 stycznia 2013 r. w przepięknym barokowym wnętrzu sali Oratorium Marianum Uniwersytetu Wrocławskiego miało miejsce uroczyste ślubowanie adwokatów Izby Adwokackiej we Wrocławiu. Salę wypełnili młodzi adwokaci, ich patroni, rodziny i przyjaciele. Szczególnymi gośćmi tego wydarzenia byli: Wiceprezes Sądu Okręgowego we Wrocławiu SSO Ewa Gonczarek, Rzecznik Prasowy Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu SSA Witold Franckiewicz oraz ks. Prałat Stanisław Pawlaczek. Na ręce Dziekana zostały także przekazane pozdrowienia od adw. Małgorzaty Gruszeckiej, Członka Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej.

Przybyłych powitał adw. Krzysztof Zuber, dziękując młodym – już adwokatom – za współpracę w czasie aplikacji.

Dziekan ORA adw. Andrzej Malicki wygłosił wykład na temat znaczenia tajemnicy zawodowej adwokata w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Podkreślił, że tajemnica ta nie ma charakteru prywatnego, lecz systemowy dla wymiaru sprawiedliwości i w sposób fundamentalny łączy się z prawem do obrony zawartym w art. 42.2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zwrócił uwagę na niebezpieczną tendencję zwalniania adwokatów z tajemnicy zawodowej przez sędziów, podkreślając stanowczość orzecznictwa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w zakresie wyjątkowości takich zwolnień, w czym wielka zasługa Przewodniczącego Wydziału Karnego SSA Wojciecha Kociubińskiego.

Dziekan adw. Andrzej Malicki odebrał ślubowanie od trzydziestu młodych adwokatów i zaprosił wszystkich zebranych do wysłuchania koncertu artystów „Piwnicy pod Baranami” Agaty Ślęzyk i Piotra „Kuby” Kubowicza. Artyści w swoim repertuarze przygotowanym z okazji uroczystego ślubowania zamieścili zarówno piosenki liryczne, jak i kabaretowe, „przećwiczyli” z publicznością, tak ważną w zawodzie adwokata, prawidłową wymowę i dykcję, znajomość łaciny i języka polskiego. Było i wesoło, i wzruszająco, a na pewno wszystkim się podobało, o czym świadczyły gromkie brawa z sali oraz piosenki na bis.

Ostatnim punktem uroczystości było podpisanie protokołów ślubowania przez młodych członków palestry oraz odebranie nagród za najlepsze wyniki w nauce od adw. Krzysztofa Zubera oraz upominków od Dziekana ORA adw. Andrzeja Malickiego i przedstawiciela Wydawnictwa Wolters Kluwer.

Jolanta Noculak

Izba wielkopolska

„PORTRET ZBIOROWY LESZCZYŃSKIEJ ADWOKATURY”,
LESZNO, 16 KWIETNIA 2013 R.

Wielkopolska Izba Adwokacka była współorganizatorem konferencji naukowej za-tytułowanej „Portret zbiorowy leszczyńskiej Adwokatury”, która odbyła się 6 kwietnia 2013 r. w auli I Liceum Ogólnokształcącego w Lesznie. Inicjatorem tej sesji był emerytowany adwokat Grzegorz Jurkiewicz oraz pracownik naukowy Katedry Prawa Karne-go Wydziału Prawa i Administracji UAM w Poznaniu mgr Piotr Józwiak, a także niżej podpisany.

Konferencja ta była poświęcona nieżyjącym już adwokatom, a zwłaszcza tym osobom, których życiorysy świadczą o wyjątkowych zasługach dla kraju i adwokatury. W czasie sesji mieli swoje wystąpienia zarówno adwokaci, jak i historycy, którzy przedstawili sylwetki adwokatów żyjących w okresie międzywojennym oraz po II wojnie światowej, a którzy wstawili się walkami o niepodległość kraju, udziałem w powstaniu wielkopolskim, wojnie polsko-bolszewickiej, II wojnie światowej oraz w okresie powojennym. Przypomniano m.in. sylwetki adwokatów Mariana Metelskiego, Mariana Węclicza, Bernarda Śliwińskiego oraz Jerzego Gronowskiego.

Nadmienić należy, że organizatorzy są w trakcie prac zmierzających do wydania monografii, która zawierać będzie zarówno wystąpienia wygłoszone podczas konferencji w dniu 6 kwietnia 2013 r., jak i opracowania dotyczące innych adwokatów oraz noty biograficzne wszystkich nieżyjących już adwokatów, którzy żyli i działali na terenie ziemi leszczyńskiej.

Maciej Loga

Głos aplikanta

Monika Dębska, Maciej Dębski

KILKA UWAG NA TEMAT ZAWEZWANIA DO PRÓBY UGODOWEJ

Institucja zawezwania do próby ugodowej jest istotnym i funkcjonalnym elementem postępowania cywilnego, choć w praktyce, w większości przypadków, w jej wyniku nie udaje się ostatecznie zawrzeć ugody. Na wokandach nie brakuje prób ugodowych, będących nie tylko narzędziem pożądanego – w świetle art. 10 k.p.c. – w procedurze cywilnej ugodowego zakończenia sporu, ale także – a może, z punktu widzenia profesjonalnych pełnomocników, przede wszystkim – stanowiących czynność przerywającą bieg przedawnienia roszczeń oraz bieg terminu zasiedzenia. Jak się wydaje, właśnie perspektywa ukształtowania sytuacji, w której termin przedawnienia bądź zasiedzenia biegnie na nowo, decyduje o popularności zawezwania do próby ugodowej. Obok tego warto zauważyć, że zawezwanie do próby ugodowej może stanowić drogę do korzystnego sfinalizowania ugody już wynegocjowanej, a jeszcze niezawartej pomiędzy stronami. Mianowicie ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych¹ stanowi w art. 9 ust. 1, że co do zasady wszelkiego rodzaju dochody podlegają opodatkowaniu podatkiem dochodowym. Powołana ustawa przewiduje jednak kilka zwolnień, wśród których figuruje zwolnienie od opodatkowania odszkodowań wynikających z ugód sądowych (art. 21 ust. 1 pkt 3 ppkt g). W świetle tego przepisu – jak się wydaje – sprawne w swej istocie postępowanie pojednawcze może okazać się bardzo atrakcyjnym instrumentem prawnym.

W tych okolicznościach warto zatem rozważyć kilka – na pozór tylko oczywistych – aspektów zastosowania przedmiotowej instytucji. Przede wszystkim, co okaże się przydatne w dalszej części rozważań, należy określić, jaki charakter ma postępowanie w sprawie zawezwania – procesowy czy nieprocesowy? Sprawy te są wszczynane wnioskami, co sugerować by mogło, że postępowanie ma charakter nieprocesowy. Przyjrząwszy się systematyce Kodeksu postępowania cywilnego, dochodzi się jednak do zgola odmiennych wniosków. Zawezwanie do próby ugodowej jest bowiem regulo-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 361.

wane przez art. 185–186 k.p.c., które są umiejscowione na początku księgi zatytułowanej „Proces”. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, należałoby stwierdzić, że próby ugodowe odbywają się w postępowaniu procesowym, tym bardziej że art. 13 § 1 k.p.c. stanowi, iż sąd rozpoznaje sprawy w procesie, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Brak natomiast przepisu, który klasyfikowałby postępowanie pojednawcze jako nieprocesowe. Powyższe należy jednak konfrontować z wyróżnikami próby ugodowej, takimi jak przede wszystkim brak pozwu oraz nieprzeprowadzanie rozprawy. Decydują one, jak się wydaje, o niemożności bezwzględnego kwalifikowania przedmiotowego postępowania do procesu. Postępowanie pojednawcze, mające na celu uniknięcie potrzeby wytaczania procesu, bywa zatem zaliczane do kategorii samodzielnych postępowań pomocniczych². Wobec tego, uwzględniając brzmienie art. 13 § 2 k.p.c., uzasadnione wydaje się twierdzenie, że postępowanie pojednawcze jest w rozumieniu powołanego przepisu tzw. innym postępowaniem. Stosuje się doń zatem odpowiednio przepisy o postępowaniu procesowym.

Ustaliwszy powyższe, można przejść do zagadnień techniczno-formalnych, związanych ze złożeniem pisma wszczynającego postępowanie. Opierając się wyłącznie na tekście Kodeksu postępowania cywilnego, można zadać sobie dość uciążliwe pytanie, jak dokładnie zatytułować przedmiotowe pismo. Wezwanie do próby ugodowej³, zażalenie do próby ugodowej⁴, wnioski o zażalenie do próby ugodowej⁵ czy może wnioski o wszczęcie postępowania pojednawczego⁶? Pytanie to może wydawać się nieistotne, bo mimo że oznaczenie rodzaju pisma jest jego niezbędnym elementem⁷, mylne jego oznaczenie nie wywołuje ujemnych skutków⁸. Mając jednak na względzie silnie akcentowany przez sędzię Kozarzewską, legendarny podział na pełnomocników profesjonalnych oraz pełnomocników zaledwie zawodowych, warto by było ostatecznie ustalić „kodeksowy” tytuł przedmiotowego pisma. Tym bardziej że literatura nie prezentuje w tym zakresie jednolitego stanowiska, co nie powinno dziwić w okolicznościach, kiedy sam ustawodawca w aktach prawnych wprowadza w tym zakresie rozbieżną nomenklaturę⁹. Wydaje się, że najślusniej byłoby rozstrzygnąć tę wątpliwość na podstawie art. 185 § 1 zd. 1 k.p.c., jako że właśnie ten przepis wskazuje sposób wszczęcia postępowania: „o zażalenie do próby ugodowej – bez względu na właściwość rze-

² Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 18 czerwca 1985 r., III CZP 28/85, OSNC 1986, nr 4, poz. 48; odmiennie: R. Schmidt, *Postępowanie pojednawcze*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2010, nr 2 (10), s. 92.

³ Art. 185 § 1 zd. 2 k.p.c.

⁴ A. Zieliński, *Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 171; R. Schmidt, *Postępowanie*, s. 100.

⁵ Por. M. Jędrzejewska, (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga, Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2009, LexPolonica; E. Stefańska, (w:) M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2011, s. 390; H. Pietrkowski, (w:) D. Bugajna-Sporczyk, A. Gola, H. Pietrkowski, T. Żyznowski, *Wzory pism procesowych w sprawach cywilnych, gospodarczych i rejestrowych*, Warszawa 2008, s. 26.

⁶ M. Sychowicz, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366*, t. I, Warszawa 2010, s. 952; art. 23 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 90, poz. 594).

⁷ Art. 126 § 1 pkt 2 k.p.c.

⁸ Art. 130 § 1 zd. 2 k.p.c.

⁹ Por. art. 185 § 1 zd. 1 k.p.c., art. 185 § 2 zd. 2 k.p.c. i art. 23 pkt 3 u.k.s.c.

czową – można zwrócić się do sądu rejonowego ogólnie właściwego dla przeciwnika”. Ze sformułowania „zwrócić się o zawezwanie do próby ugodowej” wynika natomiast, że pismem wszczynającym postępowanie jest wniosek o zawezwanie, nie zaś samo zawezwanie. Zawezwania dokonuje bowiem sąd na wniosek strony wzywającej. Z powyższego można byłoby natomiast wywodzić, zakładając racjonalność ustawodawcy, że elementem wniosku o zawezwanie jest wezwanie, wspomniane w art. 185 § 2 k.p.c. Słownik języka polskiego¹⁰ definiuje bowiem słowa „wezwać” i „zawezwać” co do zasady podobnie, jako synonimy oznaczające tyle co przywołać kogoś, zawiadomić go, aby przybył, jednakże w przypadku słowa „zawezwać” podkreśla się, że jest ono zwykle stosowane służbowo. Wobec tego można przyjąć, w myśl kodeksu, że wraz z wezwaniem strona wnosi, aby sąd zawezwał przeciwnika do próby ugodowej. W wezwaniu, zgodnie z brzmieniem art. 185 § 2 k.p.c., należy zwięźle oznaczyć sprawę. Jak wskazał Sąd Najwyższy¹¹, nie musi być ono sprecyzowane tak ściśle, jak czyni się to w przypadku pozwu. Konieczne jest jednak ściśle sprecyzowanie żądania, tak aby było wiadomo, jakie roszczenia, w jakiej wysokości i kiedy wymagalne, są objęte wnioskiem. Nie należy natomiast przywoływać argumentacji ani tym bardziej dowodów na poparcie swoich twierdzeń, w postępowaniu pojednawczym nie przeprowadza się bowiem postępowania dowodowego.

Artykuł 23 pkt 3 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 90, poz. 594) nakazuje pobrać od wniosku o wszczęcie postępowania pojednawczego opłatę sądową w kwocie 40 zł. We wniosku o zawezwanie do próby ugodowej nie ma natomiast potrzeby określania wartości przedmiotu sporu, albowiem po pierwsze, ustawodawca nie uzależnił od niej ani wysokości opłaty, ani właściwości rzeczowej sądu, ani dopuszczalności środka odwoławczego, po drugie natomiast – jak słusznie zauważył Rafał Schmidt¹² – w postępowaniu pojednawczym roszczenie może być dopiero uzgadniane z przeciwnikiem, a wówczas oznaczanie jego wartości we wniosku miałyby charakter pozorny.

Dalszym niuansiem postępowania pojednawczego jest oznaczenie jego stron. W praktyce często stroną składającą pismo wszczynające postępowanie określa się „wnioskodawcą”. Tymczasem ustawodawca w art. 186 k.p.c. posługuje się sformułowaniem „wzywający”. Stroną wzywaną do próby ugodowej, zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu, jest natomiast „przeciwnik”, i o dziwo w tym zakresie przedstawiciele doktryny¹³ i praktycy posługują się pojęciem kodeksowym, wykazując zarazem niekonsekwencję. Jedną stroną oznaczają bowiem inaczej niż w kodeksie, drugą natomiast zgodnie z przepisem ustawy. Nomenklatura procedury cywilnej przewiduje tymczasem jasno określone zestawienia powiązanych ze sobą określeń przeciwstawnych, które co do zasady nie występują w innych konfiguracjach: powód-pozwany, wnioskodawca-uczestnik, wierzyciel-dłużnik. Przyjmując, że inicjator postępowania nazywa się „wnioskodawcą”, należałoby konsekwentnie drugą stroną oznaczyć jako „uczestnika”. Chcąc jednak poszanować postanowienia kodeksu, nazywając drugą stroną „przeciwnikiem”,

¹⁰ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3, R-Ż, Warszawa 1983, s. 683 i s. 973.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 sierpnia 2006 r., V CSK 238/06, LEX nr 358793.

¹² R. Schmidt, *Postępowanie*, s. 103.

¹³ Por. H. Pietrzkowski, (w:) D. Bugajna-Sporczyki i in., *Wzory pism procesowych*, s. 26.

należy – jak się wydaje – inicjatora nazwać „wzywającym”. Oczywiście powyższa uwaga nie ma znaczenia proceduralnego i zakrawa na puryzm prawniczy. Któż jednak, jeśli nie adwokat, na taką staranność miałby sobie pozwalać?

Pisząc o instytucji zawezwania do próby ugodowej, pomimo że czynione tu rozważania mają charakter wysoce wybiórczy, żeby nie powiedzieć drobiazgowy, nie można przemilczeć, iż stosunkowo niedawno, bo w 2010 r., rozstrzygnięto wątpliwość w zakresie możliwości zaskarżenia zarządzenia o zwrocie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Zagadnienie jest o tyle istotne, że jak wspomniano na wstępie, przedmiotowe postępowanie często jest wszczynane nie w celu pojednania, a w celu przerwania biegu terminu przedawnienia. Wobec tego zwrot wniosku może rodzić doniosłe skutki prawne, a dopuszczalność jego zaskarżenia pozostawiałaby jakąś drogę ratunku. Na tym gruncie zarysował się spór w doktrynie¹⁴, który został dodatkowo podsycony uchwałą Sądu Najwyższego¹⁵ z 2008 r., w której stwierdzono dopuszczalność zażalenia na zwrot pisma inicjującego postępowanie o właściwościach równorzędnych procesowi. Taka konkluzja przenosiła natomiast zainteresowanych na pole omówionego na wstępie zagadnienia charakteru postępowania pojednawczego, które samo w sobie nie jest przecież takie oczywiste. Ostatecznie zatem w uchwale z 28 kwietnia 2010 r.¹⁶ Sąd Najwyższy, „nie wnikając w toczące się spory oraz nie podejmując próby ich rozstrzygnięcia, i założywszy tylko *ad hoc*, że postępowanie pojednawcze jest samodzielne strukturalnie i funkcjonalnie”, stwierdził, iż na zarządzenie o zwrocie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej nie przysługuje zażalenie.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że pozornie prosta instytucja zawezwania do próby ugodowej, skondensowana w zaledwie trzech artykułach Kodeksu postępowania cywilnego, wcale nie ustępuje w zawłości bardziej obszernym zagadnieniom procedury. Poczynione powyżej uwagi miały na celu ukazanie, że przewrotność procedury cywilnej w tym się między innymi zawiera, że nawet oczywiste jej aspekty okazują się czasem zaskakująco nieoczywiste. Mając zatem na uwadze, że dobry prawnik powinien mieć głowę w kodeksie, a kodeks w głowie, nawet gdy wydaje się nam to zbędne, wnikliwie czytamy tekst ustawy... Bo adwokat jest zobowiązany do staranności.

¹⁴ Za dopuszczalnością zaskarżenia opowiadali się: A. Zieliński, (w:) A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2006, Legalis i M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2006, Legalis. Przeciwno: M. Jędrzejewska, (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2006, s. 435 i M. Sychowicz, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366*, t. I, Warszawa 2006, s. 764.

¹⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2008 r., III CZP 65/08, OSNC 2009, nr 7–8, poz. 112.

¹⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 2010 r., III CZP 10/10, OSNC 2010, nr 10, poz. 137.

Szpalty pamięci

ADWOKAT ŚWIĘTOSŁAW KRAWCZYŃSKI (1913–1977)

100 lat temu, 3 maja 1913 roku urodził się adwokat Świętosław Krawczyński. Był człowiekiem niezwykłym, prawdziwym humanistą. Poza pracą zawodową oraz aktywnym udziałem w pracy na rzecz samorządu adwokackiego (w latach 1951–1954 pełnił funkcję dziekana izby kieleckiej), ważną rolę w Jego życiu odgrywała pasja do sztuk pięknych. Szczególnie cenił muzykę oraz literaturę, pozostawił po sobie wiele dzieł literackich. Przypadająca w roku bieżącym setna rocznica Jego urodzin to dobra okazja, aby przypomnieć sylwetkę Świętosława Krawczyńskiego.

Urodził się 3 maja 1913 r. w Łazach koło Zawiercia w rodzinie Antoniego i Józefy z Lichterowiczów Krawczyńskich. Uczęszczał do słynnego Gimnazjum Klasycznego OO. Jezuitów (Zakład Naukowo-Wychowawczy Ojców Jezuitów) w Chyrowie (dzisiaj Ukraina), które ukończył w 1930 r., uzyskując świadectwo maturalne. W roku 1931 rozpoczął studia prawnicze, początkowo na Uniwersytecie Jagiellońskim, a następnie na Uniwersytecie Józefa Piłsudskiego w Warszawie, uzyskując w dniu 13 czerwca 1936 r. tytuł magistra praw. Następnie kontynuował naukę w Szkole Podchorążych Rezerwy Kawalerii we Włodzimierzu Wołyńskim, po ukończeniu której rozpoczął służbę w 22. Pułku Artylerii Lekkiej w Przemyślu. Po powrocie z wojska, 19 lutego 1938 r., rozpoczął aplikację adwokacką w Kielcach u adwokata Lucjana Gierowskiego, by następnie w dniu 15 czerwca 1938 r., na własne życzenie, uzyskać nominację na aplikanta sądowego w Sądzie Grodzkim w Jędrzejowie. Agresja hitlerowskich Niemiec na Polskę przerwała mu aplikację, kontynuował ją, a następnie ukończył dopiero po zakończeniu II wojny światowej, w 1948 roku.



Wybuch II wojny światowej zastał go daleko od Kielc. Zmobilizowany jako żołnierz rezerwista, brał czynny udział w wojnie obronnej we wrześniu 1939 r. jako dowódca

plutonu 6. baterii 22. PAL (dowódcą pułku był ppłk Marian Surman), należącego do Armii Kraków. Uczestniczył w jednej z największych bitew wojny obronnej, stoczonej w dniach 18–20 września 1939 r. w rejonie Tomaszowa Lubelskiego. Wobec przewagi wroga dowództwo połączonych Armii Kraków i Armii Lublin zmuszone zostało do podpisania aktu kapitulacji, a żołnierze tych armii dostali się do niemieckiej niewoli. Świętosław Krawczyński, po nieudanej próbie przedostania się na południe, do granicy rumuńskiej, w dniu 22 września został wzięty do niewoli i wywieziony do Niemiec. Początkowo przebywał w obozie jenieckim w Görlitz, gdzie otrzymał numer jeniecki 2404. Tu spotkał Oliviera Messiaena, wybitnego francuskiego muzyka, autora m.in. skomponowanego w obozie dzieła, inspirowanego Apokalipsą św. Jana, pt. *Kwartet na koniec czasu*. Pod koniec stycznia 1941 r. został przetransportowany do kolejnego obozu, w Fulen, a następnie do obozu w Hoffnungstal am Wahn. Ostatnim etapem jego jenieckiej tułaczki był Stalag IV B w Mühlbergu. Tu zastało go wyzwolenie przez armię amerykańską i zakończenie strasznej wojny, ten przecudny maj, jak wówczas pisał.

Po opuszczeniu obozu jenieckiego początkowo przebywał w Northeim w górach Harz, a następnie w Wetzlar w Hesji, gdzie dowództwo polskiego obozu powierzyło mu organizację życia kulturalnego, a jednocześnie jako prawnik był obrońcą Polaków w sprawach karnych przed sądami Zarządu Wojskowego Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej w Niemczech w Wetzlar i Giessen. Podczas pobytu w Wetzlar poznał swoją przyszłą żonę – Mieczysławę z Fruczków, z którą na terenie Niemiec zawarł związek małżeński.

W kwietniu 1947 r. Ś. Krawczyński wraz z żoną powrócił do Polski i osiedlił się na stałe w Kielcach. W czerwcu tegoż roku został ponownie przyjęty na aplikację adwokacką w Kielcach, pod patronatem Józefa Okińczyca.

Na listę adwokatów został wpisany 15 stycznia 1949 r. w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Lublinie, siedzibę wyznaczono mu w Kielcach. Jednocześnie był zatrudniony jako radca prawny w kilku kieleckich instytucjach, m.in. w Teatrze im. Stefana Żeromskiego, z którym był związany także emocjonalnie i artystycznie, m.in. komponując muzykę do przedstawień teatralnych. Robił to również dla kieleckiego Teatru Lalek.

W 1951 r., z chwilą powołania Okręgowej Izby Adwokackiej w Kielcach, Świętosław Krawczyński został skarbnikiem w pierwszej Radzie Adwokackiej, a następnie na jesieni tegoż roku mianowano go jej drugim z kolei dziekanem. Funkcję tę piastował do 1954 roku. Jednocześnie, gdy 12 stycznia 1952 r. utworzono w Kielcach pierwsze dwa zespoły adwokackie, został członkiem Zespołu nr 1.

Jesienią 1951 r., w miejsce zwolnionego przez Ministra Sprawiedliwości z funkcji dziekana Wiesława Wolskiego, na stanowisko dziekana izby kieleckiej został powołany Świętosław Krawczyński, który funkcję tę pełnił do grudnia 1954 r.

Poza pracą zawodową zajmowały go także teoretyczne zagadnienia prawne, o których pisywał do „Palestry”. Wiedzę prawniczą popularyzował również na łamach kieleckiej gazety „Słowo Ludu”, z którą współpracował od 1956 roku. W jej magazynie niedzielnym, „Słowie Tygodnia”, a następnie „Magazynie Słowa Ludu”, zamieszczał felietony prawnicze, jak również eseje, recenzje teatralne i muzyczne, wspomnienia i opowiadania. Od 1971 r. pisywał też do regionalnego miesięcznika „Przemiany”. Współpracował z Rozgłośnią Polskiego Radia w Kielcach. Utrzymywał kontakty z Uniwersytetem Ludowym w Rożnicy, kierowanym przez znanego pisarza i społecznika Waldemara Babinicza.

Świętosław Krawczyński pasjonował się historią, kulturą i sztuką regionu świętokrzyskiego. Obdarzony był wieloma talentami i pasją do sztuk pięknych oraz wielkim umiłowaniem piękna ziemi kieleckiej. Był zamiłowanym badaczem archiwów i zbieraczem ciekawostek. Pasją jego życia były muzyka i literatura. Jest autorem licznych prac literackich, m.in. *Klubu śniętej ryby* (1965), *Raptularza świętokrzyskiego* (1970, 1983), *Babuni* (1971), *Opowieści spod wielkiego kamienia* (1972). Jego prace znalazły się w 1971 r. na wystawie „Adwokatura, piśmiennictwo, pryczyynki historyczne, grafika”, zorganizowanej w Szczecinie. Po tych publikacjach został członkiem Związku Literatów Polskich. Jako że znał doskonale grekę, łacinę, a także angielski i niemiecki, Ś. Krawczyński zajmował się także tłumaczeniami. Przykładem mogą być tłumaczenia poezji angielskiej. Wyrazem jego wrażliwości artystycznej i szacunku dla sztuk pięknych są słowa: „Poezja i muzyka jest dla mnie azylem, można przejść przez życie bez muzyki i poezji, ale to życie będzie o tyle uboższe. Muzyka to sztuka bezinteresownego piękna”.

Zmarł 10 marca 1977 r. w Kielcach. Pochowany został na Cmentarzu Komunalnym nr 1 w Kielcach w kwaterze zasłużonych dla miasta Kielce. Pośmiertnie ukazały się – z inicjatywy Jego żony Mięczysławy Krawczyńskiej i dzięki wsparciu m.in. Rady Adwokackiej w Kielcach – poezje *Chromatyka jesieni* (1979), wstęp w formie eseju do albumu fotograficznego *Góry Świętokrzyskie* (1980), *Najściślejsza moja ojczyzna* (1987).

Barbara Wachowicz w przedmowie do pośmiertnego wydania książki *Z raptularza* (1999) napisała: „Nasłuchiwał oddechu ziemi, badał puls życia, łowił przeszłość, utrwalał ostatnie kolory czasu, który mijał... Nie ma już Kielecczyny Świętosława Krawczyńskiego. Jak nie ma Kielecczyny Żeromskiego”.

Świętosław Krawczyński miał troje dzieci: córki – Małgorzatę Annę i Marię Agnieszkę oraz syna – Marcina Antoniego.

Jerzy Zięba

*My mali ludzie z różą w ustach
i złudą w oczach
nieustannie zapominamy
że każdą chwilą wpisujemy się w wieczność
która może być dla każdego z nas
pożywna jak mleko matki
wierna jak ojczyzna
albo okrutna jak pętla wisielca*

ŚWIĘTOSŁAW KRAWCZYŃSKI

Kielce, październik 1976 r.

ADWOKAT WŁADYSŁAW ŚWIĄTEK (1927–2013)

18 marca 2013 r. zmarł rzeszowski adwokat Władysław Świątek, człowiek prawy, wspaniały Przyjaciel i Kolega, wychowawca pokoleń naszych młodszych kolegów.

Urodził się 12 września 1927 r. w Boguchwale, niedaleko Rzeszowa. Tamże uczęszczał do szkoły powszechnej. Gimnazjum i liceum ukończył w Rzeszowie. Maturę zdał w 1947 roku. Prawo na Uniwersytecie Warszawskim studiował w latach 1950–1954. W roku 1955 rozpoczął aplikację adwokacką w Wojewódzkiej Izbie Adwokackiej w Rzeszowie, kończąc ją egzaminem, wpisem na listę adwokatów i ślubowaniem w 1960 roku. W tymże roku rozpoczął pracę w Zespole Adwokackim w Nisku, którą kontynuował w Zespole Adwokackim nr 4 w Rzeszowie do 31 grudnia 2010 r., czyli do chwili pożegnania się z zawodem i z Zespołem, który z tym dniem również uległ rozwiązaniu.

Prywatnie był człowiekiem ujmującym i bardzo taktownym. Zawsze pogodnym i uśmiechniętym. Zawodowo specjalizował się w sprawach cywilnych obejmujących problematykę gruntową, uwzględniającą specyfikę Podkarpacia w nurcie galicyjskiej tradycji. Właściwości swego charakteru często przenosił na salę rozpraw, prowadząc sprawy wedle dewizy *Suaviter in modo, fortititer in re* (czego doświadczałem i co mogłem zaobserwować, występując w roli jego przeciwnika procesowego). Swoje argumenty przedstawiał logicznie i rzeczowo. Chętnie dzielił się swoją wiedzą i doświadczeniem – a ja wielokrotnie konsultowałem z Nim wiele zawiloci natury cywilistycznej. Postawą, zawodowym zaangażowaniem, zawsze w pełni profesjonalnym przygotowaniem zyskiwał uznanie sędziów i klientów, których sprawy sumiennie reprezentował przed sądem.

Kiedy 18 marca 2013 r. sam stanął przed Najwyższym Trybunałem, jestem przekonany, że obrońca nie był mu potrzebny. Jego dobre uczynki przechylały szalę wagi potknięć i niepowodzeń, otwierając Mu drogę do Miłosierdzia Bożego i wdzięcznej pamięci ludzkiej.

Andrzej Grzywacz

Kilka refleksji „adwokackich” na 70-lecie Powstania w getcie warszawskim

Odbywające się 19 kwietnia 2013 r. oficjalne uroczystości obchodów 70. rocznicy wybuchu Powstania w getcie warszawskim, w których wziął udział Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adwokat Andrzej Zwara, były podniosłym i wzruszającym wydarzeniem. W godzinie wybuchu Powstania zawyły syreny i zabrzmiały kościelne dzwony. Ulice przemierzali ludzie z żonkilami-znaczkami (wspólna akcja Muzeum Powstania Warszawskiego i Muzeum Historii Żydów Polskich). Uroczystości, które odbyły się przy Pomniku Bohaterów Getta, były powodem do wzruszeń i refleksji, a okazały i przepiękny gmach sąsiadującego z pomnikiem Muzeum Historii Żydów Polskich potęgował ich potrzebę.

Walka żołnierzy Żydowskiej Organizacji Bojowej i Żydowskiego Związku Wojskowego była skazana na przegraną. Stanowiła krzyk rozpaczny; sposób na godną śmierć... Niewielu przeżyło. Historia to znana i utrwalona dzięki chociażby takim ludziom, jak nieodżałowany Marek Edelman – ostatni dowódca ŻOB i tym samym przywódca Powstania. Mniej znane są przykłady bohaterstwa żołnierzy żydowskich w innych gettach lub obozach zagłady. Niewielu wie o organizacji podziemnej działającej w obozie Janowskim we Lwowie, współtworzonej przez Ryszarda Axera – syna słynnego lwowskiego adwokata, zwanego lwowskim Cicero, który wstawił się m.in. obroną w procesie Gorgonowej, a w kinematografii utrwalony został przez Aleksandra Bardiniego – Maurycego Axera (a brata znakomitego reżysera teatralnego Erwina, zmarłego przed rokiem)¹. W tym lwowskim obozie latem 1942 r. został zamordowany wybitny uczonec i adwokat, profesor Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie Maurycy Allerhand. Tam – rok później – przed niemal siedemdziesięciu laty – zginął absolwent Wydziału Prawa UJK we Lwowie, a potem aplikant adwokacki, znakomity pisarz i scenarzysta kilkunastu znanych przedwojennych filmów Emanuel Schlechter [Szlechter] (1906–1943), autor tekstów powszechnie znanych do dziś licznych szlagierów, jak: *Umówiłem się nią na dziewiątą*, *Każdemu wolno kochać*, *Sex appeal*, *Czy tutaj mieszka panna Agnieszka*, *Ja mam czas, ja poczekam*, *Dobranoc*, *oczekaj zmrzuż* i *Tylko*

¹ M. Borwicz, *Uniwersytet zbirów*, Kraków 1946; reprint z materiałami dodatkowymi, Kraków 2013; J. Hognigsmann, *Zagłada Żydów lwowskich (1941–1944)*, przekład i oprac. A. Redzik, Warszawa, ŻIH 2007.

we Lwowie². Został on zamordowany w 1943 r. podczas likwidacji obozu lub w okresie listopadowej akcji zbrojnej przeprowadzonej przez część chłopców żydowskich z Sonderkomanda 1005, z których kilku udało się wydostać z obozu.

Nie można nie wspomnieć, że w dziejach adwokatury polskiej bilans II wojny światowej to ok. 50–60% zamordowanych adwokatów. Jak podają Witold Bayer i Zdzisław Krzemiński, w grupie aplikantów adwokackich izby warszawskiej odsetek poległych i zamordowanych przekroczył 90%. Wśród nich ogromna część to aplikanci i adwokaci żydowskiego pochodzenia oraz – oczywiście – młodzi adepci palestry pokolenia Kolumbów, którzy zginęli w Powstaniu Warszawskim.

Wkład inteligencji polskiej żydowskiego pochodzenia i religii mojżeszowej (judajzmu) w dzieje adwokatury polskiej drugiej połowy XIX i pierwszej XX wieku był ogromny. Współtworzyli pierwsze polskie zrzeszenia adwokackie, jak we Lwowie w 1911 r. Związek Adwokatów Polskich. Opisywali pięknie polskie dzieje, jak znakomity historyk (wcześniej adwokat) Szymon Askenazy, czy powstaniec styczniowy, a potem adwokat i dziejopis (także historyk adwokatury) Aleksander Kraushar.

Wybitny znawca prawa cywilnego Henryk Konic był kilkakrotnie prezesem Naczelnej Rady Adwokackiej i wydawcą znakomitej „Gazety Sądowej Warszawskiej”. Adwokat Anzelm Lutwak (zamordowany prawdopodobnie we Lwowie w 1942 r. – lub w Bełżcu) założył i redagował pierwszą – lwowską – „Palestrę”, jako miesięcznik poświęcony sprawom adwokatury³.

Iluż to adwokatów Żydów (żydowskiego pochodzenia) walczyło o Polskę w latach 1915–1920 (w tym w Legionach Piłsudskiego⁴), ilu było w parlamencie II RP, ilu działało na polach naukowym, kulturalnym, społecznym i politycznym; ilu walczyło w armii polskiej we wrześniu 1939 r. Przykłady można mnożyć. Snując jednakże refleksje zainspirowane wydarzeniami w getcie warszawskim sprzed 70 lat, nie można nie wspomnieć, że tamże, ale w roku 1941, zmarł jeden z najwybitniejszych obrońców politycznych schyłkowego okresu panowania carskiego w Warszawie, znakomity mówca, od 1905 r. działacz legendarnego Koła Obrońców Politycznych Leon Berenson (1882–1941)⁵. Dodać wypada, że zawodu uczył się pod patronatem innego wybitnego obrońcy – Stanisława Patka.

Nikt nigdy nie podjął próby dokładnego ustalenia, ilu adwokatów zostało zamordowanych w warszawskim getcie; ilu walczyło we wspomnianym Powstaniu w getcie. Brakuje źródeł. Adwokatura pamięta, że wielu to Ci z listy adwokackiej izby warszawskiej wydanej w 1939 r.

Janusz Kanimir

² T. Lerski, *Emanuel Schlechter: wspomnienie o autorze lwowskich piosenek*, „Rocznik Lwowski” 1999; D. Michalski, *Powróćmy jak za dawnych lat... Historia polskiej muzyki rozrywkowej lata 1900–1939*, Warszawa 2007.

³ Szerzej: S. Milewski, A. Redzik, *Themis i PHEME. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa 2011.

⁴ Zob. M. Gałęzowski, *Na wzór Berka Joselewicza. Sylwetki żołnierzy i oficerów pochodzenia żydowskiego w Legionach Polskich*, Warszawa 2010.

⁵ Szerzej: K. Pol, *Poczet prawników polskich XIX i XX wieku*, wyd. 2 uzupełnione i poprawione, Warszawa: C.H.Beck 2011, s. 1097–1107.

I Listy do Redakcji

W sprawie apelu Koła Seniorów Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie o upamiętnianie działalności adwokatów w okresie zniewolenia Polski

Opublikowany w „Palestrze” 2013, nr 1–2, na s. 316 apel Koła Seniorów przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie do Koleżanek i Kolegów – członków izby warszawskiej o nadsyłanie różnej dokumentacji oraz wspomnień dotyczących działalności adwokatury warszawskiej w okresie okupacji 1939–1945 oraz w okresie PRL do 1989 roku zasługuje ze wszelkich miar na uwagę i poparcie. Istotnie odczuwa się potrzebę ocalenia od zapomnienia działań adwokatów w powyższym okresie, z możliwością wykorzystania zgromadzonej dokumentacji czy to w formie opracowania książkowego, czy przekazania do np. Muzeum Adwokatury. Dotyczy to oczywiście nie tylko adwokatury warszawskiej, ale również innych izb adwokackich w kraju. Na tle wspomnianego komunikatu należy ją rozumieć jako możliwość przyłączenia się do akcji w zakresie wiedzy i pamięci dotyczącej wydarzeń na terenie Izby Adwokackiej w Warszawie.

Nie ujmując nic autorom wielu opracowań dotyczących omawianego okresu, których prace były i są publikowane w „Palestrze”, można zauważyć, że wciąż mamy do czynienia z nie do końca zbadanymi przypadkami udziału adwokatów w ważnych historycznie wydarzeniach. Taką potrzebą kierował się Zespół Historyczny przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Krakowie, który od około siedmiu lat dąży do zgromadzenia wiedzy o poszczególnych Koleżankach i Kolegach. Podjęte prace zaowocowały wydaniem ponad 70 biogramów w książce pt. *Palestra krakowska w służbie Ojczyźnie*. Obejmuje ona okres 1939–1945. Wydana w 2012 r. pod redakcją prof. dr. hab. Stanisława Grodzkiego, stanowi pierwszą dokumentację działalności tego Zespołu Historycznego, wyprzedzając nieco inicjatywę Koła Seniorów warszawskiej izby adwokackiej. Nawet ewentualne krytyczne uwagi względem tego wydawnictwa nie pozbawiają go zasadniczej wartości związanej z udokumentowaniem działalności adwokatów izby krakowskiej w służbie Ojczyźnie. (...)

Obecnie wspomniany Zespół przystąpił do opracowania biogramów adwokatów, których działalność zaznaczyła się w latach 1945–1989; obejmuje również działalność adwokatów do dziś wykonujących zawód. Wstępnie uznano, że przyszłe wydawnictwo

będzie miało charakter bardziej słownika. Zespół Historyczny skupił się na opisanu postaw i działalności adwokatów, także do dziś wykonujących zawód.

Należy przypomnieć, że powstałe przed kilkunastu laty z inicjatywy adw. Aurelii Mikulińskiej-Korczyńskiej muzeum dokumentujące pozaprofesjonalną działalność adwokatów oraz uzyskane przez nich odznaczenia jest istotnym uzupełnieniem obrazu adwokatury krakowskiej, także z okresu zniewolenia Polski (1939–1989). Muzeum to w ostatnim czasie uzyskało możliwość ekspozycji w pomieszczeniach Klubu Adwokatów przy ul. Sławkowskiej nr 1 w Krakowie, a z uwagi na wyjątkową aktywność Klubu Adwokatów stwarza się bardzo dobrą okazję do zapoznawania z prezentowanymi tam materiałami szerokiego kręgu bywalców Klubu, w tym aplikantów adwokackich.

W imieniu Zespołu Historycznego
Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie
adw. Stanisław J. Jaźwiecki

TABLE OF CONTENTS

Piotr Kardas , advocate, Ph.D. habilitated, professor of Jagiellonian University (Kraków) The relation between the anticipated amendment of the court-appointed defense and the principle of substantive truth	9
Wieńczysław Grzyb , advocate, Ph.D. (Żywiec) Legal aid in Polish criminal procedure – the proposal of model solution	26
Marta Goss , candidate for doctor’s degree of University of Łódź (Łódź) Auxiliary prosecution on the ground of the proposed amendments to the code of criminal procedure	35
Małgorzata Żbikowska , candidate for doctor’s degree of Adam Mickiewicz University (Poznań) The status of the aggrieved party but committing the forbidden act	43
Kazimierz Postulski , judge of Administrative Court (Lublin) Optional postponement of execution of a sentence of imprisonment	51
Janusz Fiołka , advocate, European patent agent, Ph.D. (Kraków) Common Patent Court for the European Union	71
Dariusz P. Kala , candidate for doctor’s degree of Catholic University of Lublin (Lublin) Recognition and enforcement of an arbitration award or settlement before it entered (selected issues)	79
Piotr Zaporowski , candidate for doctor’s degree of University of Wrocław (Wrocław) Is formation of unnamed civil law partnership possible?	85
Maciej Koszowski , Ph.D., senior lecturer of Academy of Business (Dąbrowa Górnicza) The burden of proof in the case of non-conformity of a consumer good with the contract	95
Aneta Makowiec , candidate for doctor’s degree of Jagiellonian University (Kraków) Limitation of the advancement of the mortgage in Polish and foreign legal system	105
POLEMICS	
Andrzej Koziolkiewicz , advocate (Gdańsk) Critical remarks to the article of Arnold Pander entitled <i>Calculation of the value of debt resulting from paying up the share of one of the spouses in the civil law partnership from the assets of the spouses’ community property</i>	116
IMPORTANT FOR THE PRACTICE	
Waldemar Gontarski , Ph.D., ESLA (Warszawa–London) Safe harbours of financial instruments manipulation (part 2)	125
Monika Strus-Wołos , advocate, Ph.D. (Grójec) On the risk of rejecting by the court an unpaid mean of recourse or challenge despite repealing the regulation of art. 130 ² § 3 of the code of civil procedure	141
POINTS OF VIEW	
Ryszard Zahorski , expert of Regional Court in Warsaw (Warszawa) Pedestrian safety on the road	145
Kornelia Kłos , advocate’s trainee (Kraków) Do female infanticides commit a crime of passion?	152

PRACTICAL LEGAL ISSUES	
<i>Karol Weitz</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Warsaw University, member of Supreme Court Research and Analyses Office (Warszawa)	
Does the exemption from court costs granted in validly concluded proceedings cover the petition for resumption of the proceedings?	156
<i>Roman Trzaskowski</i> , Ph.D., senior lecturer of Institute of Justice, member of Supreme Court Research and Analyses Office (Warszawa)	
The influence of usucaption on the possibility of vindicating supplemental claims (part 2)	161
GLOSSES	
<i>Zygmunt Kukuła</i> , Ph.D. (Bielsko-Biała)	
Gloss to the sentence of Court of Appeal in Łódź of 15 th December 2011, II AKA 133/11	172
<i>Bolesław Rycerz</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Maria Curie-Skłodowska University (Warszawa-Lublin)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 5 th January 2011, V KK 116/10	178
<i>Jacek Lachner</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of Cracow University of Economics (Kraków), <i>Dominika Mróz-Krysta</i> , legal adviser (Kraków)	
Gloss to the sentence of Supreme Administrative Court of 8 th May 2012, I OSK 2297/11	184
<i>Michał Niedośpiał</i> , Ph.D. (Kraków)	
Gloss to the decision of Supreme Court of 21 st January 2011, III CSK 98/10	191
LAW ABROAD	
<i>Mateusz Staszek</i> , legal adviser's trainee, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków)	
Collision of obligations in the Anglo-American law	197
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	204
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa)	
Review of Supreme Administrative Court's jurisdiction	210
<i>Michał Jackowski</i> , advocate, Ph.D. (Poznań)	
Review of Constitutional Tribunal's jurisdiction (January–March, 2013). Constitutionality of fees in civil enforcement proceedings	214
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate, lecturer of Collegium Civitas (Warszawa)	
European Court of Human Rights – review of jurisdiction (January–March, 2013)	219
FROM THE LUXEMBURG CAUSE-LIST	
<i>Tomasz T. Koncewicz</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Gdańsk (Gdańsk)	
<i>Van Gend en Loos</i> and 50 years of integration by law (part 1)	226
LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS	
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Do the signs of subjective conviction of the owner of a property that they are only entitled to dependent possession thereof exclude the pronouncement of acquisitive prescription to their benefit?	234

QUESTION ABOUT DEFENCE	
<i>Antoni Bojańczyk</i> , advocate, Ph.D. habilitated, senior lecturer of Cardinal Stefan Wyszyński University (Warszawa)	
Does a prohibition to hear the counsel for the defence as a witness with regard to the facts they learned while providing the legal advice or running the case also concern a foreign counsel for the defence?	237
ROAD ACCIDENTS	
<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa)	
A cyclist victim as the perpetrator of an accident	242
WHAT SQUEAKS IN THE LEGISLATION	
<i>Marian Filar</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Nicolaus Copernicus University (Toruń)	
Taste of forbidden fruit	245
LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
Pens in hand!	247
AFTER THE READING	
<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa)	
Romuald Traugutt – the last dictator of the January Uprising (1863–1864)	251
TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD	
<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków)	
Trial for <i>Swamp</i> and for a swamp (part 2). "A sport of personal hatred"	254
PROFILES OF PROMINENT LAWYERS	
<i>Adam Kasperkiewicz</i> , advocate (Częstochowa)	
A memory of Miron Kołakowski, advocate (1911–1993)	262
THE YEAR OF JANUARY UPRISING	
<i>Dorota Lewandowska</i> , Central Archives of Historical Records (Warszawa)	
The National Government of "the Polish Secret State" of the January Uprising period and its most important documents stored in the collections of Central Archives of Historical Records	270
REVIEWS AND NOTES	
<i>Niepełnosprawność intelektualna – etiopatogeneza, epidemiologia, diagnoza, terapia</i> (Intellectual disability – etiopathogenesis, epidemiology, diagnosis, therapy) edited by Kinga Bobińska, Tadeusz Pietras and Piotr Galecki	
<i>Józef Krzysztof Gierowski</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Jagiellonian University, Collegium Medicum (Kraków)	280
Marek Gawryluk, <i>Prawo o adwokaturze. Komentarz</i> (Law on the Bar. Commentary)	
<i>Marcin Zaborski</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer, Catholic University of Lublin (Warszawa–Lublin)	284
Jochen Frowein, Wolfgang Peukert, <i>Europäische Menschen Rechts Konvention, EMRK – Kommentar</i>	
<i>Zbigniew Cichoń</i> , advocate (Kraków)	289
SIMPOSIUMS, CONFERENCES	
<i>Jacek Kędzierski</i> , advocate (Łódź)	

Symposium “Stanford Law Review” entitled “The Privacy Paradox: Privacy and Its Conflicting Values”, Stanford University, 2 nd –3 rd February 2013	291
THE BAR CHRONICLE	
From the meetings of Polish Bar Council’s presidium	296
A solemn concert with blizzard in the background – in memory of the Lawyers who lost their lives in the Smolensk catastrophe on 10 th April 2010	
<i>Leszek Wójtowicz</i> (Kraków)	298
Decorations for Wiesław Ulanowicz, advocate	300
FROM THE LIFE OF THE LOCAL BARS	
THE BAR OF KRAKÓW	
The Kraków lawyers – on the second death anniversary of Abp. Józef Życiński	
<i>Stanisław Jaźwiecki</i> , advocate (Kraków)	301
THE BAR OF WROCLAW	
The Bar’s Oratorical Contest for advocate’s trainees, 23 rd February 2013	
<i>Anna Ślęzak</i> , advocate (Wrocław)	302
The oath of the lawyers of the Wrocław Bar, 23 rd January 2013	
<i>Jolanta Noculak</i> , director of District Bar Council’s office	303
THE BAR OF GREATER POLAND	
“A collective portrait of the Bar of Leszno”, Leszno, 6 th April 2013	
<i>Maciej Loga</i> , advocate (Leszno)	304
TRAINEE’S VOICE	
<i>Monika Dębska</i> , advocate’s trainee (Warszawa), <i>Maciej Dębski</i> , advocate’s trainee (Warszawa)	
A couple of remarks on the summons to a conciliation hearing	305
COLUMNS OF MEMORY	
Advocate Świętosław Krawczyński (1913–1977)	
<i>Jerzy Zięba</i> , advocate, dean of District Bar Council (Kielce)	309
Advocate Władysław Świątek (1927–2013)	
<i>Andrzej Grzywacz</i> , advocate (Rzeszów)	312
VARIA	
Some reflections of lawyers for 70th anniversary of the Warsaw Ghetto Uprising	
<i>Janusz Kanimir</i> (Warszawa)	313
LETTERS TO EDITORS	
About the appeal of the Seniors’ Club of the Bar of Warsaw to commemorate the activity of lawyers in the period of Poland’s enslavement	
<i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , advocate (Kraków)	315

W numerze między innymi:

PIOTR KARDAS

Projektowany model obrony z urzędu
a zasada prawdy materialnej

WIEŃCZYŚŁAW GRZYB

Obrona z urzędu w polskiej procedurze karnej
– rozwiązanie modelowe

MARTA GOSS

Oskarżenie posiłkowe na gruncie projektowanej
zmiany Kodeksu postępowania karnego

KAZIMIERZ POSTULSKI

Fakultatywne odroczenie wykonania
kary pozbawienia wolności

KORNELIA KŁOS

Czy dzieciobójczynie zabijają pod wpływem afektu?

JANUSZ FIOŁKA

Wspólny sąd patentowy dla Unii Europejskiej

MACIEJ KOSZOWSKI

Ciężar dowodu w przypadku niezgodności
towaru konsumpcyjnego z umową

MATEUSZ STASZEK

Kolizja obowiązków w prawie anglosaskim
