

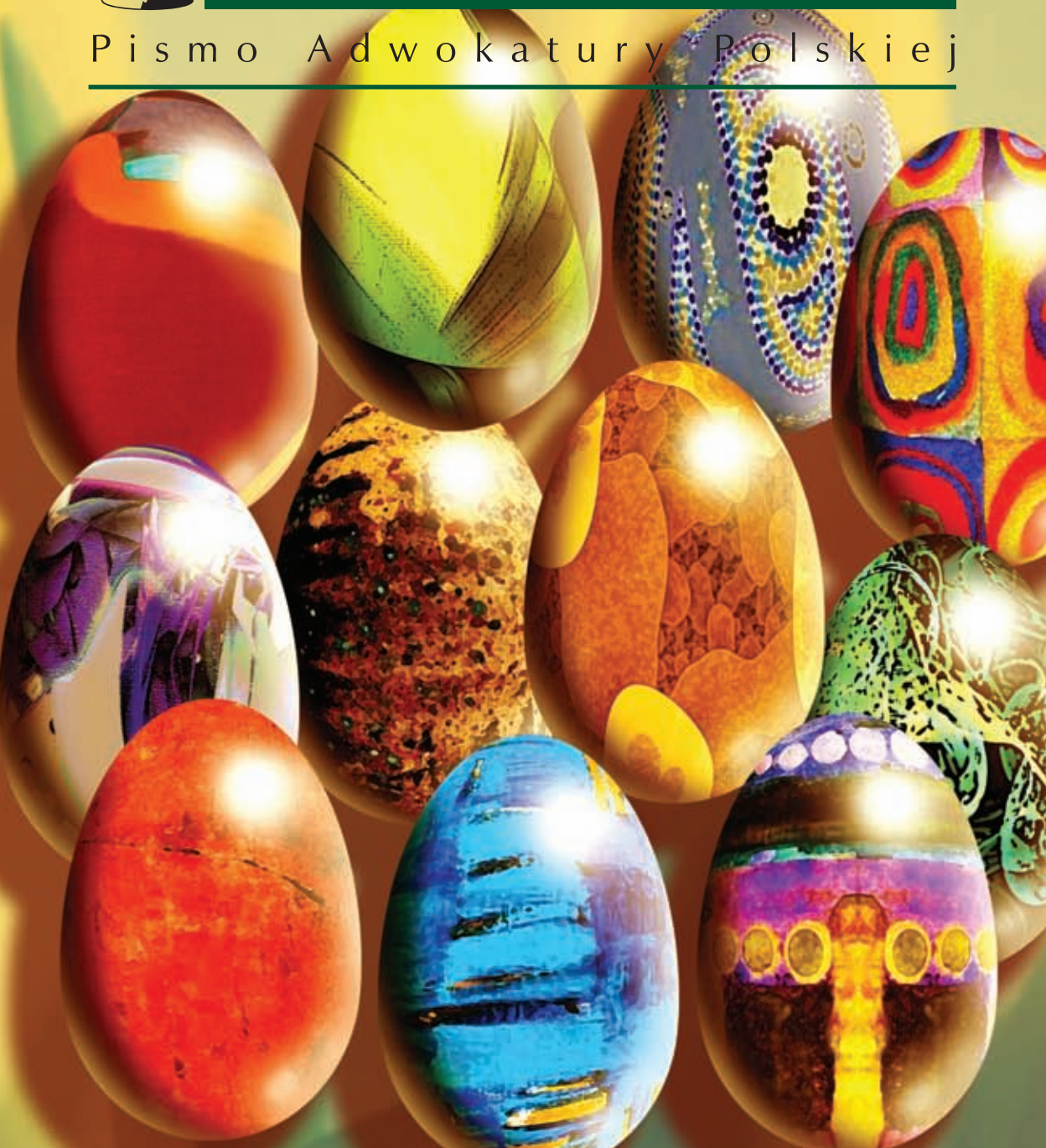


marzec–kwiecień

3–4/2013

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





marzec–kwiecień

3–4/2013

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 663–664

*W czas Wielkanocny
dzielimy z naszymi Czytelnikami
radość z odnowionego życia,
wierność oczekiwaniom,
ufność w moc piękna opisanego freskami Sykstynty*



Naczelna Rada Adwokacka

Wydaje
Naczelna Rada Adwokacka
Warszawa

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:
Krzysztof Ciesielski

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

Wykonanie: Agencja Wydawnicza MakPrint
www.makprint.pl

Ark. wyd.: 24. Papier: III Offset, 80 g
Nakład: 13 600 egz.

ISSN 0031-0344
indeks 36851

Spis treści

<i>Andrzej Herbet</i> , dr hab., prof. KUL (Lublin) W kwestii dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji	9
<i>Agnieszka Malarewicz-Jakubów</i> , adwokat, dr hab., prof. UwB (Białystok) Informacja a kontrola w spółkach kapitałowych	20
<i>Monika Wójciuk</i> , apl. adw. (Gdańsk) Pozaprawne podstawy odpowiedzialności dziennikarskiej	27
<i>Paulina Walorska</i> , apl. adw. (Wrocław) Wątpliwości interpretacyjne wokół umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy	34
<i>Wojciech Białogłowski</i> , Biuro TK, doktorant UJ (Warszawa), <i>Jacek Matarewicz</i> , doradca podatkowy, apl. adw. (Warszawa) Podatkowa hipoteka przymusowa – uwagi krytyczne na temat konstytucyjności art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej	44
<i>Szymon Pawelec</i> , adwokat, dr, adiunkt UW (Warszawa) Dostępność kasacji dla stron postępowania karnego – dylemat przyjętego kompromisu z perspektywy czasu	55
<i>Iwona Gieruła</i> , adwokat, doktorant UW (Warszawa) Kontratyp działania w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków (cz. 2)	69
<i>Dariusz Stachurski</i> , dr, SSR (Kraków) O dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym w świetle Konstytucji RP	78
<i>Piotr Pośnik</i> , apl. adw. (Warszawa), <i>Radosław Pośnik</i> , adwokat (Warszawa) O zakresie kryminalizacji przestępstw dłużniczych. Podmiot przestępstwa ...	92
<i>Maciej Siwicki</i> , LL.M., dr, adiunkt UMK (Toruń–Bydgoszcz) Podstawy określenia jurysdykcji cyberprzestępstw na gruncie polskiego ustawodawstwa karnego w świetle międzynarodowych standardów normatywnych .	101
<i>Marek Chrabkowski</i> , dr, WSAiB (Gdynia) Zgodność z prawem instalacji urządzeń podsłuchowych w mieszkaniu	109

Polemika

<i>Ariel Falkiewicz</i> , apl. adw. (Warszawa) Kilka uwag o europejskim nakazie aresztowania – uwagi polemiczne w związku z artykułem Jakuba Żurka	118
---	-----

Ważne dla praktyki

- Leszek Wilk**, dr hab., prof. UŚ (Katowice)
 Pojęcie „nierzetelność” w odniesieniu do dokumentów w prawie karnym 128
- Waldemar Gontarski**, dr, dziekan EWSPiA w Londynie (Londyn)
 Bezpieczne przystanie (*safe harbours*) manipulacji instrumentami finansowymi
 (cz. 1) 135

Punkty widzenia

- Mieczysław Szaciński**, adwokat, dr (Warszawa)
 Autorzy i odbiorcy dóbr kultury współcześnie. Aspekty prawne 145
- Łukasz Panasiuk**, adwokat (Świdnik)
 Europejskie postępowanie nakazowe – problemy praktyczne 148

Praktyczne zagadnienia prawne

- Karol Weitz**, prof. dr hab., UW, członek Biura Studiów i Analiz SN (Warszawa)
 Koszty przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem jako składnik
 kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw i celowej obrony 155
- Roman Trzaskowski**, dr, adiunkt, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, członek Biura
 Studiów i Analiz SN (Warszawa)
 Wpływ zasiedzenia na możliwość dochodzenia roszczeń uzupełniających (cz. 1) 162

Głosy

- Przemysław Cychosz**, doktorant UJ (Kraków)
 Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 20 czerwca 2012 r., I KZP 5/12 169
- Bartosz Pawlak**, apl. radc., doktorant UWM (Olsztyn)
 Glosa do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 lipca 2010 r., KIO/UZP
 1387/10 180
- Maciej Rzewuski**, sędzia SR, dr, adiunkt UWM (Olsztyn–Lidzbark Warmiński)
 Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2012 r., III CSK 147/11 187

Prawo za granicą

- Marcin Łolik**, doktorant UW (Warszawa)
 Konstytucyjne aspekty prawa kontraktów na przykładzie wybranych europejskich
 systemów prawnych (cz. 1) 191

Najnowsze orzecznictwo

- Zbigniew Strus**, sędzia SN w st. spocz. (Warszawa)
 Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa i postępowania
 cywilnego 199
- Anna Zofia Krawiec**, dr, asystent sędziego SN (Warszawa)
 Przegląd orzecznictwa Izby Karnej Sądu Najwyższego w sprawach z udziałem
 małoletniego pokrzywdzonego za lata 2004–2012 205

Zbigniew Szonert , dr, sędzia NSA w st. spocz. (Warszawa)	
Przegląd orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego	212
Marek Antoni Nowicki , adwokat, wykładowca Collegium Civitas (Warszawa)	
Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–gru- dzień 2012 r.)	219

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka , adwokat (Warszawa)	
Czy w procesie odszkodowawczym toczącym się z zastosowaniem przepisu art. 160 k.p.a. sąd jest władny samodzielnie dokonać oceny prawidłowego kręgu zaintere- sowanych w postępowaniu administracyjnym zakończonym wadą opisaną w art. 156 § 1 k.p.a. stwierdzoną następnie w postępowaniu nadzorczym?	221

Pytanie o obronę

Antoni Bojańczyk , dr hab., adiunkt UKSW (Warszawa)	
Jakie konsekwencje procesowe wywołuje niezaakceptowanie przez mandanta osoby obrońcy substytucyjnego?	224

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski (Warszawa)	
Obronca kontra pełnomocnik w obliczu opinii biegłego	229

Co piszczy w prawie

Marian Filar , prof. dr hab. UMK (Toruń)	
Darzbór	232

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek , adwokat (Warszawa)	
Kilka rad na kryzys	234

Po lekturze

Andrzej Bąkowski , adwokat (Warszawa)	
Walery Sławek jakim Go widzą źródła historyczne	238

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

Witold Wołodkiewicz , adwokat, prof. dr hab. (Warszawa)	
Gaius weroneński odzyskiwany	242

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik (Kraków)	
Proces o <i>Bagno</i> i o bagno (cz. 1). Góral surdutowy <i>contra</i> Żmudzin w stylu zako- piańskim	248

Sylwetki wybitnych adwokatów

- Piotr Sendeki**, adwokat, dziekan ORA (Lublin)
Adwokat profesor Zdzisław Papierkowski (1903–1980) – w 110. rocznicę urodzin 256

Recenzje i noty recenzyjne

- Emil Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana*
Krzysztof Indeki, prof. dr hab. UŁ (Łódź) 262

Sympozja, konferencje

- Konferencja „Psychologia i prawo. Teoria i praktyka u progu XXI wieku”, Kraków, 19–20 października 2012 r.
Ewa Radomska (Kraków) 265
- II Ogólnopolska Konferencja Doktorantów „Młodzi badacze w poszukiwaniu prawdy. Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność”, Lublin, 16–18 listopada 2012 r.
Robert K. Tabaszewski, apl. adw. (Lublin) 268
- Konferencja ORA we Wrocławiu pt. „Adwokatura a aktualny model procedur sądowych”, Wrocław, 7 grudnia 2012 r.
Tomasz Razowski, adwokat, dr (Wrocław) 269
- Roszczenia reprzywatyzacyjne. „Hamulec gospodarki czy szansa na rozwój?” Debaty, Warszawa, 8 grudnia 2012 r.
Ryszard Siciński, adwokat (Warszawa) 271
- Konferencja naukowa pt. „Kodeks zobowiązań – historia i współczesność”, Kraków, 11 stycznia 2013 r.
Jarosław Kola, Joanna Kruszyńska, studenci WPiA UAM (Poznań) 272
- Konferencja pt. „Pokrzywdzony w procesie karnym”, Warszawa, 12 stycznia 2013 r.
Małgorzata Grzesiak (Warszawa), **Piotr Grudziński**, apl. adw. (Łódź), **Monika Zbrojewska**, adw. dr, sekretarz OBA (Łódź) 274

Kronika adwokatury

- Z posiedzeń Prezydium NRA 277
- Przegląd wydarzeń: wrzesień 2012–luty 2013
Joanna Sędek, szefowa Biura Prasowego NRA (Warszawa) 279
- Biesiada Adwokatów
Teresa Grzybkowska, prof. dr hab. (Gdańsk) 282
- Dostęp do zawodu adwokata bez zmian – wyrok Trybunału Konstytucyjnego 287

Z życia izb adwokackich

- IZBA LUBELSKA
Nowa siedziba Izby Adwokackiej w Lublinie
Władysław Lutwak (Warszawa) 290

IZBA WROCŁAWSKA

Koncert bożonarodzeniowy Skaldów

<i>Barbara Józefowicz-Olczyk</i> , adwokat (Wrocław)	291
Noworoczny Koncert Kolęd, 30 stycznia 2013 r., Klub Adwokata we Wrocławiu	
<i>Maria Ślęzak</i> , adwokat (Wrocław)	292

Głos aplikanta

Marta Piotrowska, apl. adw. (Szczecin)

Czy opłaty za udział w egzaminie konkursowym na aplikację, wpis na listę aplikantów, roczne za aplikację, składki członkowskie, egzamin zawodowy, wpis na listę adwokatów i radców prawnych stanowią koszty uzyskania przychodu?	293
<i>Piotr Skalimowski</i> , apl. adw., doktorant UwB (Białystok)	
Granice między wykładnią prokonstytucyjną a bezpośrednim stosowaniem przepisów Konstytucji – uwagi na tle uchwały Izby Gospodarczej NSA z 22 czerwca 2011 r.	299
<i>Jarosław Ciesielski</i> , apl. adw., doktorant UWrocław	
Czynności adwokata w elektronicznym postępowaniu upominawczym	309

Varia

III Forum Prawa Spółek, Łódź, 17 maja 2013 r.	315
Trekking na Kilimandżaro	
<i>Paweł Rybiński</i> , adwokat (Warszawa), <i>Stanisław Radowicki</i> , apl. adw. (Warszawa)	316
Table of contents	317

W KWESTII DOPUSZCZALNOŚCI UDZIELENIA PROKURY PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI

WPROWADZENIE

Regulacja prawna prokury ma w Polsce stosunkowo długą tradycję¹. Jak na nasze warunki jest też relatywnie stabilna: poświęcone prokurze przepisy art. 109¹–109³ k.c.², wprowadzone ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny³, w znacznej mierze nawiązują bowiem do rozwiązań przedwojennych. Mimo to generuje ona wiele rozbieżności interpretacyjnych, które nie mają bynajmniej charakteru czysto akademickiego. Jak wskazuje praktyka, wątpliwości dotyczą przede wszystkim legitymacji czynnej do udzielenia prokury. Jest to do pewnego stopnia zrozumiałe, jeśli zestawić treść art. 43 i art. 109¹ § 1 k.c. oraz art. 36 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym⁴. Powstające na tym tle problemy „materialnego” czy też „formalnego” (autonomicznego, rejestrowego) rozumienia pojęcia przedsiębiorcy na tle art. 109¹ § 1 k.c. oraz dopuszczalności udzielenia prokury przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą (tzw. przedsiębiorcę indywidualnego) zasługują na odrębne omówienie⁵. Z pewnym zaskoczeniem można natomiast odnotować, że *de lege lata* jedną z kwestii spornych pozostaje ciągle dopuszczalność udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji, kontestowana przez niektóre sądy i organy administracji.

DOTYCHCZASOWE POGLĄDY DOKTRYNY

W analizowanej kwestii brak dotychczas wyraźnych wypowiedzi najwyższych instancji orzeczniczych: sądów apelacyjnych czy Sądu Najwyższego, względnie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Z kolei pobieżny przegląd piśmiennictwa ujawnia brak jednolitości wyrażanych w tej mierze stanowisk. Znaczna część doktryny aprobuje legitymację spółki kapitałowej w organizacji do udzielenia prokury⁶. W opinii innych prokury może

¹ Zob. art. 36–43 dekretu z 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym (Dz.U. nr 14, poz. 164 ze zm.), a także art. 60–65 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57, poz. 502 ze zm.; dalej: k.h.).

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.; dalej: k.c.).

³ Dz.U. nr 49, poz. 408; dalej: u. zm. k.c.

⁴ Dz.U. z 2007 r. nr 168, poz. 1186 ze zm.; dalej: u. KRS.

⁵ Zob. A. Herbet, *Pojęcie i koncepcja legislacyjna prokury – uwagi na tle art. 109¹ i n. k.c. oraz art. 168 i n. projektu książki Ik.c.*, referat wygłoszony na VIII Zjeździe Katedr Prawa Handlowego w Białowieży (25 września 2011 r.) i przywoływana tam literatura (tekst wystąpienia zostanie opublikowany w materiałach zjazdowych). Co do drugiej kwestii zob. także A. Herbet, *Czy przedsiębiorca indywidualny może udzielić prokury?*, „LawBlog.pl – Forum Prawa Handlowego”, www.lawblog.pl

⁶ Zob. przykładowo: J. Grykiel, *Powstanie prokury*, Warszawa 2008, s. 176 i n.; L. Moskwa, *Prokura – kilka uwag*

udzielić tylko przedsiębiorca wpisany już do rejestru przedsiębiorców⁷. Trzeba jednak podkreślić, że argumentacja przytaczana przez zwolenników tego nurtu poglądowego jest zróżnicowana; starannej oceny wymaga także aktualność wyrażanych w tej mierze zapatrywań. Wyrażany jest też pogląd, że spółka kapitałowa w organizacji może udzielić prokury, jednak prokurent będzie mógł działać dopiero po wpisie spółki do rejestru⁸. Nie brak wreszcie wypowiedzi – przynajmniej *prima facie* – wewnętrznie niespójnych, wedle których jakkolwiek „prokura może udzielić spółka handlowa wpisana do rejestru”, to „[s]półka taka wniosek o wpisanie prokury do rejestru przedsiębiorców może złożyć najwcześniej jednocześnie z wnioskiem o wpisanie do rejestru samej spółki”⁹. Tytułowe zagadnienie nie jest jednolicie rozstrzygane również w doktrynie obcej¹⁰.

DOPUSZCZALNOŚĆ UDZIELENIA PROKURY A STATUS PODMIOTOWY SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ W ORGANIZACJI

W mojej opinii na postawione na wstępie pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Co więcej, w świetle obowiązującej regulacji prawnej ten kierunek wnioskowa-

w kwestii nowej regulacji, (w:) *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemanina* (red. M. Zieliński), Szczecin 2005, s. 174 i 180; M. Pazdan, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. Z. Radwański), wyd. 2, Warszawa 2008, s. 536–537; tenże, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–449¹¹* (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2005, s. 428, Nb 12; J. Strzebińczyk, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz* (red. E. Gniewek), Warszawa 2006, s. 250; D. Wajda, *Prokura – problemy praktyczne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 40. Podobnie w odniesieniu do spółki jawnej na tle pierwotnego brzmienia art. 24 i n. k.s.h.: W. Pyziół, (w:) W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz 1998, s. 115; S. Soltysiński, (w:) S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. I, Warszawa 2001, s. 233.

⁷ Zob. przykładowo: P. Bielski, *Prokura jako instytucja prawa przedsiębiorców rejestrowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 9, s. 44–45; A. Doliwa, *Prokura w świetle zmienionych przepisów kodeksu cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 20, s. 921; B. Kozłowska, *Udzielenie prokury*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 5, s. 25; L. Moskwa, *Nowe przepisy o prokurze*, „Rejent” 2001, nr 9, s. 29; T. Siemiątkowski, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa 1999, s. 24; J. Szwaja, *Pojęcie przedsiębiorcy a instytucja prokury. Przedsiębiorca jako podmiot udzielający prokury*, (w:) *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu* (red. A. Nowicka), Poznań 2005, s. 294; J. Szwaja, B. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1, *Prawo handlowe – część ogólna* (red. S. Włodyka), Warszawa 2009, s. 902–903.

⁸ Zob. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 143.

⁹ Zob. J. Szwaja, (w:) S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. V, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 495; tenże, *Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółkę handlową*, „Prawo Spółek” 2003, nr 7–8, s. 26. Autor, traktując jako podstawowe dla rozstrzygnięcia kwestii legitymacji czynnej pojęcie przedsiębiorcy rejestrowego, zdaje się w tym kontekście traktować wpis do rejestru spółki jako *conditio iuris* dopuszczalności udzielenia i wpisu prokury. Istota problemu sprowadza się jednak do oceny dopuszczalności udzielenia prokury, której należy dokonać, zgodnie z ogólną zasadą *tempus regit actum*, na dzień złożenia jednostronnego oświadczenia woli o udzieleniu umocowania.

¹⁰ Zob. zwłaszcza kontrowersje wokół dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji na tle § 48 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 HGB w piśmiennictwie niemieckim. Zob. zamiast wielu J. Grykiel, *Powstanie*, s. 178–179 i cyt. tam literatura obca. Twierdząco w tej mierze: K. Weber, (w:) *Handelsgesetzbuch* (red. C. T. Ebenroth, K. Boujong, D. Joost, L. Strohn), München 2008, s. 481–482; C. Schubert, (w:) *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (red. H. Oetker), München 2011, s. 389; Koller/Roth/Morck, RdNr 2; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11, RdNr 65, a przed nowelizacją HGB z 1998 r. Staub/Joost, RdNr 10. Odmienne przykładowo: Münch-KommHGB/Krefa, RdNr 7; Röhricht/Graf von Westphalen/Wagner, RdNr 5.

nia wydaje się dość oczywisty. Punktem wyjścia powinna być analiza charakteru prawnego i statusu podmiotowego spółki kapitałowej – tj. spółki z o.o. albo spółki akcyjnej – w organizacji. Po ponad dekadzie od wejścia w życie k.s.h.¹¹ i ośmiu latach obowiązywania zmian wprowadzonych przez u. zm. k.c. za wręcz oczywiste i niewymagające szerszego wywodu należy uznać dwie podstawowe w tej mierze tezy.

Po pierwsze, od daty zawiązania, tj. zawarcia umowy założycielskiej (aktu założycielskiego) spółki z o.o. albo podpisania statutu i objęcia wszystkich akcji w nowo inkorporowanej spółce akcyjnej (art. 161 § 1, art. 310, art. 323 § 1 k.s.h.), **spółce kapitałowej w organizacji przysługuje własna**, przyznana *explicite* przez ustawę **zdolność prawna i sądowa** (art. 11 k.s.h., art. 33¹ § 1 k.c., art. 64 § 1¹ k.p.c.¹²). Nie będąc (jeszcze) osobą prawną, jest więc ona niewątpliwie podmiotem prawa cywilnego, zaliczanym – w zależności od stosowanej terminologii – do kategorii tzw. ułomnych (niepełnych) osób prawnych, podmiotów nieosobowych czy osób ustawowych¹³. Jest to spółka kapitałowa, działająca w swojej pierwotnej (inicjalnej) formie ustrojowej (stadialnej)¹⁴, tożsama organizacyjnie i podmiotowo ze spółką „właściwą” (zarejestrowaną)¹⁵, do której, w kwestiach nieuregulowanych odrębnie, należy stosować odpowiednio przepisy o spółce z o.o. lub akcyjnej po wpisie do rejestru (art. 11 § 2 k.s.h.).

Po drugie, korzystając z powyższych atrybutów, spółka kapitałowa w organizacji może prowadzić działalność gospodarczą lub zawodową, względnie podejmować kwalifikowane w taki sam sposób czynności przygotowawcze – co też w większości wypadków faktycznie czyni¹⁶. Niejednokrotnie podjęcie tego typu aktywności stanowi swego rodzaju „gospodarczy imperatyw”, m.in. z uwagi na konieczność eksploatacji składników majątkowych wniesionych tytułem wkładów czy stopień zorganizowania przedsiębiorstwa. W rezultacie **spółka w organizacji uzyskuje status przedsiębiorcy – zarówno w rozumieniu prawa prywatnego (cywilnego; zob. art. 43¹ k.c.), jak i publicznego (zob. przede wszystkim art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹⁷)**. Należy w tym kontekście podkreślić, że **przesłanki uznania danej jednostki za przedsiębiorcę zostały na tle prawa cywilnego określone w sposób autonomiczny i, co do zasady, niezależny od regulacji publicznoprawnej**. Konse-

¹¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.; dalej: k.s.h.).

¹² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 294 ze zm.; dalej: k.p.c.).

¹³ Co do terminologii zob. J. Frąckowiak, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 1087 i n.; M. Pazdan, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 916 i n.; A. Szajkowski, *Koncepcja legislacyjna spółki handlowej*, (w:) *Prawo XXI w. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk* (red. W. Czapliński), Warszawa 2006, s. 870. Co do zdolności prawnej i sądowej spółek kapitałowych w organizacji zob. przykładowo: A. Szajkowski, M. Tarska, (w:) A. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 123; M. Tarska, *Podmiotowość spółki kapitałowej w organizacji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 5, s. 2; też, *Spółka z o.o. Istota, ustrój, funkcjonowanie*, Warszawa 2004, s. 137; M. Trzebiatowski, *Spółka z o.o. w organizacji w praktyce notarialnej*, Warszawa 2001, s. 33 i n.

¹⁴ Zob. A. Szajkowski, *Formy ustrojowe spółek handlowych*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 8, s. 13 i n.

¹⁵ Zob. przykładowo: G. Nita-Jagielski, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 17A, *Prawo spółek kapitałowych* (red. S. Sołtysiński), Warszawa 2010, s. 165–166.

¹⁶ Zob. G. Nita-Jagielski, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 17A (red. S. Sołtysiński), s. 165.

¹⁷ Dz.U. z 2010 r. nr 220, poz. 1447 ze zm.; dalej jako: u.s.d.g.

kwentnie, niezależnie od braku na gruncie *legis latae* odpowiednika dawnego art. 11 k.h.¹⁸, trzeba uznać, że kwalifikacja profesjonalisty w sferze prywatnoprawnej nie jest determinowana przez wynik „testu zgodności” wykonywanej faktycznie działalności z przepisami u.s.d.g. lub innych aktów prawnych reglamentujących podejmowanie aktywności zawodowej danego typu¹⁹. Jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie, jest to refleksem odmienności celów realizowanych przez ustawodawcę w ramach każdej z tych gałęzi prawa, czy nawet na tle poszczególnych aktów prawnych²⁰. Na gruncie prawa publicznego w odniesieniu do spółek kapitałowych w organizacji nieaktualne są także zgłaszane niegdyś zastrzeżenia, związane z powiązaniem możliwości „legalnego” prowadzenia działalności gospodarczej i statusu przedsiębiorcy (w rozumieniu art. 4 u.s.d.g.) z wpisem do właściwego rejestru. Występujące na tym tle wątpliwości przesądził sam ustawodawca, stanowiąc najpierw w art. 14 ust. 1 zd. 2 u.s.d.g., a następnie w art. 14 ust. 4 u.s.d.g., że: „Spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców”²¹.

STATUS SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ W ORGANIZACJI A LEGITYMACJA CZYNNA DO UDZIELENIA PROKURY W UJĘCIU ART. 109¹ K.C.

Konfrontacja poczynionych dotychczas ustaleń z treścią art. 109¹ § 1 k.c. wypada – moim zdaniem – dość jednoznacznie. Przywołany przepis stanowi *explicite*: „Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez **przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców**, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i poza-

¹⁸ Przepis art. 11 k.h. stanowił: „Przepisy kodeksu niniejszego, dotyczące kupców, stosuje się do prowadzących przedsiębiorstwo nawet wówczas, gdy prawo publiczne zakazuje im prowadzenia takich przedsiębiorstw lub zezwolenie na prowadzenie uzależnia od spełnienia pewnych warunków”.

¹⁹ Zob. przykładowo: M. Pazdan, (w:) *Kodeks cywilny*, t. I (red. K. Pietrzykowski), s. 428; odmiennie: A. Doliwa, *Prokura*, s. 921; J. Szwaja, *Ustanowienie*, s. 7–8. Szerzej na ten temat: M. Trzebiatowski, *Spółka z o. o.*, s. 34 i n. oraz powołana tam literatura. *De lege lata* ma to znaczenie przede wszystkim w razie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej wymagającej uzyskania koncesji lub zezwolenia bez stosownej, pozytywnej decyzji w tej mierze (zob. art. 14 ust. 5 u.s.d.g.). W kierunku wykluczenia tego kierunku wykładni zmierza – moim zdaniem słusznie – projekt księgi I nowego Kodeksu cywilnego (zob. art. 64 projektu).

²⁰ Zob. przykładowo: J. Grykiel, *Pojęcia działalności gospodarczej i zawodowej w rozumieniu art. 43¹ k.c.*, „*Studia Prawnicze*” 2005, nr 4, s. 31 i n.; T. Szancilo, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2005, nr 3, s. 5 i n. W przeciwnym razie doszlibyśmy do absurdu z punktu widzenia funkcjonalnego wniosku, że np. skutkiem braku zezwolenia na prowadzenie określonej działalności jest niestosowanie do kontrahentów przedsiębiorcy mechanizmów ochronnych prawa konsumenckiego, a w analizowanym wypadku – nieważność lub bezskuteczność czynności dokonanych *per procura* z osobami trzecimi będącymi w dobrej wierze.

²¹ W kwestii systemowych implikacji podmiotowości prawnej spółek kapitałowych w organizacji zob. przywoływane wyżej wypowiedzi A. Szajkowskiego i M. Tarskiej; przeciwko tej koncepcji P. Bielski, *Spółka kapitałowa w organizacji a status przedsiębiorcy*, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2002, nr 6, s. 1. Jakkolwiek zagadnienie to nie ma bezpośredniego znaczenia z punktu widzenia prowadzonych rozważań, warto podkreślić, że od 31 marca 2009 r. także w odniesieniu do przedsiębiorców indywidualnych art. 14 ust. 1 u.s.d.g. obowiązuje w zmienionym brzmieniu, stanowiąc, że mogą oni podejmować działalność gospodarczą już w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej (aktualnie: Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej). Zob. ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. nr 18, poz. 97).

sądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa” [podkr. moje – A. H.]. W świetle rezultatów wykładni językowej art. 109¹ § 1 k.c. należy zatem przyjąć, że **określenie „przedsiębiorca podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców” obejmuje jednostki (organizacyjne), wobec których zaktualizował się wskazany obowiązek – niezależnie od tego, czy *in casu* obowiązkowi temu uczyniono zadość, czy termin do dokonania zgłoszenia już upłynął, jakie są powody braku wpisu do rejestru *etc.***²²

W rezultacie nawet gdyby przyjąć za poglądem dominującym w piśmiennictwie, że termin „przedsiębiorca” został użyty w art. 109¹ § 1 k.c. w znaczeniu „materialnym”, nadanym przez art. 43¹ k.c. (a obejmującym każdy podmiot prawa cywilnego, który we własnym imieniu prowadzi działalności gospodarczą lub zawodową)²³, trudno byłoby wskazać dostatecznie przekonujące argumenty przemawiające przeciwko tezie, że spółka kapitałowa w organizacji spełnia (*scil.* może spełniać) kryteria konieczne dla takiej kwalifikacji – przynajmniej w sytuacji, w której jeszcze przed wpisem do rejestru przedsiębiorców podejmuje ona aktywność odpowiadającą charakterystyce „działalności gospodarczej lub zawodowej” na tle art. 43¹ k.c.²⁴ Z kolei przyjmując preferencję dla (przynajmniej częściowo) autonomicznego znaczenia określenia „przedsiębiorca podlegający wpisowi do rejestru przedsiębiorców”, nie można abstrahować od aktualnej treści art. 36 u. KRS, art. 33¹ § 1 k.c. oraz art. 11, art. 161 § 1 i art. 323 k.s.h. Innymi słowy, **rekonstruując i posługując się *de lege lata* określeniem „przedsiębiorca rejestrowy”, nie sposób przyjmować, że kwalifikację taką spełniają wyłącznie podmioty (jednostki organizacyjne) faktycznie wpisane do rejestru przedsiębiorców**²⁵.

Przyjęty kierunek wnioskowania potwierdza analiza procesu legislacyjnego u. zm. k.c. z 2003 r. oraz kształtowania się treści art. 109¹ § 1 k.c. Zgodnie z pierwotnym projektem przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego²⁶ art. 109¹ § 1 k.c. miał stanowić wprost, że: „Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez **przedsiębiorcę wpisanego do rejestru przedsiębiorców (...)**” (podkr. moje – A. H.). W uzasadnieniu założeń projektu argumentowano w szczególności, że proponowane brzmienie przepisu pozwoli na uniknięcie wątpliwości, jakie mogą powstawać odnośnie do istnienia ewentualnej zależności pomiędzy wpisem do właściwego rejestru a legitymacją czynną do udzielenia prokury – zwłaszcza wobec braku w obowiązującym stanie prawnym normatywnej kategorii kupca rejestrowego lub jego odpowiednika (przynajmniej w mate-

²² Odrębnym zagadnieniem jest to, czy przed wpisem do rejestru możemy wskazać adresata tego obowiązku, który byłby równocześnie uprawniony do udzielenia prokury. Jak już wskazano, ze względu na treść art. 11 § 1 k.s.h. i art. 33¹ § 1 k.c. problem ten nie powstaje w wypadku spółek kapitałowych w organizacji.

²³ Zob. przykładowo: J. Strzebińczyk, (w:) *Kodeks cywilny* (red. E. Gniewek), s. 250; J. Szwaja, I. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 898–900 i cyt. tam literatura.

²⁴ Problem znaczenia określeń „działalność gospodarcza” i „działalność zawodowa”, a w konsekwencji i terminu „przedsiębiorca” na tle art. 43¹ k.c. jest (m.in. w kontekście regulacji art. 2 i 4 u.s.d.g.) przedmiotem poważnych kontrowersji w doktrynie. Zob. przykładowo: M. Pazdan, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz* (red. K. Pietrzykowski), t. I, Warszawa 2008, s. 497 i n. oraz powoływana tam literatura. Z punktu widzenia niniejszego opracowania zagadnienie to nie ma jednak charakteru kluczowego i jest jedynie sygnalizowane.

²⁵ Metoda odmienna, polegająca na wywodzeniu pewnych skutków prawnych z treści pojęć doktrynalnych, w oderwaniu od treści obowiązujących norm prawnych, zbliża się niebezpiecznie do odrzucanej współcześnie tzw. jurysprudencji pojęciowej (niem. *Begriffjurisprudenz*).

²⁶ Zob. Uzasadnienie do projektu zmian Kodeksu cywilnego w zakresie przedstawicielstwa (prokury), „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1, s. 166.

rialnym znaczeniu tego określenia)²⁷. Ostatecznie w przedłożeniu rządowym²⁸ zmieniono proponowany pierwotnie sposób regulacji. Ustawodawca utrzymał – jako rozstrzygnięcie kierunkowe – koncepcję powiązania legitymacji czynnej do udzielenia prokury z kategorią przedsiębiorców „rejestrowych”, zastąpił jednak określenie „przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców” zwrotem „przedsiębiorca podlegający wpisowi do rejestru przedsiębiorców”. Trudno uznać, że zmiana ta nie ma (nie miała) charakteru merytorycznego, ale jedynie redakcyjny. W toku dyskusji nad projektem wskazywano bowiem, że niektóre jednostki organizacyjne mogą uzyskać zdolność prawną i sądową oraz kwalifikację przedsiębiorcy jeszcze przed wpisem do rejestru przedsiębiorców. Jakkolwiek wskutek zmian k.s.h. wprowadzonych ustawą z dnia 12 grudnia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw²⁹ wskazana kategoria uległa zawężeniu³⁰, okoliczność ta wydaje się zbyt wątplą podstawą dla reinterpretacji art. 109 § 1 k.c. w kierunku zbieżnym z pierwotnym przedłożeniem rządowym.

ARGUMENTY PRZEMAWIAJĄCE PRZECIWKO DOPUSZCZALNOŚCI UDZIELENIA PROKURY PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI I ICH OCENA

Już w nawiązaniu do dotychczasowych ustaleń można wskazać, że znaczna część argumentów używanych przez przeciwników dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji, odwołujących się do szczególnego statusu tej spółki, braku możliwości uzyskania przez nią statusu przedsiębiorcy czy też sposobu określenia legitymacji czynnej do udzielenia prokury, na gruncie *legis latae* uległa dezaktualizacji. Odrębnej analizy wymagają natomiast te kontrargumenty, które odnoszą się – w pewnym stopniu – do obowiązującego stanu prawnego, a nawiązują do specyfiki funkcjonowania spółki w tej formie ustrojowej (teza o wyłączności sposobów reprezentacji wymienionych w art. 161 i art. 323 k.s.h.) bądź do obowiązku ujawnienia prokury ze skutkiem wobec osób trzecich (teza o niespójności wynikającej z braku możliwości wykonania wynikającego z art. 109⁸ § 1 k.c. obowiązku zgłoszenia spółki do rejestru).

Co do pierwszej z wymienionych kwestii wystarczy skonkludować, że wbrew wyra-

²⁷ Szczegółowe uzasadnienia tego rozwiązania przytoczane w piśmiennictwie różnią się jednak, niekiedy dość istotnie. Zob. przykładowo: L. Moskwa, *Nowe przepisy*, s. 29 oraz T. Siemiątkowski, *Instytucja prokury w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, „Przeгляд Sądowy” 2002, nr 5, s. 104. Ten ostatni autor przywołuje przede wszystkim zamiar uzgodnienia treści projektowanej regulacji z treścią art. 7 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178 ze zm.), stanowiącym odpowiednik dzisiejszego art. 14 ust. 1 u.s.d.g.

²⁸ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy IV kad. nr 666).

²⁹ Dz.U. nr 229, poz. 2276.

³⁰ Do dnia wejścia w życie przywoływanej nowelizacji k.s.h., tj. do 15 stycznia 2004 r., spółka jawna tworzona w trybie pierwotnym powstawała już z chwilą zawarcia umowy, a jej wpis do rejestru miał znaczenie deklaratywne. Zgodnie z dodanym na jej podstawie art. 25¹ § 1 k.s.h. wpis spółki jawnej do rejestru uzyskał znaczenie konstytutywne – w tym sensie, że dopiero z tą chwilą spółka powstaje „jako taka”, tj. jako jednostka organizacyjna wyposażona we własną zdolność prawną i sądową. Argument ten przywołują m.in. J. Szwaja i B. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 902.

żanym niekiedy poglądom, treść normatywna art. 161 § 2 i art. 323 § 2 k.s.h. nie sprowadza się do ustanowienia swego rodzaju *numerus clausus* sposobów reprezentacji spółki kapitałowej w organizacji³¹. Wręcz przeciwnie, przywołane przepisy podkreślają – w nawiązaniu do ogólnej dyrektywy z art. 11 § 3 k.s.h. – że podstawowym i typowym sposobem występowania spółki w organizacji na zewnątrz jest reprezentacja dokonywana przez zarząd, na zasadzie wyjątku zaś – i tylko do momentu skutecznego powołania tego organu – przez pełnomocnika ustanowionego jednomyślną uchwałą wspólników lub założycieli, bądź też przez wszystkich założycieli działających łącznie. Ustawodawca nie przesądza w nich natomiast tego, czy zarząd będzie wykonywał powierzone mu kompetencje bezpośrednio, czy też ustanowi w tym celu pełnomocników. Dopuszczalność udzielenia prokury przez zarząd spółki w organizacji jest zresztą w doktrynie dość często aprobowana³².

Poważniejszy walor i „ciężar gatunkowy” ma drugi z przytoczonych wyżej zarzutów. Niewątpliwie jednym z wyznaczników przyjętej przez polskiego ustawodawcę koncepcji legislacyjnej prokury jest powiązanie legitymacji czynnej do udzielenia prokury i obowiązku ujawnienia jej udzielenia w rejestrze publicznym korzystającym z przymiotów jawności formalnej i materialnej. Wagę tego argumentu osłabia jednak to, że – niezależnie od istnienia owego związku – wpis prokury do rejestru przedsiębiorców ewidentnie ma jedynie deklaracyjny charakter, „żywołot” prokury udzielonej przez spółkę w organizacji jest zaś – podobnie jak funkcjonowanie samej spółki w tej formie ustrojowej – ograniczony w czasie (zob. art. 169, art. 325 § 1 k.s.h.). Po tym terminie problem prokury w spółce w organizacji staje się nieaktualny – nie tylko dlatego, że *lege non distinguente* nie podlega już ona obowiązkowi wpisu do rejestru, ale również dlatego, że wchodzi w fazę likwidacji (zob. art. 284 w zw. z art. 170 § 2 oraz art. 470 w zw. z art. 326 § 2 k.s.h.). Z tego punktu widzenia konstrukcja „nieregistrowanej” (do czasu) prokury udzielonej przez spółkę w organizacji nie stanowi systemowej anomalii, ale rozwiązanie szczególne (i to jedynie do pewnego stopnia), dostosowane do specyfiki spółki – mocodawcy³³.

SPOSÓB UDZIELENIA PROKURY PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI

Udzielenie prokury przez spółkę kapitałową w organizacji następuje na takich samych zasadach, jakie obowiązują w spółce zarejestrowanej. Czynność ta wymaga przede wszystkim zgody wszystkich członków zarządu (art. 208 § 6, art. 371 § 4 k.s.h.) oraz złożenia przez ten organ stosownego oświadczenia woli w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 109² § 1 k.c.) i zgodnie z przyjętymi w danej spółce zasadami

³¹ Odmienne: M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 414–415; R. Pabis, *Spółka z o.o. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 69; T. Raczek, *Reprezentacja spółki z o.o.*, Kraków 2002, s. 116.

³² Zob. przykładowo: R. Potrzezecz, (w:) *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka akcyjna i przepisy karne* (red. T. Siemiątkowski, R. Potrzezecz), t. I, Warszawa 2003, s. 260; S. Soltysiński, (w:) S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, s. 189–190 (wszakże z wyłączeniem możliwości ustanawiania prokury).

³³ Trafne stanowisko przedstawia w tej mierze J. Grykiel, *Powstanie*, s. 16 i n.

reprezentacji (art. 205 § 1, art. 373 § 1 k.s.h.)³⁴. Reprezentanci spółki powinni przy tym działać zgodnie z jednomyślnie podjętą uchwałą w sprawie ustanowienia prokury (powołania prokurenta)³⁵. Trzeba natomiast odrzucić możliwość udzielenia prokury przez pełnomocnika ustanowionego jednomyślną uchwałą wspólników lub założycieli, który występuje w imieniu spółki w organizacji do czasu ustanowienia zarządu (art. 161 § 2 *in fine*, art. 323 § 2 *in fine* k.s.h.), bądź też przez samych wspólników lub założycieli działających łącznie (art. 323 § 2 *in principio* k.s.h.). Przemawiają przeciwko temu zarówno względy funkcjonalne, jak i dogmatyczne: regulację art. 161 § 2 czy art. 323 § 2 k.s.h. trudno bowiem uznać za *lex specialis* w stosunku do art. 208 § 6 i art. 371 § 4 k.s.h. Także szczególny tryb podejmowania decyzji w sprawie ustanowienia prokury i powołania prokurenta oraz ścisły związek między zakresem działania tego szczególnego pełnomocnika i zarządu spółki kapitałowej przemawiają za zarezerwowaniem tej kompetencji dla organu menedżerskiego na zasadzie wyłączności. Podobnie jak w sytuacji typowej, prokura udzielona na etapie organizacyjnym podlega obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, który ma wszak charakter obligatoryjny, ale deklaracyjny³⁶. Z oczywistych względów wpis prokury do rejestru może nastąpić najwcześniej łącznie z wpisem samej spółki; wnioski w tych sprawach mogą zostać objęte jednym zgłoszeniem.

„NIEREJESTROWY” CHARAKTER PROKURY UDZIELONEJ PRZEZ SPÓŁKĘ KAPITAŁOWĄ W ORGANIZACJI A MOŻLIWOŚCI DZIAŁANIA PROKURENTA

Odrębnym zagadnieniem jest ocena rzeczywistych możliwości działania prokurenta spółki kapitałowej w organizacji jeszcze na tym etapie, tj. przed wpisem samej spółki i udzielonej przez nią prokury do rejestru przedsiębiorców, a także analiza związanego z tym ryzyka, postrzeganego przede wszystkim z punktu widzenia osób trzecich. Jak się

³⁴ Na marginesie rozważań pozostawiam ocenę sensowności rozróżniania „udzielenia prokury” i „ustanowienia prokury”, względnie „powołania prokurenta” oraz konsekwencji ustawodawcy w tej mierze (zob. art. 109¹, 109² i 109⁶ k.c. oraz art. 41, 205, 208, 371 i 373 k.s.h.). Zob. w tej kwestii: A. Szajkowski, *Prawo spółek handlowych*, wyd. 2, Warszawa 1998, s. 141–142; J. Szwaja, *Ustanowienie*, s. 6 i n. Podobnie co do niespecyficznego dla badanego problemu zagadnienia, czy oświadczenie woli o umocowaniu powinno jedynie dotrzeć do prokurenta, czy też wymaga ono przyjęcia przez tego ostatniego. Zob. zamiast wielu J. Grykiel, *Powstanie*, s. 357 i n. oraz cyt. tam literatura.

³⁵ Zob. J. Szwaja, I. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 905; A. Szajkowski, A. Szumański, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, S. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. III, s. 493 i n.

³⁶ Powyższa charakterystyka jest jednomyślnie przyjmowana zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie prawa. Zob. przykładowo: wyrok Sądu Najwyższego z 20 października 2005 r., sygn. akt II CK 120/05, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 22, s. 1095; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 listopada 2009 r., sygn. akt I FSK 1186/08 (niepublikowany), w którym stwierdzono m.in.: „Co prawda udzielenie i wygaśnięcie prokury przedsiębiorca powinien zgłosić do rejestru przedsiębiorców, jednak prokura trwa od momentu jej udzielenia, a nie dopiero od chwili wpisu do rejestru. Sam wpis prokury do KRS nie stanowi zatem o jej bycie, ma on bowiem charakter jedynie deklaracyjny”. W piśmiennictwie zob. przykładowo: J. Minkus, *Udzielenie i odwołanie prokury w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Prawo Spółek” 1998, nr 9, s. 12; T. Siemiątkowski, *Prokura*, s. 54, a pod rządą przepisów k.c. i k.s.h.: M. Pazdan, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna* (red. Z. Radwański), wyd. 2, Warszawa 2008, s. 544; J. Szwaja, I. Mika, (w:) *System prawa handlowego*, t. 1 (red. S. Włodyka), s. 913.

wyduje, w praktyce sytuacja taka nie będzie występować zbyt często. **Udzielenie prokury przez spółkę w organizacji nastąpi zazwyczaj wyłącznie po to, aby objąć wnioski o wpis spółki i prokury do rejestru przedsiębiorców jednym zgłoszeniem** i uniknąć w ten sposób dodatkowych kosztów i komplikacji. Dla pełnej jasności wypada zresztą podkreślić, że akceptacja tezy o dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji jest jedynym sposobem, aby ten pragmatycznie uzasadniony rezultat osiągnąć. Instrumentem zapobiegającym zbyt lekkomyślnemu działaniu pełnomocnika jest ponadto rygorystyczny reżim odpowiedzialności za skutki czynności podejmowanych w imieniu spółki w organizacji; kwalifikacja prokurenta jako „osoby działającej” w rozumieniu art. 13 § 1 k.s.h. nie powinna zaś budzić wątpliwości.

Wbrew wyrażanym niekiedy opiniom aktywne wykonywanie przez prokurenta kompetencji do działania w imieniu mocodawcy jest jednak, także w tym okresie, teoretycznie i praktycznie możliwe – właśnie z uwagi na przyjmowaną powszechnie ocenę skuteczności udzielenia prokury i deklaracyjny charakter jej wpisu do rejestru. **Prokurent spółki kapitałowej w organizacji** – podobnie jak nieujawniony jeszcze w rejestrze przedsiębiorców prokurent spółki zarejestrowanej („właściwej”) – **może występować w imieniu mocodawcy, legitymując się pisemnym dokumentem obejmującym oświadczenie o udzieleniu prokury**. W tym kierunku wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w przywoływanym wyżej wyroku z 10 listopada 2009 r. (sygn. akt I FSK 1186/08). Odmienne stanowisko, sformułowane na użytek postępowania cywilnego w cytowanym już także wyroku Sądu Najwyższego z 20 października 2005 r. (sygn. akt II CK 120/05), wydaje się wewnątrznie niespójne i nie zasługuje na poparcie³⁷.

Prokurent działający w takich warunkach musi, rzecz jasna, liczyć się z **pewną nieufnością kontrahentów i dodatkowymi problemami związanymi z wykazaniem swego umocowania**. Jest to zrozumiałe i, przynajmniej do pewnego stopnia, nieuniknione. Przyjęcie dominującego w piśmiennictwie „materialnego” rozumienia terminu „przedsiębiorca” na tle art. 109¹ § 1 k.c. może oznaczać m.in. konieczność wykazania (lub uprawdopodobnienia), że spółce występującej jako mocodawca rzeczywiście przysługuje taki status, co zasadniczo można uczynić wszelkimi stojącymi w dyspozycji strony dowodami. Po wpisie prokury do rejestru sytuacja dowodowa prokurenta w tym zakresie ulega istotnej zmianie. „Dzięki wpisowi do rejestru przedsiębiorców, osoby trzecie mogą bowiem uzyskać informacje o tym, kto jest prokurentem danej spółki”³⁸. Co więcej, ustawa wyłącza możliwość powoływania się na nieusprawiedliwioną niewiedzę co do informacji (danych) ujawnionych w rejestrze (art. 15 ust. 1 i art. 16 u. KRS), chroniąc równocześnie osoby trzecie przed zarzutem nieprawdziwości zarejestrowanych danych (art. 17 ust. 1 u. KRS). Po pierwsze, w kontekście przywoływanych wyżej wypowiedzi orzecznictwa trzeba jednak podkreślić, że sygnalizowana zmiana jest skutkiem obowiązywania domniemań związanych z wpisem w rejestrze; panaceum na problemy

³⁷ W wyroku tym Sąd Najwyższy nie zakwestionował ogólnej zasady, zgodnie z którą wpis prokury do rejestru przedsiębiorców ma jedynie charakter deklaracyjny. Równocześnie stwierdził jednak, że: „Prokurent, który chce reprezentować swojego mocodawcę w postępowaniu sądowym, musi przedłożyć dokument zawierający potwierdzenie jego statusu prokurenta. Aktualnie jedynym tego rodzaju dokumentem jest wyciąg z Krajowego Rejestru Sądowego”.

³⁸ Zob. przywoływany wyżej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 listopada 2009 r. (sygn. akt IFSK 1186/08).

związane z wykazywaniem przez prokurenta legitymacji do działania wobec osób trzecich nie jest natomiast (bądź tylko w niewielkim stopniu) możliwość posłużenia się odpisem lub wyciągiem z rejestru wydanym przez Centralną Informację Krajowego Rejestru Sądowego³⁹. Po drugie, wskazane różnice odnoszą się do sfery pojęciowo odrębnej od zagadnienia legitymacji czynnej. Mogą one uzasadniać krytyczne oceny i postulaty *de lege ferenda* lub stanowić podstawę zaleceń unikania nasilania się tego typu praktyki⁴⁰, nie uchylają jednak trafności wniosków sformułowanych na płaszczyźnie dogmatycznej.

PODSUMOWANIE

Reasumując, na postawione na wstępie pytanie trzeba odpowiedzieć twierdząco. Co więcej, na gruncie *legis latae* teza o dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji wydaje się relatywnie bezsporna. Za wnioskiem takim przemawia zarówno jednoznaczna w tym kontekście treść art. 109¹ § 1 k.c., jak i brzmienie art. 11 § 1, art. 161 i 323 k.s.h. w zw. z art. 33¹ § 1 k.c. Na marginesie warto zauważyć, że skutkiem zmian normatywnych, jakie nastąpiły w okresie 2001–2004 (zarówno w przepisach k.c. i k.s.h., jak i w regulacji u.s.d.g.), jest dezaktualizacja większości argumentów przywoływanych poprzednio przez krytyków takiego rozwiązania, co oczywiście nie powinno pozostawać bez wpływu na ocenę aktualności wyrażanych na tym tle zapatorywań.

³⁹ Także w sytuacji typowej (tj. wówczas gdy zarówno mocodawca, jak i prokurent są lub byli wpisani do rejestru) osoba trzecia może zawrzeć umowę z prokurentem legitymującym się odpisem lub wyciągiem z rejestru przedsiębiorców, nie konfrontując stanu umocowania z treścią rejestru, podczas gdy *post factum* okaże się, że umocowanie osoby wygasło przed datą dokonania czynności. Jeżeli okoliczność ta została odnotowana w rejestrze we właściwym czasie, chroniony będzie stan wiedzy mający oparcie w treści rejestru, a nie stan zaufania związany z dokumentem wystawionym przez Centralną Informację.

⁴⁰ Z rezerwą do aktualnej redakcji art. 109¹ § 1 k.c. odnosi się m.in. M. Pazdan, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2 (red. Z. Radwański), s. 536–537.

Summary

Andrzej Herbet

ON THE ADMISSIBILITY OF GRANTING OF COMMERCIAL PROXY BY A COMPANY IN FORMATION

The problem of admissibility of granting of commercial proxy by the company in formation is the subject of divergent assessments in the doctrine. There is also a lack of clear jurisdiction's opinions. In older literature dominates the statement, which rejects this possibility. However, according to the author, for an affirmative answer to this question speaks content of provisions of art. 109¹ § 1 Civil Code and art. 11 § 1, art. 161 i 323 Commercial Companies Code. The decisive arguments are: legal subjectivity of companies in formation and the character of proxy's entry in the register of entrepreneurs. It is also

worth noticing that one of effects of legislative changes, which took place in 2001–2004 (both in CC and CCC), is an obsolescence of the majority of arguments previously recalled by the critics of this solution.

KEY WORDS: company in formation, commercial proxy, representation, entrepreneur, register of entrepreneurs, National court Register

POJĘCIA KLUCZOWE: spółka kapitałowa w organizacji, prokura, reprezentacja, przedsiębiorca, rejestr przedsiębiorców, Krajowy Rejestr Sądowy

INFORMACJA A KONTROLA W SPÓŁKACH KAPITAŁOWYCH

1. WSTĘP

Prawo do informacji oraz prawo do kontroli w spółkach kapitałowych to prawa korporacyjne, inaczej uprawnienia organizacyjne, które powstają z chwilą rejestracji spółki. Prawa te mają kluczowe znaczenie, celem ich jest bowiem zapewnienie wpływu akcjonariuszy bądź wspólników na działalność spółki oraz stanowienie pewnej kontroli nad organami zarządzającymi spółek.

Prawo do informacji jest często zaledwie wzmiankowane, rzadko poświęca się mu szerszy wywód. Cechuje je słabsza pozycja niż pozostałe prawa korporacyjne czy majątkowe, albowiem prawo to ma charakter bardziej techniczno-prawny niż ustrojowy, ponadto jest – z systemowego punktu widzenia – prawem wyjątkowym, bo pozostającym w kolizji z istniejącą w spółkach kapitałowych zasadą rozdzielności kapitału od zarządzania¹. Prawo do informacji zostało odmiennie unormowane dla spółki z o.o. i spółki akcyjnej.

2. PRAWO DO INFORMACJI I KONTROLI W SPÓŁCE AKCYJNEJ

Prawo do informacji akcjonariusza w spółce akcyjnej regulują przepisy Kodeksu spółek handlowych. Przysługuje ono każdemu akcjonariuszowi w spółce akcyjnej bez względu na wielkość reprezentowanego przez niego kapitału zakładowego, przysługuje również posiadaczom akcji niemych, a także zastawnikowi oraz użytkownikowi akcji. Prawo do informacji w spółce akcyjnej można podzielić na prawo wynikające z brzmienia art. 428 k.s.h., mające charakter ogólny – w którym treść żądanych informacji przez akcjonariusza dotyczy spółki bez precyzowania konkretnie zagadnień związanych z tą spółką, oraz wynikające z art. 6 § 4 k.s.h. oraz z art. 68 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości², mające charakter szczególny – w którym treść żądanych informacji jest skonkretyzowana do określonego zagadnienia związanego ze spółką, jej działalnością oraz jej prawno-ekonomiczną sytuacją na rynku.

Zgodnie z przepisami zawartymi w Kodeksie spółek handlowych akcjonariusz spółki akcyjnej ma prawo do zasięgania informacji o spółce, a zarząd ma obowiązek udzielić akcjonariuszowi informacji na jego wyraźne żądanie. Prawo akcjonariusza do informacji jest skorelowane z obowiązkiem spółki w przedmiocie jej udostępnienia w zakresie okre-

¹ K. Bilewska, *Prawo do informacji – fundament statusu prawnego wspólników (akcjonariuszy) spółki kapitałowej*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” 2008, nr 4, s. 447–457.

² Dz.U. z 1994 r. nr 121, poz. 591.

ślonym przez przepisy prawa³. Uprawnienia informacyjne akcjonariusz może wykonywać podczas walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Zgodnie z treścią art. 428 § 1 k.s.h. podczas obrad walnego zgromadzenia zarząd jest zobowiązany do udzielenia akcjonariuszowi informacji dotyczących spółki w sytuacji, gdy tego żąda, a żądanie jego jest uzasadnione dla oceny sprawy objętej porządkiem obrad. Zarząd spółki akcyjnej zobowiązany jest udzielić informacji bezpośrednio na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, jednak w uzasadnionych przypadkach zarząd może udzielić informacji na piśmie nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia zakończenia walnego zgromadzenia. Zarząd może również udzielić akcjonariuszowi na jego żądanie informacji dotyczących spółki poza walnym zgromadzeniem akcjonariuszy. Informacje takie wraz z podaniem daty ich przekazania i osoby, której udzielono informacji, powinny zostać ujawnione przez zarząd na piśmie w materiałach przedkładanych najbliższemu walnemu zgromadzeniu.

W praktyce prawo do informacji o sprawach dotyczących spółki często może kolidować z ochroną tajemnicy handlowej. Wówczas zarząd, działając w imieniu spółki, ma prawo odmówić akcjonariuszowi udzielenia żądanych informacji. Sytuację taką reguluje art. 428 § 2 k.s.h., wskazując sytuacje odmowy, gdyby udzielenie akcjonariuszowi informacji mogło wyrządzić szkodę spółce, spółce powiązanej, spółce lub spółdzielni zależnej. Wyrządzenie szkody może polegać np. na ujawnieniu tajemnicy technicznej, handlowej albo dotyczącej organizacji przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zarząd powinien odmówić udzielenia informacji, w przypadku gdyby mogło to wyrządzić szkodę spółce albo spółce z nią powiązanej, albo spółce lub spółdzielni zależnej, w szczególności przez ujawnienie tajemnic technicznych, handlowych lub organizacyjnych przedsiębiorstwa. Kodeks spółek handlowych zawiera również uregulowanie prawne chroniące członków zarządu przed odpowiedzialnością w związku z żądaniem udzielenia informacji. Zgodnie z treścią art. 428 § 3 k.s.h. członek zarządu ma prawo odmówić akcjonariuszowi informacji, gdyby jej udzielenie mogło narazić członka zarządu na odpowiedzialność karną, administracyjną bądź cywilnoprawną.

Zgodnie z treścią art. 428 § 4 k.s.h., jeżeli akcjonariusz zażąda informacji o spółce, to odpowiedź zostaje uznana za udzieloną, jeżeli dane informacje zostaną zamieszczone na stronie internetowej spółki, w miejscu przeznaczonym na zadawanie przez akcjonariuszy pytań oraz udzielanie odpowiedzi. Jeżeli przemawiają ważne powody za tym, aby zarząd udzielił informacji poza walnym zgromadzeniem akcjonariuszy, może to uczynić na piśmie w terminie nieprzekraczającym dwóch tygodni, liczonym od dnia, w którym akcjonariusz zgłosił takie żądanie.

Prawo do informacji jest prawem chronionym i korzysta z ochrony sądowej. Gwarancję wykonywania uprawnień informacyjnych akcjonariusza, zawartych w art. 428 k.s.h., dotyczących spółki, reguluje art. 429 k.s.h. Zakres kontroli zasadności odmowy akcjonariuszowi przez zarząd spółki dostępu do informacji zależy od sposobu wykonywania prawa do informacji przez akcjonariusza. Artykuł 429 § 1 i § 2 k.s.h. określa procedurę, która może zostać uruchomiona, w przypadku gdy akcjonariuszowi odmówiono udzielenia informacji⁴ i można wyróżnić tu dwie sytuacje. Pierwsza z nich polega na tym, że odmowa ujawnienia żądanej informacji dotyczy akcjonariusza, który złożył takie żądanie na posiedzeniu wal-

³ A. Malarewicz, (w:) M. Stec, T. Mróz (red.), *Prawo gospodarcze prywatne*, Warszawa 2009, s. 390.

⁴ M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007.

nego zgromadzenia spółki. Zgodnie z treścią art. 429 § 2 k.s.h. akcjonariusz, któremu odmówiono ujawnienia żądanej informacji o spółce podczas walnego zgromadzenia i który zgłosił sprzeciw do protokołu, może złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie zarządu spółki do udzielenia żądanej informacji. Warunkiem wystąpienia na drogę sądową z wnioskiem o zobowiązanie zarządu do udzielenia informacji jest spełnienie przesłanki zgłoszenia przez akcjonariusza sprzeciwu do protokołu walnego zgromadzenia. Wniosek taki akcjonariusz powinien zgłosić w terminie tygodnia od dnia zakończenia obrad walnego zgromadzenia. Treścią wniosku akcjonariusza jest zobowiązanie przez sąd zarządu spółki do udzielenia tej informacji, której akcjonariusz zażądał na walnym zgromadzeniu spółki, zgodnie z art. 428 § 1 k.s.h. Kognicja sądu obejmuje wówczas poprawność zastosowania przez zarząd spółki przepisu art. 428 § 2 k.s.h. – przyczyn odmowy informacji⁵.

Druga sytuacja dotyczy przypadku, gdy zarząd spółki udzielił innemu akcjonariuszowi informacji poza walnym zgromadzeniem w trybie art. 428 § 3 i 4 k.s.h., natomiast akcjonariusz, który jest wnioskodawcą, domaga się od sądu zobowiązania spółki jedynie do ogłoszenia tej informacji. Zgodnie z powyższym, na podstawie art. 429 § 2 k.s.h., akcjonariusz ma również prawo zawniekskować do sądu rejestrowego o zobowiązanie zarządu do ogłoszenia informacji, której zarząd udzielił poza walnym zgromadzeniem akcjonariuszy innemu akcjonariuszowi. Sprawa o zobowiązanie zarządu do udzielenia informacji toczy się w trybie nieprocesowym. Wniosek akcjonariusza musi zawierać szczegółowe uzasadnienie. Sąd ocenia sytuację, czy zaistniały podstawy do zobowiązania zarządu do udzielenia informacji żądanych przez akcjonariusza o spółce, czy też nie. W całej tej procedurze stosowne byłoby wysłuchanie zarządu, ewentualnie zobowiązanie go do złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn odmowy udzielenia akcjonariuszowi informacji o spółce. Jednak przepisy Kodeksu spółek handlowych nie regulują tej kwestii. Oczywiście jest, że postanowienie sądu nie może naruszać art. 428 § 2 k.s.h., przepis ten statuuje bowiem przesłanki uprawniające zarząd do odmowy udzielenia informacji. Sąd musi więc znać przyczynę odmowy, a z art. 428 k.s.h. nie wynika, aby do protokołu walnego zgromadzenia wpisywane było uzasadnienie nieudzielenia informacji, choć mogłoby to być wskazane, choćby dla celów dowodowych. Także w powyższej sytuacji, jeżeli sąd stwierdzi, że istnieją podstawy do zobowiązania zarządu do udzielenia akcjonariuszowi żądanej informacji o spółce, wydaje on postanowienie zobowiązujące.

Postępowanie wszczęte na podstawie art. 429 k.s.h. toczy się w trybie nieprocesowym. Uprawnionymi do złożenia wniosku są: akcjonariusz, któremu odmówiono ujawnienia żądanej informacji podczas obrad walnego zgromadzenia i który zgłosił sprzeciw do protokołu, oraz każdy akcjonariusz inny niż akcjonariusz, któremu udzielono informacji poza walnym zgromadzeniem, w przypadku zgłoszenia żądania ogłoszenia informacji udzielonych jednemu lub kilku spośród akcjonariuszy poza walnym zgromadzeniem.

Podsumowując powyższe, należy podkreślić, że prawo do informacji jest zapewnieniem akcjonariuszom dostępu do informacji na temat działalności spółki, jest prawem korporacyjnym, nie jest prawem bezwzględny – zarząd może odmówić udzielenia informacji w uzasadnionych przypadkach, prawo to korzysta z ochrony sądowej. Natomiast naruszenie przez zarząd spółki prawa do informacji uregulowanej treścią

⁵ S. Sołtysiński, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–633 k.s.h.*, Warszawa 2005.

art. 428 k.s.h., stwierdzone postanowieniem sądu w trybie art. 429 k.s.h., może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu wobec spółki na mocy art. 483 k.s.h. Spółka, odmawiając bezpodstawnie akcjonariuszowi przysługującego mu na podstawie art. 428 k.s.h. prawa do informacji, może odpowiadać względem niego odszkodowawczo z tytułu czynu niedozwolonego⁶.

Prawo do informacji to przede wszystkim zapewnienie akcjonariuszom dostępu do informacji na temat działalności spółki, ale także realizacja prawa i obowiązku prowadzenia spraw spółki, jednakże prawo do informacji nie jest tożsame z prawem do kontroli przez akcjonariuszy spółki. Prawo do kontroli w spółce akcyjnej przysługuje radzie nadzorczej. Zgodnie z treścią art. 382 § 1 k.s.h. rada nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Przepis ten daje radzie nadzorczej uprawnienia zarówno kontrolne, umożliwiające wgląd we wszystkie sprawy spółki, jak i uprawnienia nadzorcze, które polegają na możliwości przedstawiania zarządowi opinii oraz na podejmowaniu – w ściśle określonych przypadkach – decyzji wiążących dla zarządu⁷. Prawo rady nadzorczej do sprawowania stałego nadzoru nad działalnością spółki jest jej najistotniejszą kompetencją. Głównym zadaniem rady nadzorczej jest wykonywanie stałego nadzoru nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach, włączając w to nadzór nad przedsiębiorstwami prowadzonymi przez spółkę⁸. Do pozostałych kompetencji rady nadzorczej należą między innymi: powoływanie i odwoływanie członków zarządu, jeżeli statut nie stanowi inaczej (art. 368 § 4 k.s.h.), zawieszanie w czynnościach członków zarządu i delegowanie członków rady nadzorczej do czasowego wykonywania czynności członków zarządu (art. 383 k.s.h.), ocena sprawozdań finansowych i sprawozdań zarządu z działalności spółki (art. 382 § 3 k.s.h.) oraz zwoływanie walnych zgromadzeń w przypadkach wskazanych w art. 399 k.s.h. Rada nadzorcza zwykle reprezentuje spółkę w czynnościach i sporach z członkami zarządu (art. 379 k.s.h.) i wyraża zgodę na dokonanie niektórych czynności prawnych (np. art. 15, art. 384 § 1 k.s.h.).

Stały nadzór rady nadzorczej nad działalnością spółki oznacza obowiązek stałego nadzorowania nie tylko pracy zarządu, ale wszystkich pracowników, funkcjonowania spółki w stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych, spraw korporacyjnych. Nadzór powinien być wykonywany w sposób stały, a więc ciągle w czasie całego roku obrotowego. Wymaga to odpowiednio częstego odbywania posiedzeń rady nadzorczej. Ich pożądanej częstotliwości nie da się określić generalnie, zależy to bowiem od rozmiarów i charakteru działalności prowadzonej przez spółkę. Zazwyczaj kwestie te regulowane są w statucie spółki lub regulaminie rady. Nadzorowi podlega cała działalność spółki, a nie tylko działalność jej zarządu w sferze wewnętrznej spółki⁹.

Rada nadzorcza jest organem kolegialnym, jednakże k.s.h. przyznaje pewne kompetencje poszczególnym jej członkom. Zgodnie z brzmieniem art. 390 § 1 k.s.h. czynności nadzorcze rada wykonuje kolegialnie, może ona jednak delegować swoich członków do samodzielnego pełnienia określonych czynności nadzorczych. W związku z tym rada może, podejmując w tym celu odpowiednią uchwałę, upoważnić swego członka lub

⁶ Tamże.

⁷ J. A. Strzępka, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005.

⁸ S. Sołtysiński, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 301–458 k.s.h.*, Warszawa 2008.

⁹ Tamże.

członków do wykonania lub wykonywania oznaczonych czynności, co oznacza w praktyce, że rada nadzorcza może powoływać spośród siebie komisje i komitety i upoważnić je do wykonywania nadzoru w danym zakresie spraw. Może też powołać komisję do wyjaśnienia określonej kwestii. Jednakże stanowisko w określonej sprawie powinna zająć cała rada, działając kolegiąlnie. Rada nadzorcza nie jest niczym skrzepowana, gdy chodzi o sposób wykonywania kontroli, ma bowiem prawo, dla usprawnienia swych czynności kontrolnych, powoływać biegłych księgowych, rzeczoznawców – specjalistów w zakresie poszczególnych działów gospodarki spółki.

W związku z powyższym prawo do nadzoru i kontroli w spółkach akcyjnych jest zinstytucjonalizowane w postaci organu nadzoru – rady nadzorczej, natomiast akcjonariusze na podstawie art. 428–429 k.s.h. mają prawo do pozyskiwania informacji na temat funkcjonowania spółki; w praktyce oznacza to, że indywidualna kontrola akcjonariuszy nie istnieje. Prawo kontroli spółki ma szerszy charakter niż prawo do informacji o spółce. Swoim zakresem obejmuje ono, obok uzyskania wiedzy na temat działalności spółki, także możliwość zaprezentowania przez akcjonariusza własnej oceny przedstawionych przez spółkę faktów¹⁰.

3. PRAWO DO INFORMACJI I KONTROLI W SPÓŁCE Z O.O.

Prawo wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do informacji wynika z treści art. 208 § 2 k.s.h., zgodnie z którym każdy członek zarządu spółki kapitałowej ma prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki. Prawo do informacji w spółce z o.o. nie ma samoistnego charakteru i jest ono traktowane jako element prawa wspólnika do indywidualnej kontroli.

Prawo do kontroli wynika z brzmienia art. 212 § 1 k.s.h., który stanowi, że prawo to przysługuje każdemu wspólnikowi. Jest to prawo wynikające wprost z mocy ustawy i dlatego nie jest konieczne wyraźne zastrzeżenie tego prawa w umowie spółki. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 7 maja 2002 r.¹¹ prawo osobistej kontroli nie jest prawem szczególnym przyznanym w umowie spółki poszczególnym wspólnikom, a tym samym nie należy do praw przyznaných osobiście wspólnikowi.

Prawo kontroli przysługujące wspólnikowi polega na przeglądaniu ksiąg oraz innych dokumentów spółki, sporządzaniu bilansu na własny użytek lub żądaniu wyjaśnień od zarządu. Zakresem kontroli wspólnika spółki z o.o. objęte są wszystkie dokumenty spółki, dlatego też spółka powinna umożliwić wspólnikowi w każdym czasie swobodny dostęp do ksiąg handlowych, księgi udziałów i wszelkich innych dokumentów spółki. Wyłączony może być jedynie dostęp do takich informacji, które nie mogą być ujawnione ze względu na treść szczegółowych przepisów. Wyjaśnienia zarządu nie powinny wychodzić poza zakres spraw spółki. Uprawnienia kontrolne wspólnik może wykonywać samodzielnie lub wraz z inną osobą upoważnioną do tego przez wspólnika. Wspólnik nie może przekazać swojego prawa innej osobie, np. biegłemu rewidentowi czy doradcy finansowemu, ponieważ prawo to jest prawem osobistym i nie może być przekazane osobie trzeciej.

¹⁰ A. Malarewicz, (w:) M. Stec, T. Mróz (red.), *Prawo*, s. 392.

¹¹ I CKN 842/00, OSNC 2003, nr 7–8, poz. 106.

Prawo do indywidualnej kontroli może, ale nie musi, być wyłączone w umowie spółki, jeżeli ustanowiono w spółce radę nadzorczą lub komisję rewizyjną. Prawa tego nie można uchylić uchwałą jednomyślną wspólników spółki, ale tylko tą, która stanowi pierwotną umowę spółki albo stanowi zmianę umowy spółki. Prawo do indywidualnej kontroli spółki może zostać ograniczone przez zarząd spółki, który może odmówić wspólnikowi wyjaśnień oraz udostępnienia do wglądu ksiąg i dokumentów spółki, jeżeli istnieje uzasadniona obawa, że wspólnik wykorzysta je w celach sprzecznych z interesem spółki, przez co wyrządzi spółce szkodę. W przypadku odmowy wspólnik może zażądać rozstrzygnięcia sprawy uchwałą wspólników spółki; wówczas uchwała taka powinna być podjęta w terminie miesiąca od dnia zgłoszenia żądania. Wspólnik, któremu zarząd spółki odmówił wyjaśnień lub wglądu do dokumentów i ksiąg spółki, może złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zobowiązanie zarządu do udzielenia wyjaśnień lub udostępnienia do wglądu dokumentacji spółki. Wniosek taki składa się w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania zawiadomienia o uchwale zarządu lub od upływu terminu miesięcznego w przypadku niepowzięcia uchwały wspólników¹².

Zakres prawa do indywidualnej kontroli na podstawie art. 212 § 1 k.s.h. jest bardzo szeroki. Wspólnik ma prawo do przeglądania dokumentów spółki, a więc ma wgląd także do dokumentacji finansowej i sprawozdań finansowych prowadzonych przez spółkę. Prawo do indywidualnej kontroli spraw spółki inkorporuje w sobie w istocie prawo do informacji o stanie spraw spółki, które z kolei stanowi podstawowy składnik tegoż prawa do kontroli. Ponadto wykonywanie prawa kontroli bez pozyskania odpowiednich informacji (a więc skorzystania z prawa do informacji) jest praktycznie niemożliwe¹³.

Organy nadzoru i kontroli w spółce z o.o. to rada nadzorcza i komisja rewizyjna. W związku z prawem indywidualnej kontroli w spółce organy te są w zasadzie fakultatywne. Natomiast obowiązek powstania rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej w spółce zachodzi, gdy: umowa spółki tak stanowi; w spółce jest więcej niż 25 wspólników, a kapitał zakładowy przekroczy kwotę 500 000 zł; spółka powstała z przekształcenia komunalnego zakładu budżetowego lub przedsiębiorstwa komunalnego w jednoosobową spółkę gminy; spółka powstała z przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w jednoosobową spółkę Skarbu Państwa i wyłączono prawo indywidualnej kontroli. Istnieje również możliwość powołania obu organów nadzoru, czyli komisji rewizyjnej oraz rady nadzorczej łącznie. Natomiast obligatoryjne powołanie dotyczy powołania tylko jednego z organów nadzoru. Zgodnie z treścią art. 221 § 1 k.s.h. do kompetencji komisji rewizyjnej należy ocena sprawozdania finansowego i zarządu (art. 231 § 2 pkt 1 k.s.h.) oraz wniosków zarządu dotyczących podziału zysku lub pokrycia straty, a także składanie zgromadzeniu wspólników corocznego sprawozdania z wyników tej oceny. Z kolei kompetencje kontrolne rady nadzorczej polegają na badaniu zgodności działalności spółki z określonym wzorcem, natomiast kompetencje nadzorcze polegają na podejmowaniu konkretnych decyzji merytorycznych w zakresie prowadzenia spraw spółki, a także ewentualnych decyzji kadrowych w odniesieniu do zarządu spółki¹⁴.

¹² A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2011, s. 407.

¹³ K. Bilewska, *Prawo do informacji*, s. 447–457.

¹⁴ Zob. A. Kidyba, *Spółka z o.o.*, Warszawa 2002, s. 607–611; A. Szumański, (w:) *Komentarz k.s.h.*, t. II, Warszawa 2005, s. 540–532.

Obligatoryjne ustanowienie rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej w umowie spółki z o.o. może wynikać z intencji wyłączenia prawa do indywidualnej kontroli w spółce wspólników lub też może wynikać z zamiaru realizowania tego prawa w pośredni sposób. Porównując prawo do indywidualnej kontroli w spółce z kompetencjami rady nadzorczej, należy stwierdzić, że kompetencje rady nadzorczej są znacznie szersze.

Należy zauważyć, że w spółce z o.o. organami posiadającymi uprawnienia kontrolne są rada nadzorcza i komisja rewizyjna. Powołanie w spółce z o.o. komisji rewizyjnej ogranicza od strony faktycznej pozycję rady nadzorczej jako organu kontrolnego. Pozycja rady nadzorczej zostaje ograniczona również wskutek posiadania przez wspólników ustawowego prawa do kontroli spółki. Pozycja rady nadzorczej z perspektywy faktycznej w spółce z o.o. jest słabsza niż w spółce akcyjnej, gdzie rada nadzorcza jest jedynym organem kontroli wewnętrznej spółki. Uprawnienia kontrolne rady nadzorczej są jednak szersze niż takie same uprawnienia przysługujące wspólnikom, w przeciwieństwie bowiem do wspólników zarząd nie może odmówić radzie nadzorczej wglądu w dokumentację spółki, powołując się na uzasadnioną obawę wykorzystania dostępu do informacji o spółce w celach sprzecznych z jej interesem¹⁵.

W spółce z o.o. organami sprawującymi kontrolę są rada nadzorcza lub komisja rewizyjna. Powołanie w spółce komisji rewizyjnej w praktyce oznacza ograniczenie od strony faktycznej pozycji rady nadzorczej jako organu kontrolnego oraz wyłącza prawo do indywidualnej kontroli spółki przez wspólników¹⁶. Należy w tym miejscu podkreślić, że nie jest dopuszczalne, aby członkowie komisji rewizyjnej wykonywali swe funkcje indywidualnie.

¹⁵ K. Kopczyńska-Pieczniak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2010, s. 465.

¹⁶ A. Szumański, (w:) S. Sołtyśński (red.), *Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2010, s. 483.

Summary

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

LEGAL ASPECTS OF INFORMATION
AND CONTROL IN CAPITAL COMPANIES

The right to information and the right to control in capital companies are the corporate rights, in other words, are organizational entitlements, which come into existence the moment of the company registration. The right to information is not identical with the right to control by shareholders. The position of the supervisory board in the limited liability company is weaker than the joint stock company, where the supervisory board is the sole organ of the company's internal control. However control entitlements of the board of supervisors are broader than alone rights entitled by shareholders.

KEY WORDS: right to information, right to control, corporate right

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo do informacji, prawo do kontroli, prawa korporacyjne

POZAPRAWNE PODSTAWY ODPOWIEDZIALNOŚCI DZIENNIKARSKIEJ

Dziennikarze stanowią tę szczególną grupę zawodową, która dobrowolnie naraża się na niebezpieczeństwo prawne wytoczenia procesu związanego z szeroko pojętą ochroną dóbr osobistych. Oczywiście poziom niebezpieczeństwa w dużej mierze zależy od gatunku uprawianego dziennikarstwa, zasięgu publikacji i tematyki, jednak co do zasady obejmuje ono wszystkich przedstawicieli tego zawodu. Niebezpieczeństwo to czai się w każdej krytycznej uwadze czy niepoehlebnej ocenie lub opisie sytuacji, nazbyt wkraczającej w prywatną sferę osób, których materiał dotyczy. Konflikty związane z publikacjami prasowymi czy audycjami, powstałe na tle pojmowania takich dóbr osobistych, jak godność, dobre imię i prywatność z jednej strony oraz interes społeczny i wolność słowa z drugiej, nie należą w dzisiejszych czasach do rzadkości. Czym wobec tego wywołane są odczucia niezadowolenia bohaterów materiałów prasowych i telewizyjnych, które nierzadko znajdują ujście w pozwie? Czy sztuka uprawiania starannego i rzetelnego dziennikarstwa jeszcze istnieje i czy istnieją jakieś zasady, których powinien przestrzegać dziennikarz, aby zapewnić szacunek dla praw osób trzecich, tak jednak, aby różnego rodzaju zakazy nie ograniczały istoty tego zawodu, jakim jest dostarczanie społeczeństwu prawdziwych informacji budzących powszechne zainteresowanie?

Prasa – tu rozumiana szeroko jako środki masowego komunikowania w ogólności, czyli prasa drukowana, radio i telewizja – korzysta z zasady wolności wypowiedzi, realizując przy tym ważne funkcje w demokratycznym państwie prawa, opartym na zasadzie zwierzchnictwa narodu oraz społeczeństwie obywatelskim. Media stanowią podstawowe narzędzie kontroli władz i instytucji państwowych, a także źródło wiedzy o świecie, narzędzie kreowania poglądów i przekazywania opinii. Pozycja, jaką w naszym życiu zajmują media, i misja, jaką mają realizować, uzasadnia traktowanie dziennikarzy jako przedstawicieli zawodu zaufania publicznego. Akceptacja dla tego stanowiska znalazła bowiem wyraz w art. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe¹, dalej: Prawo prasowe, w którym działalność dziennikarzy ustawodawca określił – ni mniej, ni więcej – jako służbę na rzecz społeczeństwa i państwa. Jest to służba, której podstawowym celem jest rzetelne informowanie, zapewnienie jawności życia publicznego oraz kontrola i krytyka społeczna². Sprostanie tym zadaniom wymaga narzucenia sobie pewnych zasad i zachowywania szczególnie wysokich standardów. Autorzy materiałów, redaktorzy czy wydawcy powinni w pierwszej kolejności dążyć do realizacji nie partykularnych interesów, lecz interesów naszych – odbiorców, czytelników, w końcu samego państwa. Jest to więc wyraz pierwszeństwa interesu powszechnego nad interesem jednostki, w tym przypadku samego dziennikarza czy redakcji.

¹ Dz.U. z 1984 r. nr 5, poz. 24 ze zm.

² Art. 1 Prawa prasowego.

Mając na względzie szczególne cele, jakie przed dziennikarzami stawia państwo, ustawodawca z jednej strony obdarzył ich pewnymi przywilejami³, z drugiej natomiast nałożył na nich dodatkowe obowiązki⁴. Precyzyjnie sformułowane nakazy postępowania nie zawsze muszą jednak odpowiadać na pytanie, jak należy postąpić w danej sytuacji, dlatego realizując tak istotne zadania, dziennikarz zawsze powinien kierować się również pozaprawnymi normami wyznaczającymi możliwie wysokie standardy. Założenie to znalazło swoje odzwierciedlenie w treści ustawy. Jedną z podstawowych reguł postępowania w niej zawartych jest działanie zgodnie z etyką zawodową⁵. Obok zatem zachowania szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów prasowych⁶, chronienia dóbr osobistych⁷, powstrzymywania się od ferowania wyroków przed wydaniem rozstrzygnięcia przez sąd⁸ i wielu jeszcze innych nakazów i zakazów, dziennikarz musi przestrzegać norm deontologii zawodu.

Zanim o konsekwencjach naruszenia przez dziennikarza zasad etyki, warto zastanowić się, czym ta etyka jest. Tradycyjnie pojmowana etyka zawodowa to zbiór norm i zasad określających, jak z moralnego punktu widzenia powinny zachowywać się osoby tworzące daną grupę zawodową⁹. Etyka dziennikarska wyznacza zatem ideały i zachowania uważane za właściwe w pracy dziennikarzy¹⁰. Normy etyczne mogą mieć formę kodeksową (spisaną), jak np. w przypadku Kodeksu etyki adwokackiej, bądź funkcjonujących tylko w świadomości pewnych kryteriów wyznaczających wzór poprawnego zachowania. Na całym świecie istnieją dziesiątki kodeksów etyki dziennikarskiej. W Polsce zostały przyjęte m.in.: Dziennikarski kodeks obyczajowy Stowarzyszenia Dziennikarzy Rzeczypospolitej Polskiej, Kodeks etyki dziennikarskiej Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich, Dziennikarski kodeks obyczajowy Konferencji Mediów Polskich, Karta etyczna mediów czy Zasady etyczne dziennikarstwa w telewizji publicznej. Karta etyczna mediów zdaje się – wśród wskazanych wyżej aktów – mieć największe znaczenie. Przede wszystkim dlatego, że nie jest to zbiór zasad ograniczony wyłącznie do określonego stowarzyszenia czy nawet mniejszej jednostki, jaką jest redakcja określonego medium¹¹. Panuje ponadto przekonanie, przynajmniej wśród części środowiska,

³ Na przykład art. 4 ust. 1 Prawa prasowego, zgodnie z którym przedsiębiorcy i podmioty niezaliczone do sektora finansów publicznych oraz nie działające w celu osiągnięcia zysku, są obowiązane do udzielenia prasie informacji o swojej działalności.

⁴ Na przykład art. 41 Prawa prasowego, zgodnie z którym publikowanie zgodnych z prawdą i rzetelnych sprawozdań z jawnych posiedzeń Sejmu i rad narodowych oraz ich organów, a także publikowanie rzetelnych, zgodnych z zasadami współżycia społecznego ujemnych ocen dzieł naukowych lub artystycznych albo innej działalności twórczej, zawodowej lub publicznej służy realizacji zadań określonych w art. 1 i pozostaje pod ochroną prawa; przepis ten stosuje się odpowiednio do satyry i karykatury.

⁵ Art. 10 ust. 1 Prawa prasowego.

⁶ Art. 12 ust. 1 pkt 1 Prawa prasowego.

⁷ Art. 12 ust. 1 pkt 2 Prawa prasowego.

⁸ Art. 13 ust. 1 Prawa prasowego.

⁹ S. Zakrzewski, *Etyka dziennikarska*, (w:) *Dziennikarstwo od kuchni*, red. A. Niczyperowicz, Poznań 2001, s. 217.

¹⁰ *Słownik terminologii medialnej*, hasło: *Etyka mediów*, red. W. Pisarek, Kraków 2006, s. 53.

¹¹ Kartę Etyczną Mediów, opracowaną z inicjatywy Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich w dniu 29 marca 1995 r., podpisali prezesi: Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich, Stowarzyszenia Dziennikarzy Rzeczypospolitej Polskiej, Katolickiego Stowarzyszenia Dziennikarzy, Syndykatu Dziennikarzy Polskich, Związku Zawodowego Dziennikarzy, Unii Wydawców Prasy, Telewizji Polskiej S.A., Telewizji Polsat, Stowarzyszenia Nieza-

że przedmiotem uregulowania w Karcie są najważniejsze problemy etyczne¹². Jej wadą jest jednak zbyt duża zwięzłość i operowanie ogólnikowymi pojęciami, co nie przynosi jej zbyt dużego znaczenia praktycznego. Aktami o zasięgu międzynarodowym są m.in.: Deklaracja meksykańska Międzynarodowej Organizacji Dziennikarskiej, Deklaracja paryska Międzynarodowej Organizacji Dziennikarskiej, Rezolucja 1003 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy czy Międzynarodowy kodeks etyki dziennikarskiej.

Komplikacje w stosowaniu norm deontologii zawodowej dziennikarzy wynikają nie tylko z imponującej liczby podobnych sobie kodeksów, deklaracji, rezolucji i kart, ale też z faktu, że nie ma obowiązku przynależności dziennikarzy do określonego stowarzyszenia czy deklarowania postępowania zgodnie z którymkolwiek z dokumentów. Nawet jeżeli respektowanie pewnych zasad moralnych zostanie wprost wskazane w regulaminie, statucie lub innym akcie obowiązującym wewnątrz redakcji, to niezastosowanie się do nich może co najwyżej pociągnąć odpowiedzialność pracowniczą. Nie ma jednego, prawnie wiążącego zbioru norm i reguł etycznych, których powinien w swojej pracy przestrzegać dziennikarz, a jednak ustawodawca zdecydował się włączyć normy deontologii zawodowej do systemu prawa.

Warto podkreślić, że treść kodeksów etyki dziennikarskiej nie zawsze jest do pogodzenia z obowiązującym prawem, co dodatkowo umniejsza ich znaczenie i podważa sens istnienia tego typu dokumentów. Na szczególną uwagę zasługuje Kodeks etyki dziennikarskiej Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich, który nie tylko dopuszcza przy zbieraniu materiałów, na zasadzie wyjątku, posługiwanie się metodami sprzecznymi z prawem i nagannymi etycznie¹³, ale też przewiduje sytuacje, w których możliwe jest naruszenie prywatności i sfery intymnej¹⁴. O ile prawo do prywatności osób publicznych rzeczywiście może w pewnych przypadkach podlegać ograniczeniom, o tyle prawo do intymności, niezależnie od tego, czy jest wyróżniane jako odrębne dobro, czy jest traktowane jako element prawa do prywatności, ograniczeniom tym nie podlega, niezależnie od uzasadnienia i okoliczności¹⁵. Wkroczenie w prawo do prywatności osób publicznych musi natomiast mieć swoje uzasadnienie. Fakt, że dzieje się to w ramach uprawiania tzw. dziennikarstwa śledczego (pojęcie prawnie niezdefiniowane), nie jest tu wystarczającym czynnikiem. Normę tę należy zatem uznać za sprzeczną z prawem, obniżającą standar-

leżnych Producentów Filmowych i Telewizyjnych, Polskiego Radia S.A., Stowarzyszenia Radia Publicznego w Polsce, Stowarzyszenia Polskiej Prywatnej Radiofonii, Związku Zawodowego Dziennikarzy Radia i Telewizji oraz krajowy duszpasterz środowisk twórczych – ks. Wiesław Niewęglowski.

¹² J. Pleszczyński, *Etyka dziennikarska*, Warszawa 2007, s. 114.

¹³ Pkt II.5. Kodeksu Etyki Dziennikarskiej SDP, zgodnie z którym w zbieraniu materiałów nie wolno posługiwać się metodami sprzecznymi z prawem i nagannymi etycznie; ukryta kamera i mikrofon czy podsłuch telefoniczny są dopuszczalne wyłącznie w przypadku dziennikarstwa śledczego, tj. tropienia w imię dobra publicznego – za wiedzą i zgodą przełożonych – zbrodni, korupcji czy nadużycia władzy.

¹⁴ Pkt II.6 Kodeksu Etyki Dziennikarskiej SDP, zgodnie z którym nie wolno naruszać prywatności i sfery intymnej; wyjątek mogą stanowić – w uzasadnionych okolicznościach – działania w zakresie dziennikarstwa śledczego, także wobec osób publicznych.

¹⁵ Zob.: A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. XX, s. 3–40; B. Kordasiewicz, *Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności*, KPP 2000, z. 1, s. 20–51; J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media*, Warszawa 2003, s. 37; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo do ochrony sfery intymności jednostki*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 11, s. 34–47; P. Sut, *Ochrona sfery intymności w prawie polskim – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, z. 4, s. 103.

dy, jakimi powinni kierować się dziennikarze postępujący zgodnie z ustawą. Działanie norm etycznych powinno tymczasem mieć kierunek odwrotny. Mają one bowiem znaczenie tylko wówczas, gdy ustanowione prawnie standardy podwyższają¹⁶.

Należy podkreślić, że odwołując się do zasad etyki zawodowej, ustawodawca posłużył się konstrukcją klauzuli generalnej. Klauzule generalne to części przepisu prawnego wskazujące oceny lub normy mogące stanowić podstawę rozstrzygnięcia organu stosującego prawo¹⁷. Oceny lub normy, których źródło tkwi poza przepisami prawa i które zazwyczaj mają charakter niedookreślony¹⁸. Wśród nich kodeksy etyki zawodowej, obok wyrażen nieostrzych (podlegających wartościowaniu) oraz reguł i norm o aksjologicznym podłożu, zajmują oddzielne miejsce. Skutkiem zastosowania tej konstrukcji przez ustawodawcę jest poszerzenie granic, w których następuje rozstrzygnięcie, organ może bowiem wyjść poza sztywno wskazane przez przepisy prawne ramy i oprzeć się na kryteriach, których treść musi dopiero skonstruować.

Zwrot zawarty w art. 10 ust. 1 Prawa prasowego stanowi właśnie tego rodzaju odesłanie pozasystemowe (czyli do norm zawartych poza tym lub innym aktem prawnym). Skutkiem tego zabiegu jest zatem włączenie zasad i norm etycznych dziennikarzy do systemu prawnego i nadanie im takiego samego znaczenia, jak przepisom powszechnie obowiązującym. Jak już jednak wskazano, normy etyczne będą miały w danym przypadku zastosowanie, jeżeli nie będą sprzeczne z przepisami prawa. W zakresie obowiązków, jakie ustawa nakłada na dziennikarzy, oznacza to, że normy deontologii zawodowej mogą jedynie standardy wyznaczone ustawowo podwyższać lub je uzupełniać, nie zaś obniżać. Jeżeli zatem kodeksy etyki przewidują większy stopień staranności lub większy zakres obowiązków niż ustawa, to standardy wyznaczone przez tę właśnie staranność i te obowiązki powinny stanowić kryterium legalności postępowania¹⁹.

Zasady etyki zawodowej, obok przepisów prawa stanowionego, wyznaczają granice, w jakich może pozostawać dziennikarz przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów. Ma to swoje poważne skutki. Po pierwsze, państwo gwarantuje prawo dziennikarzy do upowszechniania informacji na tematy znajdujące się w zainteresowaniu opinii publicznej i respektuje specyfikę pracy dziennikarzy tylko wówczas, gdy materiały są prezentowane w sposób uwzględniający normy etyki. Konsekwencją tego twierdzenia jest m.in. uznanie, że o ile w treści dziennikarskiej wypowiedzi dozwolona jest przesada, o tyle jednak prasa nie może przekroczyć granic prawnych i etycznych²⁰. Obowiązek respektowania norm deontologii znamionuje każdą czynność, niezależnie czy w fazie zbierania materiału, redagowania tekstu, czy samej publikacji. Nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że wolność prasy nie ma charakteru absolutnego i musi mieścić się w ramach wytyczonych przez prawo, a poprzez wspomniane odwołanie – również etykę zawodową.

Naruszając zasady etyki, dziennikarz dopuszcza się czynu bezprawnego. Nawet

¹⁶ B. Kosmus, G. Kuczyński, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 154.

¹⁷ Warto jednak odnotować również pogląd, zgodnie z którym klauzula generalna to nie tylko dany zwrot o charakterze niedookreślonym, lecz cały przepis, w którym zwrot taki został użyty; zob.: J. Czarzasty, *Przyczynek do problematyki klauzul generalnych*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 5, s. 83 i n.

¹⁸ L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Lublin 2000, s. 10.

¹⁹ B. Kosmus, G. Kuczyński, *Prawo prasowe*, s. 154.

²⁰ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 2 września 2003 r. w sprawie IV KK 197/03.

bowiem jeżeli obowiązek danego zachowania wynika wyłącznie z norm etycznych, to poprzez fakt włączenia systemu etycznego do systemu prawa stanowionego postępowanie sprzeczne z tym nakazem będzie jednocześnie sprzeczne z prawem. Ma to o tyle znaczenie, że bezprawność jest przesłanką warunkującą możliwość przypisania odpowiedzialności za słowo. Odpowiedzialności, której podlega nie tylko autor materiału, ale również redaktor i wydawca.

Najczęstszymi przypadkami naruszenia prawa przez publikację materiału jest godzenie w dobre imię, godność czy prywatność (jak też intymność – według tych, którzy takie dobro wyróżniają) innej osoby. Przyczyny takiego stanu rzeczy bywają różne. W dużym stopniu wiążą się one jednak z obniżeniem standardów pracy dziennikarzy. Podążanie za sensacją kosztem prawdziwych informacji, brak oddzielenia faktów od komentarzy, narzucanie własnego punktu widzenia, subiektywizacja rzeczywistości. To tylko niektóre czynniki, choć w największym stopniu wpływające na niski poziom prasy. Zdaje się, że tzw. „tabloidyzacja mediów” jest znakiem dzisiejszych czasów. Tym bardziej nie można zapominać, że zasady etyki dotyczą wszystkich dziennikarzy i wszystkich gatunków dziennikarstwa. Ustawodawca w żaden sposób nie wprowadza rozróżnienia na standardy właściwe „poważnym” tytułom prasowym i te, którym powinny odpowiadać pisma popularne, przeznaczone dla masowego odbiorcy, w tym tzw. „prasa brukowa”²¹. Podobnie, nie ma prawnego uzasadnienia dla zmniejszania pewnych wymagań i ograniczania obowiązków wobec takich rodzajów dziennikarstwa, jak dziennikarstwo śledcze i newsy (pojęcie używane w żargonie zawodowym dziennikarzy, niezdefiniowane prawnie)²². Obniżanie w tym przypadku standardów stało się już jednak praktyką. Pośpiech w publikowaniu informacji często uniemożliwia staranne i rzetelne zweryfikowanie materiału. Nie ma to jednak znaczenia, gdy aktualność przekazu ma większą wartość niż jego prawdziwość.

Jeżeli zatem autor materiału np. nie zweryfikuje informacji i nie zbierze wystarczającej ilości materiału, a w konsekwencji bezzasadnie oskarży inną osobę lub nie uszanuje jej prywatności, to narazi on siebie, jak również redaktora i wydawcę, na zarzut naruszenia dóbr osobistych. Zachowanie takie jest jednocześnie niezgodne z etyką, jak i z przepisami prawa. Dzieje się tak, ponieważ obowiązki statuowane przez prawo w znacznej mierze pokrywają się z nakazami moralnymi. Istnieją jednak i takie reguły postępowania, które wynikają wyłącznie z deontologii zawodowej. Wśród nich wyróżnić można: konsultowanie zagadnień wymagających wiedzy fachowej z ekspertami, wstrzeźliwość w przedstawianiu stanowiska osób, które są w konflikcie z bohaterem materiału, ostrożność w wykorzystywaniu informacji przekazanych anonimowo i wielopoziomowa weryfikacja informacji pochodzących z takiego źródła²³. Zasady te zdają się uzupełniać ustawowy obowiązek staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów. Istnieją jednak i inne.

Skąd zatem dziennikarze czy organy stosujące prawo powinny czerpać wiedzę na temat zasad etyki dziennikarskiej, skoro nie ma jednego obowiązującego kodeksu, a i te,

²¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2008 r. w sprawie II KK 12/08.

²² B. Kosmus, G. Kuczyński, *Prawo prasowe*, s. 155.

²³ B. Kosmus, M. Wójcicki, *Czy istnieje kontratyp newsa?*, (w:) *News i dziennikarstwo śledcze wobec wyzwań XXI wieku*, red. M. Palczewski, M. Worsowicz, Łódź 2010, s. 101–109.

które powstały, nie zawsze odpowiadają prawu? Wydaje się, że odsyłając do norm etycznych, ustawodawca ma na myśli wiele norm właściwych dla pracy dziennikarza i funkcjonowania mediów, zarówno tych spisanych w kodeksach etycznych stowarzyszeń dziennikarskich, wewnętrznych kodeksach różnych redakcji i stacji nadawczych, jak również zawartych w międzynarodowych dokumentach²⁴. Zebrane i uporządkowane w aktach zostały najważniejsze w danym czasie dla tego środowiska zasady i reguły postępowania, które weszły do kanonu zawodu. Nie oznacza to jednak, że treść ich w całości wyczerpuje katalog nakazów i zakazów, jakich powinien przestrzegać dziennikarz. Pomocne w ich rozszyfrowywaniu z pewnością jest dotychczasowe orzecznictwo sądów. W przypadku rozpoznawania sprawy o naruszenie przez dziennikarza dóbr osobistych innej osoby potwierdza to tezę konieczności konstruowania przez organ stosujący prawo kryteriów, na jakich ma zostać oparte rozstrzygnięcie.

Pojawia się jednak pytanie, czy autorzy materiałów – wykonujący polecenia przełożonych i redaktorów – mają w ogóle, w dzisiejszych czasach, możliwość postępowania zgodnie z ograniczającymi szybkość przekazu, godzącymi w korzyści finansowe zasadami. Etyka zakłada prawo wyboru, tymczasem dziennikarze podporządkowywani są wielu czynnikom, jak choćby: decyzji właścicieli redakcji lub stacji telewizyjnych i radiowych, linii programowej, hierarchii, presji czasu, prawu. Mówi się zatem o wolności prasy, jednak sami dziennikarze, zwłaszcza ci na najniższym szczeblu drabiny zawodowej, z wolności tej zdają się korzystać w niewielkim stopniu²⁵. Do tego dochodzi brak autorytetów i zanik systemu pracy opartego na relacji mistrz–uczeń. Realia wykonywania zawodu dziennikarza czynią postępowanie zgodnie z zasadami etycznymi nie lada wyzwaniem.

Co zaś się tyczy samych kodeksów etyki dziennikarskiej, to pierwsze z nich powstały na początku zeszłego wieku jako krok na drodze ku profesjonalizacji zawodu. Okazuje się jednak, że co do zasady nie przystają one do naszych realiów. Choć zawierają szczytne i powszechnie akceptowane standardy postępowania (przynajmniej w większości), to jednak rzadko są konfrontowane z praktyką. Przepelnione są patetycznymi deklaracjami i ogólnikowymi zwrotami, a nie konkretnymi wskazówkami, co sprzyja ich dowolnej interpretacji²⁶.

Rodzi się wobec tego pytanie, czy możliwe jest sformułowanie idealnego kodeksu etyki. Czy może kodeks taki nie powinien powstać w ogóle? W sporze o zasadność formułowania zasad etyki w środowisku dziennikarskim podnosi się, że kodeksy ograniczają suwerenność, sprzyjają autocenzurze i godzą w wolność słowa, a nadto nie pomagają w rozwiązywaniu prawdziwych problemów²⁷. Nie można jednak nie dostrzec, że żyjemy w czasach, w których standardy dziennikarskie ulegają systematycznemu pogorszeniu, zaufanie do mediów spada i coraz częstsze są przypadki naruszenia przez media praw innych osób. Konieczne w tej sytuacji może więc być ściśle respektowanie zasad etyki. Przedstawianie norm w formie spisanej co do zasady skutkuje pozbyciem się elementu nadmiernego niedookreślenia. A przecież wśród środowisk dziennikarskich często

²⁴ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2003 r. w sprawie V KK 195/05.

²⁵ R. Keeble, *Ethics for Journalists*, London–New York 2001, s. 2.

²⁶ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, LEX.

²⁷ J. Pleszczyński, *Etyka dziennikarska*, s. 118.

pojawia się zarzut, że władza sądownicza nie rozumie, iż z dziennikarstwem wiążą się poważne konflikty wartości i w konsekwencji trudno jest sytuacje te właściwie oceniać na podstawie norm etycznych²⁸. Ustanowienie jednego kodeksu etyki obejmującego wszystkich dziennikarzy pozwoliłoby dookreślić reguły właściwego postępowania.

Istnieje jednak pogląd przeciwny, zgodnie z którym standardy dziennikarstwa wyznaczają pewien idealny „paradygmat medialny”, czyli zakorzeniony w tradycji, ale elastyczny wzorzec, który ma ogromne znaczenie dla mediów i tworzy niespisane, ale realizowane kanony dziennikarskie pozwalające mówić o „dobrym dziennikarstwie”. Paradygmat ten miał zadziałać m.in. w związku ze śmiercią Jana Pawła II²⁹. Zdaje się jednak, że nie zadziałał, gdy „Super Express” opublikował zdjęcia zabitego w Iraku Waldemara Milewicza, a dziennikarze brytyjskiego tabloidu „News of The World” podsłuchiwali wiadomości na poczcie głosowej zaginionej nastolatki i ingerowali w ich treść, co utrudniło policji jej odnalezienie. Pomimo że obydwie przypadki wywołały niespotykane oburzenie zarówno wśród dziennikarzy, jak i reszty społeczeństwa, to jednak wcześniej ktoś zdecydował o tym, że w ten sposób postąpi. Jak długo więc media nie będą potrafiły dokonać dystynkcji pomiędzy celem swojej misji a celem zarobkowym i nie nauczą się służyć temu pierwszemu, zasady etyki powinny być uregulowane i propagowane wśród wszystkich dziennikarzy.

²⁸ Tamże, s. 122.

²⁹ Tamże, s. 129.

Summary

Monika Wójciuk

EXTRALEGAL GROUNDS FOR JOURNALISTIC LIABILITY

Press Law gives journalists special powers but, at the same time, imposes numerous obligations on them. One of the fundamental obligations is the order to act according with professional ethics code. By referring do ethics a legislator uses construction of general clause, what results in including ethics norms to the legal system. Journalists are liable for not observing ethics code in the same degree as for and not observing law. Acting against ethics generally means lawlessness of behaviour, and this allows to assign legal responsibility for personal rights infringement.

KEY WORDS: ethical norms, journalistic ethics, general clause, liability

POJĘCIA KLUCZOWE: normy etyczne, etyka dziennikarska, klauzula generalna, odpowiedzialność

WĄTPLIWOŚCI INTERPRETACYJNE WOKÓŁ UMOWY O ZAKAZIE KONKURENCJI PO USTANIU STOSUNKU PRACY

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie próby podsumowania obowiązywania umowy o zakazie konkurencji po ustaniu zatrudnienia. Podstawą rozważań jest obszerne orzecznictwo sądowe oraz rozbieżne poglądy w doktrynie prawa pracy. Zamiarem autorki jest wskazanie zalet, jak i słabych stron analizowanej instytucji.

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Ustawa z 2 lutego 1996 r.¹ nowelizująca Kodeks pracy wprowadziła w dziale IV, zatytułowanym *Obowiązki pracodawcy i pracownika*, rozdział IIa regulujący zakaz konkurencji².

Uzasadnieniem istnienia prawa pracy w obecnym kształcie jest szeroko rozumiana ochrona pracownika jako „słabszej” strony stosunku pracy. Cel taki przyświecał twórcom zarówno pierwotnej wersji ustawy, jak i jej kolejnym nowelizacjom i należy uznać go za słuszny. Jednakże rzeczywistość, w której obecnie żyjemy, nie do końca zgadza się z założeniem, jakoby pracownik był zawsze tą słabszą i wymagającą wsparcia stroną stosunku pracy. Dokonywana próba analizy przepisów prawa pracy ma na celu pokazanie, że istnieją również takie interesy pracodawców, które powinny podlegać podobnej ochronie, jaka jest gwarantowana podstawowym prawom pracowniczym. Dlatego ważne jest zachowanie równowagi pomiędzy przyznawanymi przez ustawodawcę prawami pracownika i pracodawcy oraz odpowiednie zredagowanie przepisów Kodeksu pracy, które umożliwi odpowiednią ochronę interesów obu stron stosunku pracy. Przykładem „interesu” przedsiębiorcy chronionego przez Kodeks pracy jest tajemnica przedsiębiorstwa i ograniczająca jej swobodne wykorzystanie przez pracownika instytucja umowy o zakazie konkurencji, regulowana w artykułach 101¹–101⁴ k.p.

W rozumieniu przepisów zawartych w Kodeksie pracy zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej przez pracownika polega na tym, że pracownik w okresie spre-

¹ Dz.U. z 1996 r. nr 24, poz. 110.

² Zagadnienie to jest przedmiotem obszernego piśmiennictwa, zob. np. J. Czerniak-Swędziol, *Pracowniczy obowiązek ochrony interesów gospodarczych pracodawcy*, Warszawa 2007; J. Stencel, *Zakaz konkurencji w prawie pracy*, Warszawa 2001; A. Sobczyk, S. Płażek, *Zakaz działalności konkurencyjnej według Kodeksu pracy*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, nr 1; T. Kuczyński, *Wybrane zagadnienia regulacji prawnej konkurencji w stosunku pracy*, PiZS 1997, nr 5; Z. Salwa, *Skutki ustania zakazu konkurencji po ustaniu stosunku pracy*, PiZS 2001, nr 1; R. Sadlik, *Odstąpienie od umowy o zakazie konkurencji i inne możliwości jej wcześniejszego rozwiązania*, „Monitor Prawa Pracy” 2011, nr 1.

cyzowanym w umowie o zakazie konkurencji nie może prowadzić żadnej działalności konkurencyjnej w zakresie w niej wskazanym. Zawarcie takiej umowy wyklucza też możliwość świadczenia przez obecnego lub byłego pracownika pracy w ramach stosunku pracy lub też na innej podstawie – np. umowy cywilnoprawnej na rzecz podmiotu prowadzącego działalność konkurencyjną w stosunku do pracodawcy.

Umowa o zakazie prowadzenia działalności konkurencyjnej może obejmować czas trwania stosunku pracy, jak również okres po jego ustaniu. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „stosunek pracy” świadczy o tym, że pojęcie to należy rozumieć szeroko. A zatem umowa taka może zostać zawarta nie tylko przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, ale także zatrudnionych świadczących pracę na podstawie spółdzielczej umowy o pracę, powołania, mianowania oraz wyboru³.

Przeprowadzona analiza przepisów dotyczących zakazu konkurencji po ustaniu stosunku pracy, znajdujących się w rozdziale IIa działu IV Kodeksu pracy, pozwala postawić tezę, że przepisy te są zbyt ogólne i mało konkretne, co autorka postara się udowodnić w dalszej części opracowania. Dodatkowo podkreślić należy, że w niniejszym artykule zostaną poruszone tylko niektóre wątpliwości interpretacyjne pojawiające się przy wykładni tych przepisów Kodeksu pracy – zatem artykuł nie wyczerpuje całości badanego tematu.

2. POJĘCIE „SZCZEGÓLNIIE WAŻNE INFORMACJE”

Do interesów, które powinny podlegać szczególnej ochronie, bezsprzecznie należy zachowanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴, który definiuje to pojęcie, do tajemnicy przedsiębiorstwa zaliczamy nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jest to katalog otwarty, ale jego precyzyjne określenie nie jest możliwe ze względu na różnorodną specyfikę funkcjonowania zakładów pracy.

Przedmiot regulacji art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 101² k.p. jest taki sam, w obu normach chodzi o ochronę tajemnicy przedsiębiorcy. Zatem nie ulega wątpliwości, że w przypadku pracodawców będących jednocześnie podmiotami gospodarczymi pojęcie „szczególnie ważne informacje” może pokrywać się lub krzyżować z pojęciem „tajemnica przedsiębiorstwa”⁵. Konsekwencją powyższego jest, że definicja zawartego w Kodeksie pracy wyrażenia „szczególnie ważne informacje” opiera się na pomocniczym zastosowaniu ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji.

Obecnie w Kodeksie pracy istnieje tylko jeden przepis dotyczący zabezpieczenia

³ A. M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 109.

⁴ Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503.

⁵ T. Kuczyński, *Wybrane zagadnienia*, s. 9.

informacji poufnych podmiotów zatrudniających przed ich bezprawnym wykorzystaniem przez byłych pracowników. Chodzi o art. 101² k.p., regulujący umowę o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy, zwaną również klauzulą konkurencyjną. Teza taka wynika z analizy przepisów zawartych w Kodeksie pracy, a w szczególności art. 100 k.p. Wskazany przepis wskazuje obowiązki ciężące na pracownikach. Zgodnie z jego literalnym brzmieniem powinności te są adresowane do obecnych pracowników, przez co nie mają zastosowania do „byłych pracowników”.

3. OKRES OBOWIĄZYWANIA UMOWY O ZAKAZIE KONKURENCJI PO USTANIU STOSUNKU PRACY

Rozważania na temat uregulowania klauzuli konkurencyjnej należy rozpocząć od analizy okresu obowiązywania zakazu. Artykuł 101² § 1 k.p. normuje czas trwania klauzuli konkurencji i uznaje go za przedmiotowo istotny element umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy. Związane jest to z faktem, że chodzi o umowę terminową. Pominięcie w umowie postanowienia określającego czas trwania zakazu powoduje, że do jego ustanowienia w ogóle nie dochodzi – umowa statuująca zakaz konkurencji nie odnosi skutku⁶. Wynika to wprost z art. 101² § 1 zd. drugie k.p. W przepisie tym użyty został zwrot „określa się”, co należy uznać za sformułowanie koniecznego postanowienia umownego, bez którego nie dochodzi do ustanowienia zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej po ustaniu stosunku pracy⁷.

Ustawodawca nie określa natomiast maksymalnego czasu, na jaki mogą być zawierane takie umowy, co niewątpliwie nie jest najlepszym rozwiązaniem, gdyż pozostawia duży margines swobody dla stron. Uprawniona jest hipoteza, że pracodawca może wręcz narzucić bardzo długi okres obowiązywania klauzuli. W orzecznictwie dopuszcza się możliwość zawierania takich umów na okres dłuższy niż czas trwania zatrudnienia⁸. Analizowane konstytucyjne zasady wolności i swobody pracy również nie ograniczają *expressis verbis* w żaden sposób długości czasu trwania takiej umowy. Podsumowując ten wątek rozważań, należy stwierdzić, że wydaje się celowe uregulowanie maksymalnego okresu, na jaki może być zawarta klauzula konkurencyjna. Zdaniem autorki jest to niedopatrzenie ze strony ustawodawcy, które powinno zostać uzupełnione przy najbliższej nowelizacji Kodeksu pracy. Tym bardziej że, odwołując się do historycznych uregulowań będących pierwowzorem obecnie obowiązujących regulacji, jest to rozwiązanie odmienne od przewidzianego w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 16 marca 1928 r. o umowie o pracę pracowników umysłowych⁹. Rozporządzenie to przewidywało możliwość zawierania umów o zakazie działalności konkurencyjnej w okresie do roku od ustania stosunku pracy.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 2 października 2003 r., I PK 453/02, OSNP 2004, nr 19, poz. 331.

⁷ Uzasadnienie do wyroku Sądu Najwyższego z 2 października 2003 r., I PK 453/02, OSNP 2004, nr 19, poz. 331.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2000 r., I PKN 731/00, OSNAPIUS 2002, nr 2, poz. 41.

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 16 marca 1928 r. o umowie o pracę pracowników umysłowych, Dz.U. z 1928 r. nr 35, poz. 323.

4. STATUS PRACOWNIKÓW MŁODOCIANYCH

W obecnym stanie prawnym brak jest wyraźnego zakazu zawierania umów o zakazie działalności konkurencyjnej po ustaniu stosunku pracy z pracownikami młodocianymi. Taka sytuacja miała miejsce ma mocy wskazanego wcześniej rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 16 marca 1928 r. o umowie o pracę pracowników umysłowych, które w art. 10 wyraźnie nakazywało zawieranie takich umów tylko z pracownikami pełnoletnimi, pod sankcją nieważności umowy. Co więcej, rozporządzenie to zabraniało również zawierania takich umów z pracownikami osiągającymi dochód poniżej pewnego poziomu. W doktrynie przez K. Roszewską reprezentowany jest pogląd, że na wyraźny brak przeciwwskazań do zawierania takich umów z młodocianymi wskazuje brzmienie art. 22 § 3 k.p.¹⁰ Nie można podzielić tego stanowiska. Zawarcie takiej umowy przez osobę młodocianą jest niedopuszczalne, gdyż może spowodować dla niej w przyszłości negatywne skutki w sferze osobistej, jak i majątkowej. Należy pamiętać, że umowy z młodocianymi najczęściej są zawierane w celu nabycia przez nie kwalifikacji potrzebnych po późniejszym wykonywaniu zawodu. Są to tak zwane umowy zawierane w celu przygotowania zawodowego, regulowane przez art. 194 i n. k.p. W takim przypadku za rozsądny i logiczny należałoby uznać wymóg uzyskania zgody przedstawiciela ustawowego osoby małoletniej lub konieczność uzyskania potwierdzenia tej czynności przez jej przedstawiciela ustawowego, jak ma to miejsce na gruncie przepisów prawa cywilnego materialnego – art. 17 k.c.¹¹ Dodatkowo zgodnie z art. 200¹ k.p. młodocianego można zatrudnić przy wykonywaniu prac lekkich – prac, które nie powodują zagrożenia dla życia, zdrowia i rozwoju psychofizycznego młodocianego, a także nie utrudniają mu wypełniania obowiązku szkolnego. Już sama definicja prac lekkich wyklucza możliwość zawarcia umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy, ze względu na przesłanki, jakie są sformułowane w art. 101¹ k.p. – prowadzenie działalności konkurencyjnej, świadczenie pracy na rzecz podmiotu konkurencyjnego, a także dostęp do szczególnie ważnych informacji. Należy jednak uznać, że podnoszony problem jest raczej teoretyczny, gdyż trudno wyobrazić sobie sytuację, że pracownik młodociany będzie miał dostęp do szczególnie ważnych informacji.

5. USTANIE UMOWY O ZAKAZIE KONKURENCJI PO USTANIU STOSUNKU PRACY

Kolejnymi rozwiązaniami, które budzą wiele wątpliwości w praktyce, są regulacje dotyczące zakończenia obowiązywania umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy. Użycie w art. 101² § 2 k.p. zwrotu „niewywiązywanie się z obowiązku wypłaty odszkodowania” jest mało czytelne i wprowadza między stronami umowy stan niepewności. Termin „niewywiązywanie się” nie był wcześniej używany ani w Ko-

¹⁰ K. Roszewska, *Klauzula konkurencyjna w Kodeksie pracy po ustaniu stosunku pracy*, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 2, s. 23.

¹¹ Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, do ważności czynności prawnej, przez którą osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych zaciąga zobowiązanie lub rozporządza swoim prawem, potrzebna jest zgoda jej przedstawiciela ustawowego.

deksie pracy, ani w Kodeksie cywilnym. W k.c. zamiast tego sformułowania używany jest termin „wykonanie” lub „niewykonanie zobowiązania” – przykładowo w art. 471, 480, 485. Sąd Najwyższy uznał, że wypłata przez pracodawcę odszkodowania z tytułu zakazu konkurencji po upływie uzgodnionego terminu nie musi być traktowana jako niewykonanie obowiązku, prowadzące do ustania zakazu konkurencji (art. 101² § 2 k.p.), lecz może być oceniona jako nienależyte jego wykonanie (opóźnienie lub zwłoka), powodujące sankcje przewidziane w art. 481 i art. 491 k.c.¹² Konsekwencją takiego stanowiska jest fakt, że nienależyte świadczenie nie powoduje automatycznie ustania zakazu konkurencji. Jednak w literalnym brzmieniu art. 101² § 2 k.p. ustawodawca nie wskazał wprost, że tylko całkowity brak wykonania zobowiązania powoduje ustanie umowy o zakazie konkurencji. Dlatego kontrowersyjne¹³ jest, czy również nienależyte wykonanie zobowiązania przez pracodawcę poprzez zapłatę odszkodowania po ustalonym terminie można uznać za podstawę ustania obowiązywania klauzuli. Niekiedy niewypłacenie w uzgodnionym terminie już pierwszej raty odszkodowania może być zakwalifikowane jako niewykonanie zobowiązania przez pracodawcę i uzasadniać ustanie zakazu konkurencji. Innym razem uchybienie terminowi przy wypłacie każdej z kolejnych rat nie będzie świadczyło o niewywiązywaniu się pracodawcy z jego obowiązku (niewykonaniu go). Należy stąd wnosić, że o momencie ustania obowiązku pracownika powstrzymania się od działalności konkurencyjnej decydować będą okoliczności każdego konkretnego przypadku¹⁴.

Zgodnie z art. 101² § 2 k.p. zakaz konkurencji przestaje obowiązywać przed upływem terminu, na jaki została zawarta umowa, w razie ustania przyczyn uzasadniających taki zakaz. Obejmuje to sytuacje, gdy informacja utraciła status szczególnej ważności, a zatem jej upowszechnienie nie może już narazić pracodawcy na szkodę. Może się to np. wiązać z utratą poufnego charakteru informacji, postępowaniem technicznym lub organizacyjnym dezaktualizującym wiedzę w danej dziedzinie¹⁵. Interpretacja tego przepisu budzi pewne wątpliwości. Otóż ustawodawca nie wskazał, do kogo należy decyzja o tym, czy przyczyny uzasadniające zakaz faktycznie ustały oraz od którego momentu następuje zwolnienie pracownika z jego przestrzegania. W doktrynie nie ma co do tego zgodności i reprezentowane są różne poglądy na ten temat. Jeden z nich głosi, że zwolnienie pracownika następuje z mocy prawa, czyli ani pracodawca, ani pracownik nie muszą składać w tym zakresie żadnych dodatkowych oświadczeń woli¹⁶. Jednakże przyjęcie takiego założenia rodziłoby wiele trudności i nieścisłości w praktyce, przez co trudno przyznać mu przymiot prawidłowego. Z. Salwa¹⁷ proponuje inne rozwiązanie i stoi na stanowisku, że do zwolnienia z zakazu konkurencji nie dochodzi z mocy prawa. Wymagane jest oświadczenie woli złożone przez pracodawcę, które jest elementem koniecznym do takiego zwolnienia. To od decyzji pracodawcy zależeć będzie, czy pra-

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 10 października 2003 r., I PK 528/02, OSNP 2004, nr 19, poz. 336.

¹³ J. Czerniak-Swędzioł, *Pracowniczy obowiązek*, s. 266.

¹⁴ Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 października 2003 r., I PK 528/02, OSNP 2004, nr 19, poz. 336.

¹⁵ T. Kuczyński, *Wybrane zagadnienia*, s. 10 i 11.

¹⁶ W. Majewicz, *Zakaz działalności konkurencyjnej wobec pracodawcy*, Biblioteczka Pracownicza, Warszawa 1996, s. 73–74.

¹⁷ Z. Salwa, *Skutki ustania*, s. 22.

cownik jest nadal związany zakazem konkurencji. Cytowany autor uważa, że decyzja pracodawcy o zwolnieniu pracownika z zakazu nie wymaga dla swojej ważności zaaprobowania jej przez pracownika. Zgodnie z art. 101³ k.p. umowa o zakazie działalności konkurencyjnej po ustaniu stosunku pracy ma mieć formę pisemną pod rygorem nieważności, a zatem analogicznie – oświadczenie pracodawcy o zwolnieniu byłego pracownika z klauzuli również powinno mieć taką formę¹⁸. Złożenie przez pracodawcę pisemnego oświadczenia powoduje, że zakaz przestaje wiązać byłego pracownika przed terminem, na jaki została zawarta umowa o zakazie konkurencji z mocy prawa, a więc bez potrzeby przyjęcia go przez drugą stronę¹⁹.

6. SKUTKI PRAWNE ZWOLNIENIA PRACOWNIKA Z ZAKAZU KONKURENCJI

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 101² § 2 k.p. należy zauważyć, że zwolnienie pracownika z zakazu nie oznacza całkowitego wygaśnięcia klauzuli konkurencyjnej, gdyż pracownicze prawo do odszkodowania nadal będzie obowiązywać, a pracodawca będzie zobowiązany do wypłaty całości odszkodowania²⁰. Jednak Z. Salwa²¹ uważa, że zwolnienie pracownika z zakazu powoduje ustanie całego zobowiązania dla stron umowy. Jest to spowodowane dwustronnym charakterem tego stosunku, rodzącym prawa i obowiązki dla obu stron. Zatem jeśli zobowiązanie jednej ze stron ustaje, to odpowiednio nie może być mowy o konieczności wykonania zobowiązania przez drugą. W przypadku wypłaty odszkodowania zastosowanie znalazłaby instytucja świadczenia nienależnego – art. 419 § 2 k.c. w zw. z art. 300 k.p. Tej interpretacji nie aprobuje jednak Sąd Najwyższy, który opowiada się za ściśle literalną wykładnią przepisu art. 101² § 2 k.p., uznając, że ustawodawca celowo użył sformułowania o końcu obowiązywania klauzuli²². Wydaje się, że z wykładnią prezentowaną przez Sąd Najwyższy można polemizować, podnosząc argumenty, że jest ona krzywdząca dla pracodawcy, który mimo zwolnienia swojego byłego pracownika z zakazu konkurencji i umożliwienia mu podjęcia pracy zarobkowej jest nadal zobowiązany do wypłaty mu odszkodowania.

7. ODSZKODOWANIE Z TYTUŁU ZAKAZU KONKURENCJI

Dodatkową nieściśłością regulacji kodeksowej jest pozostawienie stronom nieskrępowanej swobody w określeniu terminu wypłaty odszkodowania. Od stron umowy zależy, czy będzie ono wypłacane z dołu, czy z góry. Brak regulacji ustawowej tego zagadnienia jest niezrozumiały, gdyż ma ono istotne znaczenie dla oceny, czy pracodawca wywiązuje

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, s. 23.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 listopada 1999 r., I PKN 358/99, OSNAPiUS 2001, nr 7, poz. 217; wyrok Sądu Najwyższego z 14 maja 1998 r., I PKN 121/98, OSNAPiUS 1999, nr 10, poz. 342.

²¹ Z. Salwa, *Skutki ustania*, s. 22 i 23.

²² Wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 2002 r., I PKN 873/00, OSNP 2004, nr 4, poz. 59 oraz wyrok z 17 listopada 1999 r., I PKN 358/99, OSNAPiUS 2001, nr 7, poz. 217.

się, czy też nie wywiązuje się z obowiązku jego wypłaty. Biorąc pod uwagę funkcję odszkodowania, jaką jest rekompensata utraconych możliwości zarobkowych, w doktrynie pojawił się pogląd, że powinno być ono wypłacane z dołu²³. Należy opowiedzieć się za prawidłowością tego stanowiska, jako chroniącego interesy byłego pracownika.

Zgodnie z uregulowaniem ustawowym odszkodowanie ma mieć wysokość nie niższą niż 25% wynagrodzenia pracownika „otrzymywanego” przed zakończeniem stosunku pracy. Gwarantowany przez ustawodawcę poziom odszkodowania w wysokości 25% otrzymanego wynagrodzenia dotyczy „rzeczywistej” wypłaty, jaką pracownik otrzymał. A zatem „wynagrodzenie” w rozumieniu art. 101² § 3 k.p. obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia wypłacone w okresie zatrudnienia, który odpowiada okresowi trwania zakazu. Konsekwencją tego jest konieczność zwiększenia odszkodowania przysługującego byłemu pracownikowi w przypadku wypłaty mu tak zwanych ubocznych składników wynagrodzenia – prowizji, tantiem²⁴, a także premii czy nagród. Dodatkowo użycie przez ustawodawcę sformułowania „otrzymane” nie jest precyzyjne, co zostało również podniesione w doktrynie²⁵. Pamiętać należy, że wynagrodzenie otrzymane przez pracownika nie zawsze będzie odpowiadać wynagrodzeniu, które strony ustaliły ze sobą w umowie o pracę. Zgodnie z literalną wykładnią przy ustalaniu wysokości należnego pracownikowi odszkodowania należy brać pod uwagę tylko kwoty faktycznie wypłacone przez pracodawcę.

K. Roszewska²⁶ wskazuje, że do składników wynagrodzenia wypłaconego pracownikowi należy zaliczyć wszystkie kwoty potrącone na mocy tytułów wykonawczych, ze względu na to, że są to kwoty należne pracownikowi, a ich potrącenie jest tylko egzekucją wierzytelności przez wierzyciela. Jednak kwoty potrącone jako kary porządkowe mające na celu zdyscyplinowanie pracownika nie podlegałyby już takiemu zaliczeniu. Literalna wykładnia tego artykułu skłania ku pogładowi, że obliczając dolną granicę wysokości odszkodowania, nie uwzględnia się niewypłaconych przed ustaniem stosunku pracy składników wynagrodzenia, nawet w przypadku umyślnego zaniechania pracodawcy. Dlatego J. Stencel²⁷ uważa, że obliczanie odszkodowania powinno opierać się przede wszystkim na kwocie wynagrodzenia umówionego, a zatem cytowana autorka proponuje zastosowanie w tym przypadku wykładni funkcjonalnej. Taka interpretacja wydaje się uzasadniona ze względu na ochronny charakter norm prawa pracy, które przede wszystkim powinny chronić pracownika, a nie „premiować” umyślne zachowanie pracodawcy mające na celu obniżenie kwoty należnego pracownikowi odszkodowania.

Kolejną słabością komentowanego przepisu jest formuła, która procentowy wskaźnik wysokości odszkodowania odnosi do okresu odpowiadającego okresowi zakazu konkurencji. Oznacza to, że w przypadku, w którym zakaz konkurencji będzie dłuższy niż czas trwania umowy o pracę, pojawią się kolejne wątpliwości interpretacyjne. W takiej sytuacji można przyjąć, że ustawowa gwarancja wysokości odszkodowania odniesiona będzie do bardzo nieznacznej kwoty otrzymanego przez pracownika wynagrodzenia,

²³ A. Sobczyk, (w:) B. Wagner (red.), *Kodeks pracy 2011. Komentarz*, Gdańsk 2011, s. 605.

²⁴ B. Wagner, (w:) T. Zieliński (red), *Kodeks pracy*, Warszawa 2001, s. 458.

²⁵ A. Sobczyk, A. Śniegowska, *Jak zapewnić sobie lojalność pracownika*, www.rp.pl/temat/221338.html

²⁶ K. Roszewska, *Klauzula konkurencyjna*, s. 26.

²⁷ J. Stencel, *Zakaz konkurencji*, s. 309.

albo można próbować wskazywać inne rozwiązanie tej niejasności. Mianowicie w przypadku gdy strony umowy ustalą, że były pracownik powstrzyma się od prowadzenia działalności konkurencyjnej przez 15 miesięcy po ustaniu stosunku pracy, podstawą do obliczania wysokości należnego odszkodowania będzie zapłata otrzymana przez pracownika w ostatnich 15 miesiącach. Taka interpretacja nie budzi żadnych wątpliwości. Kiedy natomiast okres obowiązywania klauzuli konkurencyjnej będzie dłuższy od okresu zatrudnienia, pojawiają się wątpliwości co do podstawy obliczenia należnego pracownikowi odszkodowania. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego²⁸: „Krótki okres zatrudnienia i wypowiedzenie umowy o pracę przez pracownika, którego z pracodawcą wiąże klauzula konkurencyjna (art. 101² § 1 k.p.), nie stanowi przyczyny ustania obowiązywania zakazu konkurencji przed upływem umówionego terminu (art. 101² § 2 k.p.)”. Z tego orzeczenia wynika, że istnieje możliwość związania się klauzulą konkurencyjną na okres dłuższy niż czas zatrudnienia. W związku z powyższym rodzi się pytanie, jak w takim przypadku obliczyć kwotę należnego pracownikowi odszkodowania. Przepisy ustawy takiej sytuacji nie przewidują. Pewną wskazówką w takim przypadku może być orzeczenie Sądu Najwyższego²⁹, który uznał, że: „Minimalna kwota odszkodowania z art. 101² § 3 k.p. nie może być niższa niż 25% wynagrodzenia pracownika otrzymanego za cały okres zatrudnienia, nie więcej jednak niż za okres równy okresowi trwania zakazu konkurencji”³⁰.

Wydaje się, że tak ważny element, jakim jest sposób określenia wysokości odszkodowania, powinien być precyzyjnie uregulowany przez ustawodawcę. Powyżej przedstawione wątpliwości wskazują, że teza o konieczności uregulowania tej luki jest uzasadniona. Funkcją odszkodowania jest zapewnienie byłemu pracownikowi środków zastępujących wynagrodzenie, dlatego nie powinno być żadnych wątpliwości co do sposobu obliczania jego wysokości.

Co więcej, należy uznać, że ustawodawca ustalił poziom odszkodowania wypłacanego pracownikom na zbyt niskim pułapie. Na poparcie tej tezy należy przytoczyć brzmienie wcześniej obowiązującego rozporządzenia z 1928 r., w którym przewidziano, że odszkodowanie nie może być niższe niż połowa wynagrodzenia pobieranego w czasie trwania stosunku pracy.

8. KARA UMOWNA

Kolejnym zagadnieniem, na które należy zwrócić uwagę, jest dopuszczenie stosowania kary umownej. „W umowie o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej na rzecz byłego pracodawcy w razie niewykonania lub nienależytego wykonania przez byłego pracownika obowiązku powstrzymywania się od działalności konkurencyjnej (art. 483 k.c. w zw. z art. 300 k.p.)”³¹. Instytucja kary umownej jest uregulowana w art. 483–484 k.c. Strony postanawiają,

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2000 r., I PKN 731/00, OSNAPiUS 2002, nr 2, poz. 41.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 marca 2001 r., I PKN 315/00, OSNAPiUS 2002, nr 24, poz. 596.

³⁰ Szerzej na ten temat J. Czerniak-Swędziol, *Pracowniczy obowiązek*, s. 245.

³¹ Wyroki Sądu Najwyższego: z 10 października 2003 r., I PK 528/02, OSNP 2004, nr 19, poz. 336; z 5 kwietnia 2005 r., I PK 196/04, OSNP 2005, nr 22, poz. 354; z 1 kwietnia 2008 r., I PK 183/07, M.P.Pr. 2008, nr 8, poz. 421.

że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (i co należy podkreślić – tylko takiego) nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Dopuszczalność stosowania kary umownej wynika z faktu, że w przypadku klauzuli konkurencyjnej po ustaniu stosunku pracy nie mają zastosowania przepisy Kodeksu pracy dotyczące zasad odpowiedzialności materialnej, która kary umownej w stosunkach pracy nie dopuszcza. Artykuł 101¹ § 2 k.p. wprowadza odpowiedzialność na zasadzie art. 114 i n. k.p. wyłącznie w odniesieniu do umowy o zakazie konkurencji w czasie trwania stosunku pracy.

Umowne zastrzeżenie kary jest korzystne dla pracodawcy ze względu na ułatwienia dowodowe z tym związane. Rozwiązanie to znacznie ułatwia dochodzenie odszkodowania bez potrzeby przeprowadzania skomplikowanego procesu sądowego.

9. PODSUMOWANIE

Ilość przedstawionych w niniejszym artykule wątpliwości pojawiających się na tle interpretacji art. 101² k.p. uzasadnia twierdzenie, że wprowadzenie bardziej precyzyjnych zapisów w Kodeksie pracy byłoby pożądane. Wskazuje na to nie tylko brak jednolitych poglądów w doktrynie na wiele kluczowych kwestii, ale także bardzo bogate orzecznictwo, które nie ułatwia stosowania tej instytucji w praktyce. Takie niejasne sformułowanie przepisów ma negatywny, jak się wydaje, wpływ na powszechny odbiór tej regulacji. Można przyjąć, szczególnie w odniesieniu do małych zakładów pracy, że brak precyzji ustawodawcy powoduje niechęć do zawierania takich umów. Mniejsi przedsiębiorcy boją się zawierać klauzule konkurencyjne mimo często istniejącej potrzeby ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to ze skomplikowanych i niejasnych przepisów, które w wielu przypadkach powodować będą konieczność zaangażowania profesjonalnego pełnomocnika.

Popularność i częstotliwość zastosowania umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy w praktyce nakazuje uznać tę umowę za odpowiadającą zapotrzebowaniom rynku pracy i gospodarki rynkowej. Co więcej, przyznać należy, że jej wprowadzenie przez ustawodawcę do Kodeksu pracy było słuszną prognozą oczekiwań rynku pracy. Jednakże liczba sporów toczonych w doktrynie na temat kształtu tej instytucji i brak klarowności przepisów ustawy powodują, że klauzulę tę należy uznać za instytucję w dalszym ciągu rozwijającą się.

Summary

Paulina Walorska

DOUBTS CONCERNING THE INTERPRETATION
OF NON-COMPETITION AGREEMENT AFTER TERMINATION
OF AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

This article aims to summarize the effects of non-competition agreement after termination of an employment relationship. The basis of the considerations are the extensive

judicial decisions and the divergent views of the doctrine of labor law. The authors intention is to identify the advantages and weaknesses of this institution analyzed in relation to 15 – year anniversary of its duration. Author posted a recommendation to the legislature for more precise provisions in this matter and form the proposals for amendments in such legislation.

KEY WORDS: non-competition agreement after termination of an employment relationship, labor law, employment relationship, employment, privilege

POJĘCIA KLUCZOWE: umowa o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy, prawo pracy, stosunek pracy, zatrudnienie, uprawnienie

PODATKOWA HIPOTEKA PRZYMUSOWA – UWAGI KRYTYCZNE NA TEMAT KONSTITUCYJNOŚCI ART. 70 § 8 ORDYNACJI PODATKOWEJ

1. WPROWADZENIE

Hipoteka stanowi jeden z najczęściej stosowanych środków zabezpieczenia wierzytelności na nieruchomości. W literaturze historycznoprawnej wskazuje się, że początków tej instytucji należy doszukiwać się już w starożytnej Grecji, gdzie funkcjonowała jako rodzaj zastawu na rzeczach nieruchomości; dopiero przez Egipt okresu XXX dynastii została ona recypowana do prawa rzymskiego, gdzie funkcjonowała pod nazwami *pignus conventum* oraz – od okresu klasycznego – *hypotheca*¹.

Współcześnie istotą hipoteki jest ustanowienie na rzecz wierzyciela ograniczonego prawa rzeczowego na nieruchomości (zob. art. 244 k.c.), które daje możliwość zaspokojenia swej wierzytelności przez przymusową sprzedaż lub przymusowy zarząd tej nieruchomości, nawet w przypadku zmiany jej właściciela i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi każdorazowego jej właściciela.

Obowiązujące polskie regulacje prawne w przedmiocie hipoteki zostały zawarte przede wszystkim w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece². Jej art. 65 ust. 1 definiuje tę instytucję jako prawo obciążające: (1) nieruchomość, (2) użytkowanie wieczyste z budynkami i urządzeniami na użytkowanym gruncie stanowiącym własność użytkownika wieczystego, (3) spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, (4) wierzytelność zabezpieczoną hipoteką, (5) część ułamkową nieruchomości, jeżeli stanowi udział współwłaściciela, a także przysługujący współuprawnionemu udział we wspólności praw określonych w punktach (2) i (3)³. Instytucję hipoteki w prawie polskim charakteryzują zasady szczególności, pierwszeństwa, jawności, akcesoryjności i niepodzielności⁴. W odróżnieniu od innych zabezpieczeń rzeczowych, hipoteka (mająca swe źródło w ustawie) ma charakter prawa bezwzględnego, skutecznego *erga omnes*⁵, co sprawia, że jako prawo zastawnicze zapewnia ona dość stabilne dla obrotu

¹ Zob. M. Zabłocka, (w:) W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 3, Warszawa 2001, s. 162.

² Dz.U. z 2001 r. nr 124, poz. 1361 ze zm. (dalej: u.k.w.h.).

³ *De lege lata* przyjmuje się podział hipotek ze względu na sposób ich powstania na: (1) hipotekę umowną (ustanawianą na podstawie umowy i konstytutywnego wpisu do księgi wieczystej), (2) hipotekę kaucyjną (mogącą być umowną, jak i przymusową), (3) hipotekę zwykłą (zabezpieczającą ściśle oznaczoną wierzytelność), (4) hipotekę łączną (ustanawianą wskutek podziału nieruchomości obciążonej hipoteką), (5) subintabulat (ustanawiany na wierzytelności hipotecznej zabezpieczonej hipoteką), (6) hipotekę generalną (obciążającą wszystkie nieruchomości i prawa przysługujące podatnikowi), a także (7) hipotekę przymusową (ustanawianą wskutek wniosku wierzyciela o charakterze publicznoprawnym, tj. Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego).

⁴ S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenia wierzytelności*, Warszawa 2008, s. 15–16.

⁵ Por. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 263 i n.

prawnego zabezpieczenie wiarygodności, niezależne od zmian podmiotowych (w tym zmian właściciela obciążonej rzeczy) i powstawania następnie dalszych praw, których istnienie wpływać może na wypłacalność dłużnika⁶.

Hipoteka ustanawiana jest w przypadkach przewidzianych w u.k.w.h., ale także na mocy przepisów szczególnych. Do tych ostatnich zalicza się art. 35 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁷, na podstawie którego powstaje podatkowa hipoteka przymusowa przewidziana w art. 34 § 1 tej ustawy. Skarbowi Państwa oraz jednostkom samorządu terytorialnego przysługuje bowiem hipoteka na wszystkich nieruchomościach podatnika, płatnika, inkasenta, następcy prawnego lub osób trzecich z tytułu zobowiązań podatkowych powstałych w sposób przewidziany w art. 21 § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej (dotyczy decyzji ustalających, wydawanych np. w podatku od nieruchomości), a także z tytułu zaległości podatkowych w podatkach stanowiących ich dochód oraz odsetek za zwłokę od tych zaległości (art. 34 § 1 Ordynacji podatkowej). Przedmiotem hipoteki przymusowej może być nie tylko cała nieruchomość, lecz również m.in. udział we współwłasności, użytkowanie wieczyste lub wiarygodność zabezpieczona hipoteką (art. 34 § 3 i 4 Ordynacji podatkowej). Oznaczona kwotowo hipoteka przymusowa jako zabezpieczenie roszczeń osób trzecich jest skuteczna wobec każdorazowego właściciela nieruchomości, w tym również tego uzyskującego nieruchomość w drodze spadkobrania⁸. Podstawą dokonania wpisu hipoteki przymusowej może być doręczona decyzja określająca wysokość zobowiązania podatkowego (art. 35 § 2 pkt 1 lit. b Ordynacji podatkowej). Przed wydaniem takiej decyzji organ podatkowy musi mieć jednak informacje o posiadanych przez podatnika nieruchomościach, które mogą być przedmiotem hipoteki przymusowej. Organ takie informacje uzyskuje od samego podatnika, wzywając go do złożenia stosownego oświadczenia w trybie art. 39 Ordynacji podatkowej⁹.

⁶ Szerzej: *System prawa prywatnego*, t. 4: *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2007, s. 670 i n.

⁷ Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm. (dalej: Ordynacja podatkowa lub Ordynacja).

⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 23 stycznia 2008 r., III SA/Wa 2061/07 (niepubl.).

⁹ Na marginesie wskazać należy, że podatnik nie ma obowiązku wyjawiać organowi podatkowemu, z jakich składników składa się jego majątek. Niewątpliwie naruszeniem art. 39 § 2 Ordynacji podatkowej jest powołanie się przez organ podatkowy (np. w uzasadnieniu postanowienia o nadaniu decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności) na niewskazanie składników majątkowych przez podatnika. Zgodnie z art. 39 § 2 Ordynacji podatkowej strona lub kontrolowany mogą odmówić złożenia oświadczenia o posiadanych składnikach majątkowych, prawo do odmowy oświadczenia zostało bowiem wprowadzone do Ordynacji podatkowej z dniem 1 stycznia 2009 r. Skorzystanie z tego prawa nie może być oceniane negatywnie przez organ podatkowy. Przepis ten wprowadzono z uwagi na fakt, że na etapie inicjatywy dowodowej należącej do organu podatkowego, tj. w pierwszej fazie postępowania dowodowego, organ podatkowy bardzo często żąda od podatnika oświadczenia o stanie majątkowym. Na tym tle powstawało wiele wątpliwości, gdyż **wzywaniem do wyjawienia majątku następowało zbyt wcześnie w okolicznościach**, w których: (1) sytuacja majątkowa podatnika nie budziła wątpliwości, (2) podatnik nie ukrywał składników swojego majątku, (3) podatnik nie był postawiony w stan upadłości, (4) podatnik nie ukrywał się przed organami ścigania, (5) miejsce pobytu podatnika było znane organowi prowadzącemu postępowanie. Taki stan rzeczy dowodził, że organ podatkowy nie prowadził postępowania w sposób budzący zaufanie podatnika/kontrolowanego. **Żądając dowodów wyłącznie na poparcie własnych tez, organ podatkowy narusza zasadę działania w sposób budzący zaufanie do prowadzącego postępowanie**. Jak podkreśla się w doktrynie, ustawodawca nieprzypadkowo zawarł regułę zaufania podatnika do prowadzącego postępowanie podatkowe organu, jako drugą z kolei w Ordynacji podatkowej, zaraz za zasadą legalizmu i praworządności. „Należy sądzić, iż w ten właśnie sposób chciano zwrócić uwagę na takie wartości, jak sprawiedliwość, równość podmiotów oraz poszanowanie reguł zachowań międzyludzkich” (C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, P. Pietrasz, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 495). Niewątpliwie reguły zachowań międzyludzkich wykluczają insynuację organów

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie problemów prawnych, które w związku z ustanowieniem podatkowej hipoteki przymusowej w trybie wspomnianego art. 34 § 1 Ordynacji podatkowej pojawiają się za sprawą art. 70 § 8 Ordynacji. Aktualna redakcja tego ostatniego przepisu stanowi bowiem: „Nie ulegają przedawnieniu zobowiązania podatkowe zabezpieczone hipoteką lub zastawem skarbowym, jednakże po upływie terminu przedawnienia zobowiązania te mogą być egzekwowane tylko z przedmiotu hipoteki lub zastawu”.

2. ZASADA PRZEDAWNIEŃ ROSZCZEŃ (WIERZYTELNOŚCI) PODATKOWYCH A USTANOWIENIE HIPOTEKI PRZYMUSOWEJ

Instytucja przedawnienia dotyczy roszczeń majątkowych. „Istotny sens przedawnienia polega na tym, że po upływie określonego w ustawie terminu, ten przeciwko komu kieruje się roszczenie (dłużnik), może uchylić się od jego zaspokojenia (art. 117 § 2 k.c.)”¹⁰. Przedawnienie obejmuje – co do zasady – wszystkie roszczenia, również te publicznoprawne. W zakresie roszczeń podatkowych w sposób szczególnie zostały uregulowane zasady przedawnienia zobowiązań podatkowych. Kompleksowe unormowanie w tym zakresie zawiera Ordynacja podatkowa.

Przedawnienie zobowiązań podatkowych oznacza, że po upływie określonego czasu podatnik *ex lege* zostaje zwolniony z obowiązku ich zapłaty wraz z naliczonymi od nich odsetkami za zwłokę. Wskutek przedawnienia wygasa bowiem zobowiązanie podatkowe – zarówno to „księgowane” na rzecz Skarbu Państwa, jak i to na rzecz jednostki samorządu terytorialnego (art. 59 § 1 pkt 9 Ordynacji podatkowej). Przedawnienie stanowi *sui generis* sankcję dla wierzycieli za niedopilnowanie swoich spraw. Jest również gwarancją dla dłużników, że upływ czasu ma wpływ na wyeliminowanie ich zadłużenia. W odróżnieniu od prawa cywilnego, w prawie podatkowym przedawnienie zobowiązania podatkowego pociąga za sobą przedawnienie odsetek od tego zobowiązania¹¹. W prawie cywilnym odsetki, jako świadczenia o charakterze okresowym, przedawniają się bowiem z upływem lat trzech (art. 118 k.c.), i to nawet gdy wierzytelność główna uległa wcześniej przedawnieniu lub została umorzona¹².

podatkowych na wstępnym etapie kontroli podatkowej, czy nawet na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, w sytuacji gdy podatnik ma istotne zarzuty prawnomaterialne do merytorycznego rozstrzygnięcia organu.

Należy również podkreślić, że wydaje się być powszechnie przyjętą zasadą prowadzonych postępowań podatkowych, iż „organ skarbowy jest zobligowany zasadą prawdy obiektywnej i nie ma możliwości zbierania dowodów tylko na poparcie własnych tez” (I. Krawczyk, *Ciążar dowodu w postępowaniu dotyczącym nieujawnionych źródeł przychodu (cz. II)*, „Prawo i Podatki” 2008, nr 8). Dopiero bowiem zebranie wszystkich dokumentów będących w posiadaniu organów państwa, a przede wszystkim uzasadnione przypuszczenie, że kontrolowany będący np. osobą fizyczną nie ujawnił wszystkich obrotów lub przychodów mających znaczenie dla określenia lub ustalenia wysokości zobowiązania podatkowego, jest podstawą do wezwania kontrolowanego do wyjawienia składników majątku. „Z pewnością nie może być tak, że zobowiązanie do złożenia oświadczenia majątkowego jest pierwszą czynnością podejmowaną przez organ i w rzeczywistości zmusza podatnika do składania zeznań, które go obciążają. Takie bowiem działanie organu narusza konstytucyjne prawo do obrony” (*ibidem*).

¹⁰ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2005, s. 349.

¹¹ Por. wyrok WSA w Krakowie z 11 marca 2008 r., I SA/Kr 1015/07 (niepubl.).

¹² Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 5, Warszawa 2005, s. 78.

Co do zasady zobowiązania podatkowe przedawniają się z upływem pięciu lat, licząc od końca roku podatkowego, w którym upłynął termin płatności podatku (art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej). W podatkach „samoobliczalnych”¹³ regułą jest, że termin płatności upływa wraz z terminem złożenia deklaracji podatkowej lub zeznania podatkowego. Tytułem przykładu: w podatku dochodowym od osób fizycznych termin ten upływa wraz z dniem 30 kwietnia następnego roku podatkowego po roku podatkowym, którego dotyczy zeznanie, co oznacza, że pięcioletni okres liczy się od końca tego następnego roku. Istnienie instytucji przedawnienia jest naturalną reakcją ustawodawcy zmierzającą do motywowania niepilnujących swoich interesów wierzycieli, aby w odpowiednim terminie upominali się o swoje prawa. Każde zobowiązanie powinno mieć swój okres obowiązywania, po upływie którego – mimo braku zapłaty – wygasa. Wyjątkiem od tej zasady są w polskim prawie zobowiązania podatkowe zabezpieczone hipoteką przymusową lub zastawem skarbowym. **Te zobowiązania nie przedawniają się nigdy. Ich hipoteczne wygaśnięcie wskutek zapłaty nie ma bowiem wpływu na przedawnienie**¹⁴. „Zobowiązania te po upływie terminu przedawnienia mogą być egzekwowane tylko z przedmiotu hipoteki lub zastawu. Skutku takiego nie wywołuje dokonanie zabezpieczenia zobowiązań podatkowych w trybie art. 33d Ordynacji podatkowej. Jak się wydaje, wynika to z przeoczenia ustawodawcy”¹⁵.

Artykuł 70 § 8 Ordynacji podatkowej dotyczy wyłącznie instytucji przedawnienia zobowiązań podatkowych zabezpieczonych hipoteką przymusową lub zastawem skarbowym. Norma ta nie ma wpływu na terminy załatwiania spraw w postępowaniu podatkowym, tzn. nie odracza ich i nie jest środkiem ochrony prawnej w przypadku uchybienia organu tym terminom¹⁶. Jak wspomnieliśmy na wstępie, nie ulegają przedawnieniu zobowiązania podatkowe zabezpieczone hipoteką przymusową lub zastawem skarbowym¹⁷. Egzekwować należność po upływie standardowego okresu przedawnienia zobowiązania podatkowego, które dodatkowo zostało zabezpieczone w wyżej wymieniony sposób, można jedynie z przedmiotu zabezpieczenia¹⁸. Należy przy tym pamiętać, że nie można zabezpieczyć zobowiązania podatkowego, które wygasło¹⁹, a wygaśnięcie zobowiązania podatkowego wyłącza możliwość egzekwowania należności z przedmiotu zabezpieczenia. Wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na skutek ziszczenia się którejś z przesłanek określonych w art. 59 § 1 Ordynacji podatkowej może nastąpić tylko jeden raz²⁰. O tym, czy zobowiązanie podatkowe nie ulegnie

¹³ Są to podatki, których wysokość zobowiązania podatkowego deklaruje podatnik. Do momentu zakwestionowania przez organ podatkowy obliczenia dokonane przez podatnika, tj. do momentu wydania decyzji wymiarowej (określającej wysokość zobowiązania podatkowego inną niż zadeklarowana), przyjmuje się domniemanie prawdziwości deklaracji podatkowej.

¹⁴ Por. H. Dzwonkowski, A. Huchla, C. Kosikowski, *Ustawa – Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2003, *passim*.

¹⁵ R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa*, wyd. 3, Warszawa 2009.

¹⁶ Por. wyrok NSA z 25 marca 2009 r., II FSK 1309/08 (niepubl.).

¹⁷ Por. wyrok NSA z 13 kwietnia 2010 r., I GSK 1025/09 (niepubl.).

¹⁸ Por. wyrok WSA w Lublinie z 20 marca 2009 r., I SA/Lu 566/08 (niepubl.).

¹⁹ Por. wyroki NSA z 3 lipca 2003 r., I SA/Bd 1653/03 (niepubl.) oraz 7 marca 2003 r., I SA/Łd 478/01 (niepubl.).

²⁰ Wyrok NSA z 19 lutego 2009 r., I FSK 1731/08 (niepubl.).

przedawnieniu, zadecyduje moment złożenia wniosku o dokonanie wpisu hipoteki przymusowej, a nie moment dokonania samego wpisu. Fakt, że zobowiązanie podatkowe przedawniłoby się już w momencie dokonania wpisu, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności ustanowienia hipoteki przymusowej w świetle art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej²¹.

Wpisu hipoteki do księgi wieczystej dokonuje sąd rejonowy (wydział ksiąg wieczystych) na wniosek wierzyciela (tj. Skarbu Państwa działającego poprzez organy podatkowe). Wierzyciel, którego wierzytelność jest stwierdzona tytułem wykonawczym, określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym, może na podstawie tego tytułu uzyskać hipotekę na wszystkich nieruchomościach dłużnika (art. 109 ust. 1 u.k.w.h.). Tytuł wykonawczy jest podstawą wszczęcia postępowania egzekucyjnego w administracji. W przypadku zobowiązań podatkowych organem egzekucyjnym jest sam wierzyciel, który wystawia tytuł wykonawczy. Tytuł wykonawczy wystawia się na urzędowym formularzu określonym w rozporządzeniu; **nie jest on jednak decyzją administracyjną, lecz jedynie upoważnieniem do przeprowadzenia egzekucji**²². Podstawą wystawienia tytułu wykonawczego może być m.in. decyzja wymiarowa lub deklaracja VAT-7 składana za miesięczne okresy rozliczeniowe w podatku od towarów i usług. Hipotekę przymusową można uzyskać także na podstawie postanowienia sądu o udzieleniu zabezpieczenia, postanowienia prokuratora, na mocy przepisów szczególnych na podstawie decyzji administracyjnej, chociażby decyzja nie była ostateczna, albo **zarządzenia zabezpieczenia** dokonanego na podstawie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Wpisanie hipoteki przymusowej do księgi wieczystej wymaga zastosowania instrumentów prawnych przewidzianych w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji²³, którymi są m.in. tytuł wykonawczy czy zarządzenie zabezpieczenia. Ustawa o egzekucji w administracji przewiduje dwa rodzaje zajęcia majątku dłużnika (podatnika): zajęcie zabezpieczające oraz zajęcie egzekucyjne. Zajęcie zabezpieczające wiązać się może np. z brakiem płynności finansowej zobowiązanego lub nieujawnieniem majątku poprzez oświadczenie składane w trybie art. 39 Ordynacji podatkowej (na wezwanie organu podatkowego). Zgodnie z art. 154 § 4 pkt 1 ustawy o egzekucji w administracji zajęcie zabezpieczające przekształca się w zajęcie egzekucyjne z dniem wystawienia tytułu wykonawczego, pod warunkiem że nastąpiło nie później niż przed upływem 2 miesięcy od dnia doręczenia ostatecznej decyzji lub innego orzeczenia podlegającego wykonaniu w sprawie, w której dokonano zabezpieczenia, bądź doręczenia postanowienia o nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności. Artykuł 70 § 8 Ordynacji podatkowej nie uzależnia nieprzedawnienia się zobowiązania podatkowego od tego, czy ustanowienie hipoteki nastąpiło wskutek zajęcia egzekucyjnego, czy też zajęcia zabezpieczającego²⁴. **Dla skuteczności zabezpieczenia zobowiązania podatkowego hipoteką przymusową istotny jest wpis w księdze wieczystej. Bez znaczenia pozostaje natomiast okoliczność, że decyzja o zabezpieczeniu wygasła (art. 33a § 1 pkt 2 Ordynacji podatkowej), a zajęcie zabezpieczające nie przekształciło się w zajęcie egzekucyjne**²⁵.

²¹ Por. wyrok WSA w Poznaniu z 17 kwietnia 2008 r., I SA. Po 22/08 (niepubl.).

²² Por. wyrok NSA z 25 października 1996 r., I SAB/Wr 1/96 (niepubl.).

²³ Dz.U. z 2005 r. nr 229, poz. 1954 ze zm. (dalej: ustawa o egzekucji w administracji).

²⁴ Por. wyrok WSA w Lublinie z 5 listopada 2004 r., I SA/Lu 228/04 (niepubl.).

²⁵ Por. wyrok NSA z 19 października 2006 r., II FSK 1003/06 (niepubl.).

3. OCENA KONSTYTUCYJNOŚCI ART. 70 § 8 ORDYNACJI PODATKOWEJ

Artykuł 84 w związku z art. 217 Konstytucji nakłada na osoby fizyczne i prawne obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie. Egzekwowanie realizacji tego konstytucyjnego obowiązku jest zadaniem urzędów skarbowych²⁶. Jednocześnie wskazać należy, że wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i do stanowionego przez nie prawa, określana także jako zasada lojalności państwa wobec jednostki, nakazuje upoważnionym do tego organom władzy publicznej takie stanowienie i stosowanie prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla jednostki²⁷. Tym samym władztwo finansowe państwa w zakresie nakładania obowiązku ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, a tym bardziej ich egzekwowania, nie stanowi *ius infinitum*. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „nałożenie opartego na art. 84 Konstytucji obowiązku świadczeń podatkowych oznacza ingerencję w prawo dysponowania środkami pieniężnymi należącymi do majątku osoby obciążonej tym obowiązkiem, w szczególnych wypadkach prowadząc nawet do umniejszenia substancji tego majątku. W wyniku przymusowej egzekucji należnych świadczeń podatkowych może dojść do utraty własności rzeczy i innych praw majątkowych”²⁸. Dlatego też „przepisy regulujące problematykę danin publicznych muszą być zgodne z całokształtem obowiązujących norm i zasad konstytucyjnych, nie mogą prowadzić do naruszenia wartości objętych ochroną konstytucyjną”²⁹. Ingerencja ustawodawcy w prawa majątkowe powinna zatem być rozpatrywana „w kategoriach relacji między obowiązkami konstytucyjnymi z jednej strony i ochroną konstytucyjnych wartości z drugiej strony”³⁰.

W prawie daninowym funkcja przedawnienia „przejawia się w potrzebie likwidacji niepożądanego zjawiska, jakim jest kolizja pomiędzy treścią stosunku prawnego a utrzymującym się przez dłuższy czas stanem faktycznym. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, w której przez dziesięciolecia obywatel pozostawać będzie w niepewności co do przysługującego mu prawa lub dotyczącego obowiązku”³¹. Przyjęcie zaś przez ustawodawcę w art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej mechanizmu, który wyłącza bieg przedawnienia – naszym zdaniem – powoduje zróżnicowanie prawne jednostek (podatników) posiadających wspólną cechę istotną³² wyłącznie na podstawie kryterium w postaci ustanowienia hipoteki przymusowej. To zaś przekładać się może na obejście ograniczeń czasowych trwania postępowania kontrolnego prowadzonego przez organ podatkowy w celu wydania decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego. Ponadto wyłączenie przedawnienia zobowiązania podatkowego tylko w stosunku do

²⁶ Por. wyrok TK z 11 kwietnia 2000 r., K 15/98 (OTK ZU 2000, nr 3, poz. 86).

²⁷ Por. wyrok TK z 7 lutego 2001 r., K 27/00 (OTK ZU 2001, nr 2, poz. 29); zob. też S. Wronkowska, *Jednostka a władza prawodawcza. Przyczynek do dyskusji*, (w:) *O prawach człowieka w podwójną rocznicę Paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, red. C. Mik, T. Jasudowicz, Toruń 1996, s. 85.

²⁸ Wyrok TK z 11 grudnia 2001 r., SK 16/00 (OTK ZU 2001, nr 8, poz. 257).

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Orzeczenie TK z 29 maja 1996 r., K 22/95 (OTK ZU 1996, nr 3, poz. 21).

³¹ Wyrok WSA w Białymstoku z 7 stycznia 2009 r., I SA/Bk 509/08 (niepubl.).

³² Bycie użytkownikami wieczystymi lub właścicielami nieruchomości, na których prawach i rzeczach może zostać ustanowiona hipoteka przymusowa, jako sposób wykonania decyzji o zabezpieczeniu wydanej w trakcie toczącego się postępowania kontrolnego przed organem kontroli skarbowej.

podmiotów, na majątku których ustanowiono hipotekę przymusową, umożliwia niczym nieograniczoną prolongatę postępowania kontrolnego, a tym samym pozostawia jednostkę w przedłużającej się niepewności odnośnie do jej sytuacji prawnej (w szczególności co do momentu i sposobu wygaśnięcia zobowiązania podatkowego). Zwrócić należy także uwagę na to, że ustanowienie hipoteki przymusowej – które *de lege lata* nie jest każdorazowo obligatoryjne (*ergo* – w praktyce zależy od uznania konkretnego organu podatkowego) – dopuszcza różnicowanie sytuacji prawnej jednostek w ten sposób, że w stosunku do jednych z nich zostaje wyłączone przedawnienie zobowiązania podatkowego, a w stosunku do innych (posiadających tę samą cechę, ale wobec których nie została ustanowiona hipoteka przymusowa) – już nie³³.

Z wywodzonych z art. 2 Konstytucji zasad lojalności państwa wobec jednostki oraz sprawiedliwości społecznej można wywieść gwarancję ustrojodawcy, że ciężary publiczne nie tylko będą nakładane, ale i ponoszone przez jednostki z zachowaniem zasady równości. Regulacja art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej – w naszej ocenie – stawia w uprzywilejowanej pozycji te jednostki, które posiadają majątek złożony z rzeczy lub praw majątkowych, na których nie ustanowiono hipoteki przymusowej, lub też majątek niemogący być przedmiotem hipoteki przymusowej³⁴. Posiadanie bowiem przez pewną kategorię podatników określonego majątku, który może stać się przedmiotem hipoteki przymusowej, nie stanowi uzasadnienia dla ich nierównego traktowania, prowadzącego do braku przedawnienia zobowiązania podatkowego w porównaniu z podmiotami, które takiego majątku nie posiadają, choć posiadają majątek o identycznej wartości ze względu na możliwość zaspokojenia zobowiązania podatkowego albo też posiadają taki majątek, ale z powodu arbitralnej decyzji organu egzekucyjnego nie stał się on przedmiotem zabezpieczenia, gdyż zabezpieczenia dokonano na innych składnikach majątku. Konsekwencją posiadania określonych składników majątkowych i ustanowienia na nich hipoteki przymusowej jest brak przedawnienia zobowiązań podatkowych.

W efekcie mamy do czynienia z dwiema kategoriami podatników: (1) w stosunku do których postępowanie kontrolne przed organem pierwszej instancji musi zostać zakończone przed upływem terminu przedawnienia, gdyż nie posiadają majątku, który może

³³ Tytułem przykładu: majątek dwóch podmiotów posiadających wspólną cechę istotną może zostać obciążony hipoteką przymusową lub organ podatkowy zastosuje inny sposób zabezpieczenia. W efekcie zobowiązanie pierwszego podmiotu nie wygaśnie w drodze przedawnienia zobowiązania podatkowego, w drugim przypadku – upływ terminu przedawnienia spowoduje wygaśnięcie zobowiązania podatkowego. Organy egzekucyjne mają bowiem niczym nieskrepowaną swobodę w wyborze metod i sposobów zabezpieczenia. Wierzyciel podatkowy występujący o dokonanie zabezpieczenia *de lege lata* nie może narzucić w tym zakresie organom egzekucyjnym żadnego sposobu działania, a organy egzekucyjne mogą zastosować jeden lub kilka sposobów zabezpieczenia według własnego swobodnego uznania. Wybór metody zabezpieczenia jest w zasadzie arbitralnym wyborem organu egzekucyjnego; nie podlega on też kontroli instancyjnej lub sądownoadministracyjnej.

³⁴ Właściciele (dysponenci) środków pieniężnych są w uprzywilejowanej pozycji w porównaniu z właścicielami rzeczy lub praw majątkowych, na których ustanowiono hipotekę przymusową w celu zabezpieczenia wykonania zobowiązania podatkowego. Dyskryminacja tych ostatnich (w porównaniu z ogółem podatników) może polegać na tym, że podatnicy posiadający majątek, na którym została ustanowiona hipoteka przymusowa, ponoszą większy uszczerbek w swoim majątku w związku z realizacją obowiązków podatkowych niż podatnicy, których składniki majątku są **wartościowo identyczne**, ale zróżnicowane odnośnie do przedmiotu w ten sposób, iż w jego skład nie wchodziły rzeczy lub prawa majątkowe, na których ustanowiono hipotekę przymusową, lub dysponują takim majątkiem, na którym można ustanowić rzeczne zabezpieczenie, ale tej formy zabezpieczenia nie ustanowił organ egzekucyjny.

być przedmiotem hipoteki przymusowej, lub posiadają taki majątek, ale nie ustanowiono na nim hipoteki pomimo istnienia obawy niewykonania zobowiązania podatkowego, oraz (2) w stosunku do których postępowanie przed organem pierwszej instancji prowadzące do wydania decyzji określającej wysokość zobowiązania podatkowego nie jest ograniczone czasowo, gdyż posiadają oni majątek, który może być przedmiotem hipoteki przymusowej, i ustanowiono hipotekę przymusową w konsekwencji obawy niewykonania zobowiązania podatkowego.

Wygaśnięcie zobowiązania podatkowego z powodu upływu terminu przedawnienia obliguje organ podatkowy do wydania decyzji o umorzeniu prowadzonego postępowania na podstawie przesłanki bezprzedmiotowości. Jednakże wobec podmiotów, którym przed wydaniem decyzji dokonano zabezpieczenia wykonania zobowiązania podatkowego w postaci ustanowienia hipoteki przymusowej, będą dodatkowo stosowane rygory postępowania wymiarowego **bez ograniczenia czasowego. W stosunku do tych podmiotów decyzja określająca wysokość zobowiązania podatkowego może być wydana i doręczona po upływie okresu przedawnienia zobowiązania podatkowego.**

Brak przedawnienia zobowiązania podatkowego (w związku z ustanowieniem hipoteki przymusowej) i tym samym **wydłużenie czasu trwania postępowania przed organem pierwszej instancji bez ograniczenia czasowego** (tylko ze względu na zabezpieczenie wykonania zobowiązania podatkowego hipoteką przymusową) **stawia** – o czym była mowa wyżej – **w nierównej sytuacji podatników, którzy posiadają określone składniki majątkowe (rzeczy lub prawa majątkowe, na których ustanowiono hipotekę przymusową), w porównaniu z podatnikami, którzy takich składników nie posiadają, ale posiadają majątek o identycznej wartości, lecz o innym składzie przedmiotowym, z którego można dokonać zabezpieczenia i egzekucji zobowiązania podatkowego, lub też posiadają majątek trwały, na którym może być ustanowiona hipoteka przymusowa, ale w wyniku decyzji organu egzekucyjnego nie zastosowano takiego środka zabezpieczenia. Takie kryterium różnicujące** – w naszej ocenie – **odbiega od standardu konstytucyjnego wynikającego z art. 2 i art. 32 w związku z art. 84 ustawy zasadniczej, ponieważ różnicuje sytuację jednostek w zakresie terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego i – pośrednio – czasu trwania postępowania kontrolnego przed organem podatkowym.**

Autorzy podtrzymują swoje stanowisko, mimo że w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyrażano przekonanie, iż przedawnienie stanowi wyłącznie wyraz polityki ustawodawcy, przez co nie może być traktowane jako prawo podmiotowe jednostki chronione konstytucyjnie ani też jako ekspektatywa takiego prawa³⁵, ponieważ jednostka nie może oczekiwać korzyści, które mogłyby wynikać dla niej w związku z naruszeniem prawa, albowiem prawo nie ochrania tych, którzy poszukują poprawy własnej sytuacji w swoich bezprawnych działaniach (*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*)³⁶. Jednakże pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa, ile warunki dla możliwości przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Tak rozumiana przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy, do stanowionego przez niego prawa, a także – do organów państwa to prawo stosujących. Jednostka powinna móc przewi-

³⁵ Por. wyrok TK z 25 maja 2004 r., SK 44/03 (OTK ZU 2004, seria A, nr 5, poz. 46).

³⁶ Por. wyrok TK z 21 czerwca 2011 r., P 26/10 (OTK ZU 2011, seria A, nr 5, poz. 43).

dywać konsekwencje poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego³⁷. Bezpieczeństwo prawne związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych³⁸. **W sytuacji, w której jednostka nie wie, jak długo toczyć się może postępowanie kontrolne wszczęte przez organ podatkowy, a konsekwencje z nim związane zostaną przesądzone dopiero w bliżej nieokreślonej przyszłości, nie ma ona możliwości prognozowania działań własnych, co powoduje stan niepewności prawnej, a zatem zaprzeczenie bezpieczeństwa prawnego.**

Trafne jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, że zasadą konstytucyjną jest płacenie podatków, nie zaś unikanie zapłaty w oczekiwaniu na przedawnienie³⁹. Jednocześnie Trybunał uznał, że zasada demokratycznego państwa prawnego mieści w sobie (meta)zasadę **niedopuszczalności kreowania organom państwowym możliwości nadużywania swojej pozycji wobec obywateli**⁴⁰. W naszej ocenie art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej do takiej właśnie sytuacji prowadzi, ponieważ **umożliwia organom podatkowym nadużywanie swojej pozycji i wykorzystywanie okoliczności, że w skład majątku podatnika wchodzi rzecz lub prawo, na których można ustanowić hipotekę przymusową, co sprawia, iż organ nie musi traktować jako wiążącego pięcioletniego terminu przedawnienia, skoro może bez żadnych ograniczeń doprowadzić do sytuacji, w której zobowiązanie się nigdy nie przedawni**. Przepis ten stanowić zatem może „zachętę” do niczym nieograniczonego wydłużania postępowania; przekłada się to negatywnie na szybkość postępowania, ponieważ dla organu podatkowego nie będzie miało znaczenia, czy decyzja określająca wysokość zobowiązania podatkowego zostanie wydana przed upływem pięciolecia od końca roku kalendarzowego, w którym powstało zobowiązanie jednostki, czy też po upływie tego pięciolecia. Przepis ten – naszym zdaniem – paradoksalnie sprzyja też słabości instytucjonalnej państwa, wypływa z niego bowiem komunikat niemotywuujący organów podatkowych do sprawnego egzekwowania należności podatkowych wobec Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Zasada przedawniania zobowiązań podatkowych, jakkolwiek dopuszczalna – zdaniem TK jest tu duża swoboda ustawodawcy – nie może różnicować położenia prawnego podatników, wobec których prowadzone jest postępowanie kontrolne lub egzekucja administracyjna, i podatników, którzy nie zapłacili podatku, lecz uniknęli odpowiedzialności jedynie przez szeroko pojętą niesprawność działania organów podatkowych⁴¹. Zdaniem autorów wystarczającą instytucją umożliwiającą odwlekanie przedawnienia zobowiązania podatkowego jest przerwanie jego biegu wskutek np. zastosowania środka egzekucyjnego. W tej sytuacji przepis o tym, że zobowiązanie podatkowe w ogóle się nie przedawnia, jest niepotrzebny z punktu widzenia systemu prawa⁴².

³⁷ Por. orzeczenia TK z 2 marca 1993 r., K 9/92 (OTK 1993, cz. I, poz. 6) i 3 grudnia 1996 r., K 25/95 (OTK ZU 1996, nr 6, poz. 52) oraz wyroki TK z: 10 kwietnia 2001 r., U 7/00 (OTK ZU 2001, nr 3, poz. 56); 5 listopada 2002 r., P 7/01 (OTK ZU 2002, seria A, nr 6, poz. 80); 7 czerwca 2004 r., P 4/03 (OTK ZU 2004, seria A, nr 6, poz. 55); 15 lutego 2005 r., K 48/04 (OTK ZU 2005, seria A, nr 2, poz. 15) i 29 listopada 2006 r., SK 51/06 (OTK ZU 2006, seria A, nr 10, poz. 156).

³⁸ Por. wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., P 3/00 (OTK ZU 2000, nr 5, poz. 138).

³⁹ Por. postanowienie TK z 7 września 2009 r., Ts 389/08 (OTK ZU 2009, seria B, nr 5, poz. 431).

⁴⁰ Por. wyrok TK z dnia 19 listopada 2008 r., Kp 2/08 (OTK ZU 2008, seria A, nr 9, poz. 157).

⁴¹ Podobnie TK w wyroku z 21 czerwca 2011 r., P 26/10 (OTK ZU 2011, seria A, nr 5, poz. 43).

⁴² *Ibidem*.

Niezależnie od powyższego należy także zwrócić uwagę na to, że z art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej wynika, iż po upływie terminu przedawnienia zobowiązania zabezpieczone np. hipoteką przymusową mogą być **egzekwowane tylko z przedmiotu tej hipoteki**. Przepis ten wprowadza ograniczenie w zakresie egzekucji zabezpieczonego zobowiązania podatkowego. Poprzez ograniczenie egzekucji do przedmiotu zabezpieczenia ograniczono również środki egzekucyjne, jakie mogą być w celu zaspokojenia wierzyciela zastosowane⁴³.

Wskazany przepis stanowi, że w przypadku hipoteki przymusowej obciążającej nieruchomość organ egzekucyjny może zaspokoić wierzyciela wyłącznie z obciążonej hipoteką nieruchomości – do wysokości ustanowionej hipoteki. Oznacza to, że po upływie pięcioletniego terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego z art. 70 § 1 Ordynacji podatkowej zastosowanie środka egzekucyjnego w postaci np. egzekucji kwoty z rachunku bankowego jest działaniem *contra legem*, sprzecznym z dyspozycją wynikającą z art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej⁴⁴.

Oprócz zastawu skarbowego i hipoteki przymusowej Ordynacja podatkowa przewiduje również inne rodzaje zabezpieczeń zobowiązań podatkowych. Przykładowo: art. 33d tej ustawy wprowadza kilka form zabezpieczenia wykonania zobowiązania podatkowego, w tym gwarancję bankową lub ubezpieczeniową. Na gruncie Ordynacji podatkowej – w naszej ocenie – nieuzasadnione wydaje się, że zobowiązania podatkowe zabezpieczone np. hipoteką przymusową z przyzwolenia ustawodawcy *de facto* nie ulegają przedawnieniu, a zobowiązania, których wykonanie zostało zabezpieczone poręczeniem banku, już się przedawniają. Czy bank jest zatem mniej wiarygodnym płatnikiem niż sam podatnik, który ma problemy z bieżącym regulowaniem zobowiązań publicznoprawnych?

W świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2007 r.⁴⁵, w którym uznano art. 36 § 1 Ordynacji podatkowej – w zakresie, w jakim przyznawał pierwszeństwo zaspokojenia hipotekom przymusowym Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego zabezpieczającym zobowiązania podatkowe, zaległości podatkowe i odsetki za zwłokę przed hipotekami ustanowionymi dla zabezpieczenia innych należności – za niezgodny z konstytucyjną zasadą równości, budzi niezrozumienie, dlaczego jeden wierzyciel, jakim jest Skarb Państwa, staje w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wierzycieli (kontrahentów podatnika). Krótkie terminy przedawnienia określone w Kodeksie cywilnym stają się często przeszkodą – używając kolokwialnego sformułowania – „nie do przeskoczenia” dla sumiennych wierzycieli, których kontrahenci stracili płynność finansową. Proces utraty takiej płynności, przy uwzględnieniu pewnego marginesu zaufania, jakim darzy się stałych klientów, trwa często dość długo.

⁴³ Artykuł 1a pkt 12 ustawy o egzekucji w administracji wymienia środki egzekucyjne dotyczące należności pieniężnych, do których zalicza się egzekucję: z pieniędzy, z wynagrodzenia za pracę, ze świadczeń z zaopatrzenia emerytalnego oraz ubezpieczenia społecznego, a także z renty socjalnej, z rachunków bankowych, z innych wierzytelności pieniężnych, z praw z instrumentów finansowych w rozumieniu przepisów o obrocie instrumentami finansowymi, zapisanych na rachunku papierów wartościowych lub innym rachunku, oraz z wierzytelności z rachunku pieniężnego służącego do obsługi takich rachunków, z papierów wartościowych niezapisanych na rachunku papierów wartościowych, z weksła, z autorskich praw majątkowych i praw pokrewnych oraz z praw własności przemysłowej, z udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, z pozostałych praw majątkowych, z ruchomości, z nieruchomości.

⁴⁴ Por. wyrok WSA w Poznaniu z 15 września 2009 r., I SA/Po 292/09 (niepubl.).

⁴⁵ Wyrok TK z 26 listopada 2007 r., P 24/06 (OTK ZU 2007, seria A, nr 10, poz. 126).

Jednakże, jak wynika z art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej, oczekiwanie na zapłatę może wyjść na dobre tylko jednemu wierzycielowi.

4. PODSUMOWANIE

Obecna redakcja art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej wykracza – w naszej ocenie – poza dopuszczalną przez Konstytucję i wynikającą z jej art. 2 oraz art. 32 w związku z art. 84 *in fine* i art. 217 zasadę swobody regulacyjnej ustawodawcy zwykłego. W naszej ocenie konstrukcja tego przepisu ustawy narusza standard konstytucyjny, gdyż w istocie ustanawia funkcję służebną jednostki wobec państwa, a jednocześnie znosi odpowiedzialność aparatu skarbowego (a ściślej: jego funkcjonariuszy) za ewentualną opieszałość w wykonywaniu jego ustawowych obowiązków. Jeśli weźmie się pod uwagę, że terminy przedawnienia zobowiązań podatkowych są już i tak dłuższe od terminów przedawnienia zobowiązań cywilnoprawnych, rezygnacja z wprowadzenia jakiegokolwiek terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego zabezpieczonego np. hipoteką przymusową nie znajduje akceptacji. Zasadne jest zatem uchylene dotychczasowej treści art. 70 § 8 Ordynacji podatkowej i wprowadzenie dłuższego⁴⁶ – ale wyraźnie określonego – okresu przedawnienia zobowiązań podatkowych zabezpieczonych hipoteką przymusową (lub zastawem skarbowym). Zobowiązania te mogłyby ulegać przedawnieniu z upływem np. dziesięciu lat, licząc od końca roku podatkowego, w którym upłynął termin płatności podatku.

Artykuł prezentuje wyłącznie osobiste poglądy autorów.

⁴⁶ Zob. też wyrok TK z 21 czerwca 2011 r., P 26/10 (OTK ZU 2011, seria A, nr 5, poz. 43).

Summary

Wojciech Białogłowski, Jacek Matarewicz

A COMPULSORY MORTGAGE – CRITICAL REMARKS ON COMPLIANCE OF ART. 70 PAR. 8 WITH THE CONSTITUTION OF REPUBLIC OF POLAND

Tax obligations secured by mortgages shall not be subject to limitation. Tax creditor, who was secured by a compulsory mortgage, may satisfy his claim much later than a private creditor. The authors point out that this type of security put the people in a privileged situation who do not have the assets on which the establishment of a compulsory mortgage is possible. Moreover, the tax authorities may arbitrarily decide on whose property will be established a mortgage. All these facts show that the provisions on compulsory mortgage violate the constitutional principle of equality before the law.

KEY WORDS: compulsory mortgage, limitation, tax obligation, tax point

POJĘCIA KLUCZOWE: hipoteka przymusowa, przedawnienie, zobowiązanie podatkowe, moment powstania obowiązku podatkowego

DOSTĘPNOŚĆ KASACJI DLA STRON POSTĘPOWANIA KARNEGO – DYLEMAT PRZYJĘTEGO KOMPROMISU Z PERSPEKTYWY CZASU

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Nowelizacja przepisów Kodeksu postępowania karnego dokonana ustawą z dnia 20 lipca 2000 r. (Dz.U. nr 62, poz. 717) radykalnie ograniczyła przedmiotowy zakres dopuszczalności wnoszenia kasacji przez strony. W jej wyniku podstawy kasacyjne określone przez dawny art. 523 k.p.k. (aktualny art. 523 § 1 k.p.k.), tj. uchybienia wymienione w art. 439 k.p.k. lub inne rażące naruszenie prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia (z zastrzeżeniem niedopuszczalności wnoszenia kasacji wyłącznie z powodu niewspółmierności kary), poddane zostały dalszemu zawężeniu, określone-
mu w nowych przepisach art. 523 § 2–4 k.p.k. Zmieniony w ten sposób art. 523 k.p.k. ograniczył stronom możliwość wnoszenia kasacji na podstawie tzw. względnej przesłanki kasacyjnej (tj. rażącego naruszenia prawa, które mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia) wyłącznie do skazania za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe¹ na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (dla kasacji na korzyść), a także wyroków uniewinniających oraz umarzających postępowanie z przyczyn wymienionych w art. 17 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. oraz z powodu niepoczytalności sprawcy (dla kasacji na niekorzyść). Bez zmian pozostawiono przy tym regulację art. 521 k.p.k., utrzymując najszerszy zakres przedmiotowy kasacji nadzwyczajnej podmiotów specjalnych².

Przyczyny, które leżały u podstaw takiej zmiany normatywnej, były szeroko prezentowane w piśmiennictwie. Podkreślenia wymaga, że zarówno w toku dyskusji nad projektem nowelizacji z 2000 r., jak i w późniejszych wypowiedziach doktrynalnych wprost wskazywano, że przyczyny te miały pragmatyczny charakter. W samym uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wprost stwierdzono, że powodem tak znacznego zawężenia stronom możliwości korzystania z tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia była potrzeba ograniczenia liczby spraw wpływających

¹ Trafnie na tym tle wskazuje S. Zabłocki, że senacka poprawka do projektu art. 523 § 2 k.p.k., polegająca na dodaniu pojęcia „przestępstwo skarbowe” (w celu uniknięcia wątpliwości, że przepis ten ma zastosowanie również do przestępstw stypizowanych w k.k.s.), doprowadziła do powstania swoistego *superfluum* ustawowego. Por. S. Zabłocki, *Nowela k.p.k. z dnia 20 lipca 2000 r. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 154.

² Zmiany w regulacji art. 521 k.p.k., eliminujące z katalogu podmiotów specjalnych Ministra Sprawiedliwości, a jednocześnie rozszerzające przedmiotowy zakres kasacji nadzwyczajnej do kategorii każdego prawomocnego orzeczenia sądowego kończącego postępowanie (a więc także kończącego postępowanie przygotowawcze), wprowadzono nowelą z 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155). Z kolei ustawą z dnia 24 września 2010 r. o zmianie ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka i niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 197, poz. 1307) dodano uprawnienia kasacyjne jako podmiotu specjalnego Rzecznikowi Praw Dziecka.

do Sądu Najwyższego³. Uwagi te były następnie wielokrotnie przywoływane w toku późniejszej dyskusji doktrynalnej⁴.

Pomimo wyrażonej przez część doktryny krytyki dokonanych ograniczeń i idącego za tym zróżnicowania dostępności kasacji dla stron postępowania⁵ zmiany wprowadzone w 2000 r. utrzymały się w polskim systemie prawa karnego procesowego. Pozytywne stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zawarte w wyroku z 17 maja 2004 r. dostarczyło dodatkowego wsparcia przyjętym rozwiązaniom⁶. Podkreślając nadzwyczajny charakter takiego środka zaskarżenia, jakim jest kasacja, wykraczający poza standard konwencyjny i konstytucyjnie określone minimum postępowania dwuinstancyjnego, Trybunał zwrócił uwagę na zgodność wprowadzonych dla niego ograniczeń przedmiotowych z zasadami wyrażonymi w art. 32 ust. 1 (równość wobec prawa), art. 45 ust. 1 (prawo do sądu) oraz art. 42 ust. 2 Konstytucji RP (prawo do obrony).

O stabilizacji wprowadzonych zmian świadczy również fakt, że w toku aktualnej ożywionej dyskusji doktrynalnej i publicznej na temat reformy procesu karnego prezentowane propozycje rozwiązań i formułowane uwagi krytyczne pod kątem istniejących instytucji nie obejmują zasadniczo modelu kasacji⁷. Podzielając stanowisko o konieczności wprowadzenia gruntownych zmian u podstaw polskiego procesu karnego, tj. w zakresie organizacji postępowania przygotowawczego⁸, a także dostrzegając ważkość propozycji przedstawionych przez Komisję Kodyfikacyjną, można stwierdzić, że zasadne jest skorzystanie z atmosfery ogólnej dyskusji nad reformami procedury karnej także dla ubocznego zwrócenia uwagi na ten nadzwyczajny środek zaskarżenia. W szczególności wskazane wydaje się zaś właśnie powrót do problematyki charakteru zmian wprowadzonych w 2000 r. do art. 523 k.p.k. oraz do prowadzonej z perspektywy czasu analizy ich konsekwencji o charakterze ogólnopprocesowym.

II. WYBRANE PROBLEMY TOWARZYSZĄCE AKTUALNEJ REGULACJI ART. 523 K.P.K.

Pomimo normatywnego okrzepnięcia rozwiązań przyjętych już ponad 12 lat temu wprowadzona ich mocą regulacja podstaw kasacyjnych jest wynikiem trudnego kom-

³ Druk sejmowy nr 1314, s. 1–2 uzasadnienia projektu nowelizacji.

⁴ Por. m.in. P. Kruszyński, *Podstawy kasacji w nowym k.p.k.*, (w:) *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody*, Kraków 2000, s. 177; W. Grzeszczyk, *Postępowanie kasacyjne po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2000, z. 11, s. 53; M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja w polskim procesie karnym*, Warszawa 2001, s. 309; S. Zabłocki, *Nowela*, s. 150–151; L. K. Paprzycki, *Model kasacji w polskiej procedurze karnej*, „Palestra” 2008, nr 7–8, s. 12.

⁵ Por. m.in. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 305–332; M. Głowacki, *Przesłanki dopuszczalności kasacji a konstytucyjna zasada równości wobec prawa*, „Palestra” 2001, nr 11–12, s. 33–42; A. Młynarska-Sobaczewska, *Glosa do wyroku TK z dnia 17 maja 2004 r.*, SK 32/03, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 6, s. 181–194.

⁶ Wyrok TK z 17 maja 2004 r., SK 32/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 44.

⁷ Por. pkt 13 *Nadzwyczajne środki zaskarżenia uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego* autorstwa Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, dostępny pod adresem <http://bip.ms.gov.pl> (29 października 2012 r.).

⁸ Szerzej na ten temat por. P. Kruszyński, S. Pawelec, *Postępowanie karne de lege ferenda w świetle najnowszych tendencji europejskich i proponowanych zmian k.p.k.*, (w:) B. Bieńkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, S. Pawelec, *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012, s. 546–551.

promisu skonstruowanego przede wszystkim wokół kryterium funkcjonalności oraz możliwości orzeczniczych Sądu Najwyższego. W wyniku dokonanej nowelizacji na dużo dalszy niż uprzednio plan odsunięto natomiast ten bardzo ważny aspekt postępowania kasacyjnego, jakim jest propagowanie standardów prawidłowego stosowania przepisów prawa przez sądy powszechne. Uzależnienie możliwości wniesienia kasacji od rodzaju zastosowanej sankcji zdystansowało to postępowanie od jego generalnego celu, jakim jest przeciwdziałanie utrzymywaniu się w obrocie prawnym wyroków karnych rażąco naruszających prawo⁹. Radykalnie zmniejszono bowiem możliwości wypowiedzania się przez Sąd Najwyższy w skomplikowanych kwestiach prawnych powstałych na gruncie rozstrzygnięć, w których nie wymierzono bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Rażące naruszenie prawa pojawiające się na gruncie sprawy zakończonej stosunkowo łagodną karą zostało przez to potraktowane tak, jakby samo w sobie miało zupełnie inny charakter od naruszenia, które pojawia się w procesie zakończonym orzeczeniem kary izolacyjnej¹⁰.

W tym kontekście pamiętać należy o zasadzie wyrażonej w art. 183 ust. 1 Konstytucji, stanowiącej o sprawowaniu przez Sąd Najwyższy nadzoru nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania. Jak wskazał sam Sąd Najwyższy, nadzór ten jest sprawowany przez rozpoznawanie nadzwyczajnych środków zaskarżenia o charakterze kasatoryjnym i innych środków odwoławczych, a nie poprzez stosowanie środków administracyjnych¹¹. Tym samym można rozważać, czy wprowadzone ograniczenia dostępności kasacji dla stron postępowania karnego nie doprowadziły do ograniczenia możliwości wykonywania tego konstytucyjnego obowiązku¹². Zdawać sobie należy oczywiście sprawę z nadzwyczajnego charakteru środka zaskarżenia, jakim jest kasacja składana od prawomocnego orzeczenia. Niemniej jednak nawet wobec wyraźnego opowiedzenia się przeciwko hipotetycznej wizji kasacji jako środka kontroli zwieńczającego trójinstancyjny model postępowania¹³, warunki dla sprawowania poprzez instytucję kasacji nadzoru orzeczniczego powinny służyć jego efektywności. Tymczasem dobór ograniczeń podstaw kasacyjnych w art. 523 § 2 i 3 k.p.k., dokonany według kryterium rodzaju orzeczonej kary, determinuje te warunki według zupełnie innego klucza.

Odnosząc się do samego kryterium podziału dostępności kasacji dla stron postępowania, wskazanego w art. 523 § 2 k.p.k., zwrócić należy uwagę, że paradoksalnie to właśnie sprawy, w których oskarżonemu na ogół realnie nie zagraża bezwzględna kara pozbawienia wolności, wymagają niejednokrotnie od sądów powszechnych dużo

⁹ Do tej cechy kasacji szeroko odwołuje się TK w uzasadnieniu wyroku z 17 maja 2004 r., przywołując także stanowiska prezentowane w toku dyskusji parlamentarnej nad projektem nowelizacji k.p.k. z 2000 r. Por. m.in. wymienione tam wypowiedzi zawarte w stenogramie z 78. posiedzenia Sejmu III kadencji, 19 maja 2000 r.

¹⁰ Z zastrzeżeniem rażącego naruszenia prawa typizowanego w treści art. 439 k.p.k. W doktrynie wyrażony nawet został pogląd, że wprowadzając art. 523 § 2 k.p.k., ustawodawca wykreował swoistą fikcję prawną, zakładającą, iż o powadze skutków naruszenia przepisów decyduje nie ciężar gatunkowy samego naruszenia, ale rodzaj orzeczonej kary. Por. M. Głowacki, *Przesłanki dopuszczalności*, s. 35.

¹¹ Por. postanowienie SN z 13 listopada 2009 r., III SPP 24/09, niepubl., LEX nr 560870.

¹² Analogicznie por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 316.

¹³ Szerzej na temat ścierających się w toku dyskusji doktrynalnej wizji modelu kasacji por. R. Kmiecik, *Trójinstancyjny system apelacyjno-kasacyjny czy dwuinstancyjna hybryda rewizyjno-kasacyjna?*, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, Lublin 1995, s. 66–75.

większej staranności i wnikliwości w stosowaniu prawa niż postępowania kończone bezwzględnyimi karami pozbawienia wolności. Na zależność tę zwracano uwagę zarówno w toku dyskusji nad nowelizacją z 2000 r., jak i jeszcze w okresie debaty nad projektem kodyfikacji międzywojennej. Biorąc poprawkę na różnice pomiędzy poziomem integralności systemu prawnego w kraju, którego terytorium do niedawna jeszcze było rządzone przez różne systemy prawne państw zaborczych, a obecną rzeczywistością prawną Polski, warto jednak zachować w pamięci te dość uniwersalne spostrzeżenia poczynione w uzasadnieniu Projektu ustawy postępowania karnego przyjętego przez Komisję Kodyfikacyjną 28 kwietnia 1926 r.¹⁴

Nie deprecjonując dotkliwości bezwzględnej kary pozbawienia wolności, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z aktualną regulacją podstaw kasacyjnych Sąd Najwyższy ma obowiązek wypowiedzieć się nawet w prostej sprawie zakończonej taką karą bezwzględną. Poza skrajnie marginalnymi wypadkami dotyczącymi naruszenia art. 439 k.p.k. lub kasacji podmiotu specjalnego nie ma on natomiast zasadniczej możliwości skorygowania rażących nieprawidłowości w stosowaniu i wykładni prawa, jakie wystąpiłyby na gruncie zakończonego skazaniem na karę nieizolacyjną skomplikowanego postępowania karnego o charakterze specjalistycznym, w którym ryzyko błędu jest szczególnie wysokie, a granica między uznaniem danego zachowania za prawnie dopuszczalne a uznaniem go za przestępne potrafi być wyjątkowo cienka. Problem kwalifikacji danego zachowania jako czynu zabronionego oraz kwestię przypisania winy należy zasadniczo uznać za o wiele bardziej skomplikowany punkt procesu karnego niż kwestię rozstrzygnięcia o karze, która ma charakter wtórny wobec tych podstawowych ustaleń. Trafnie na tym tle zwraca się więc uwagę w doktrynie, że wprowadzone przepisami art. 523 § 2 i 3 k.p.k. ograniczenia dostępności kasacji dla stron zachwiały także, na niekorzyść oskarżonego, pozycją stron wobec rozstrzygnięcia o winie, jako o kluczowym elemencie struktury przestępstwa. Oskarżyciel może bowiem wnieść kasację w każdym wypadku, gdy oskarżony zostaje uwolniony od zarzutu karnego wobec stwierdzenia braku winy, oskarżony natomiast może odwoływać się tylko od tych wyroków przesądających o jego winie, które dodatkowo spełniają kryterium surowości kary¹⁵.

Dochodzi tym samym do sytuacji, w której linia orzecznicza Sądu Najwyższego nie kształtuje się zasadniczo poprzez ocenę prawidłowości stosowania przepisów materialnych i procesowych w sprawach najbardziej skomplikowanych i najbardziej wątpliwych z punktu widzenia ochrony oskarżonego przed niesłusznym skazaniem, ale – przy rozpatrywaniu kasacji wnoszonych na korzyść – tworzona jest głównie na kanwie z grubsza powtarzalnego zestawu spraw o zbrodnie oraz surowo osądzone występki (gdzie o surowości kary wielokrotnie decyduje sam fakt popełnienia występkę w warunkach recydywy). Kryterium doboru nie jest waga uchybienia prawnego i skomplikowania sprawy, ale sam rodzaj orzeczonej kary. Sąd Najwyższy ma więc obowiązek pochylenia się np. nad sprawą osoby skazanej w warunkach art. 64 § 2 k.k. za kradzież

¹⁴ Godne odnotowania są w szczególności poczynione w uzasadnieniu uwagi, w których wskazuje się, że pomimo większego ciężaru spraw o zbrodnie w drobniejszych sprawach jednak pojawia się często najwięcej skomplikowanych kwestii prawnych oraz że właśnie te sprawy są najbardziej narażone na ryzyko mało wnikliwego rozpoznania przez sądy powszechne. Szersze przywołanie tej argumentacji zawarła w swojej monografii M. Rogacka-Rzewnicka (por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 316).

¹⁵ Por. A. Młynarska-Sobaczewska, *Glosa*, s. 188, 193–194.

zboża i ziemniaków na karę roku i dwóch miesięcy pozbawienia wolności¹⁶, natomiast przed jego oblicze nie ma raczej szans dotrzeć sprawa, w której orzekający na podstawie wysoce niejasnej regulacji materialnej przestępstwa giełdowego lokalny sąd rejonowy, skazując oskarżonego na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, nałożyłby jednocześnie na niego gigantyczną grzywnę¹⁷, przekreślając przy tym trwale karierę zawodową takiej osoby oraz wywołując paraliż inwestycyjny wśród dużej części uczestników danego rynku, obawiających się niejasnych ingerencji penalnych w sferę ich aktywności gospodarczej.

Nie dyskutując z faktem, że w ujęciu abstrakcyjnym bezwzględna kara pozbawienia wolności stanowi najpoważniejszy rodzaj sankcji, ingerującej bezpośrednio w dobro o szczególnej wartości, tj. wolność danej osoby, należy pamiętać, że na gruncie konkretnego wypadku zastosowany w art. 523 § 2 k.p.k. wyznacznik dostępności kasacji może prezentować się dużo mniej wyraziście. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że o dolegliwości wyroku skazującego decyduje nie tylko surowość samej orzeczonej kary¹⁸, ale również m.in. rodzaj orzeczonych obok niej środków karnych¹⁹. W dalszej kolejności należy zaś dostrzegać fakt, że w indywidualnych wypadkach problem, czy zastosowano karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, czy bez takiego zawieszenia, może schodzić na dalszy plan wobec pierwszorzędnej dolegliwości w postaci samego faktu prawomocnego skazania danej osoby i wynikających z tego dla niej nieodwracalnych konsekwencji zawodowych i majątkowych²⁰. Przykładając generalny zamysł ustawodawcy wyrażony w art. 523 § 2 k.p.k. do konkretnych sytuacji procesowych, trudno bez zastrzeżeń zaaprobować myśl, że np. pomimo zaistniałego w sprawie rażącego naruszenia prawa, które zaważyło na treści końcowego wyroku, indywidualny dramat osoby prawomocnie skazanej na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, obciążonej środkami karnymi z art. 39 pkt 2 i 4 k.k. oraz pociągniętej następnie do odpowiedzialności cywilnej poprzez zastosowanie klauzuli z art. 11 k.p.c., nie stanowi w ocenie prawodawcy wypadku na tyle dolegliwego, aby przyznawać tej osobie prawo do bezpośredniego zwrócenia się o kontrolę kasacyjną do Sądu Najwyższego²¹.

Problem potęguje dodatkowo fakt, że możliwość wystąpienia przez stronę z kasacją do Sądu Najwyższego stanowi nie tylko szansę na dodatkowy etap orzecznicy w sprawie i weryfikację prawidłowości rozstrzygnięć prawnych sądu odwoławczego. Wniesienie kasacji to także, jeśli nie przede wszystkim, możliwość poddania prawomocnego rozstrzyg-

¹⁶ Por. wyrok SN z 28 marca 2008 r., III KK 484/07, Biul. PK 2008, nr 8, poz. 13. Na gruncie tej sprawy możliwość interwencji SN była dla skazanego szczególnie cenna, gdyż w wyniku wniesionej kasacji SN uchylił wyroki sądów obu instancji i uniewinnił oskarżonego na mocy art. 537 § 2 k.p.k.

¹⁷ Przykładem tego typu występkę, który przy stosunkowo niskiej górnej granicy zagrożenia karą pozbawienia wolności dopuszcza kumulatywne zastosowanie bardzo wysokiej grzywny, jest art. 183 ust. 1 u.o.i.f., przewidujący możliwość nałożenia grzywny do wysokości 5 000 000 zł.

¹⁸ Na marginesie należy wskazać w tym miejscu, że w odniesieniu do niektórych rodzajów przestępstw zawodzić może generalne wyobrażenie o wiele większej dotkliwości izolacyjnej kary pozbawienia wolności w stosunku do jakiegokolwiek innej kary. Przywołany chociażby we wcześniejszym przypisie przykład regulacji karnej art. 183 ust. 1 u.o.i.f. pokazuje, jak wysoko zakrojona potrafi być górna granica kary majątkowej (grzywna do 5 000 000 zł) w porównaniu z górną granicą kary pozbawienia wolności (do 5 lat).

¹⁹ Na problem ten w doktrynie zwraca uwagę także m.in. M. Głowacki (M. Głowacki, *Przestanki*, s. 37–38).

²⁰ Analogicznie por. A. Młynarska-Sobaczewska, *Glosa*, s. 186.

²¹ Oczywiście z wyjątkiem wypadków typizowanych w art. 439 k.p.k.

nięcia ocenie sądu o największych kompetencjach merytorycznych, grupującego sędziów o największym doświadczeniu i – wynikającym z zasiadania w najwyższej usytuowanej hierarchicznie jednostce sądowej – najwyższym poziomie niezależności. Sytuacja prawnomocnie skazanego na karę nieizolacyjną za występki rozpatrywany w pierwszej instancji przez sąd rejonowy jest więc w tym względzie dodatkowo pogorszona. Nie mogąc wnieść kasacji własnej opartej na względnej podstawie kasacyjnej, traci on zasadniczo możliwość poddania swojej sprawy ocenie kogokolwiek powyżej poziomu wydziału odwoławczego okręgowego sądu karnego. Tymczasem w wypadku skazania na karę izolacyjną, nawet w stosunkowo nieskomplikowanej sprawie podlegającej właściwości rzeczowej określonej przez art. 25 § 1 k.p.k., oskarżony ma możliwość nie tylko poddania swojej sprawy pod ocenę sędziów jednostek o szczebel wyższych (tj. sądu okręgowego w pierwszej instancji i sądu apelacyjnego w instancji odwoławczej), ale nawet i dotarcia ze swoją sprawą do Sądu Najwyższego. Dystans doświadczenia dzielący sędziów wyrokujących ostatecznie w obu tych wypadkach może być więc wyraźny.

Należy także pamiętać o społeczno-gospodarczych konsekwencjach rozstrzygnięć sądowych w niektórych rodzajach spraw karnych. Precedensowa, wadliwie przeprowadzona przez sąd powszechny ocena prawna określonego rodzaju zachowania może wywołać w danej dziedzinie gospodarczej poważną destabilizację przez sam fakt błędnego przesądzenia o karygodności danego czynu, a nie z uwagi na skazanie konkretnego oskarżonego na określoną karę. Można oczywiście w takiej sytuacji wskazywać, że Sąd Najwyższy nie powinien być obciążony problemami wynikającymi z niedostatecznej specjalizacji sądów powszechnych, niedoskonałościami związanymi ze złym doбором właściwości rzeczowej sądów dla poszczególnych rodzajów bardziej skomplikowanych występków, czy wreszcie (w wypadkach, kiedy są ku temu podstawy) niechęcią danego sądu odwoławczego do korzystania z instytucji przewidzianej w art. 441 § 1 k.p.k. Faktem pozostaje jednak, że wynikające z art. 523 § 2 k.p.k. ograniczenie możliwości interwencji orzeczniczej Sądu Najwyższego może przekładać się na to, że punktowy, precedensowy błąd orzeczniczy sądu powszechnego w sprawie nowego typu może przerodzić się w utrwaloną praktykę wyrokowania o poważnych konsekwencjach nie tylko indywidualnej natury. W takim wypadku przywoływana we wcześniejszych uwagach funkcja nadzoru orzeczniczego Sądu Najwyższego nad sądami powszechnymi staje się więc szczególnie cenna.

Ostatecznie warto też zwrócić uwagę, że wprowadzone ograniczenie przedmiotowe podstaw kasacyjnych podzieliło w praktyce procesy karne na dwie grupy. Pierwszą stanowią te, w których składy orzekające sądów powszechnych realnie liczą się z możliwością oceny prawidłowości ich procedowania przez Sąd Najwyższy. Drugą grupę stanowią zaś takie sprawy, w których sądy te mogą z dużym prawdopodobieństwem zakładać, że niezależnie od skali zastrzeżeń pod kątem prawidłowości ich orzekania podnoszonych przez stronę bierną wydanie wyroku skazującego z warunkowym zawieszeniem wykonania kary definitywnie zamknie jurydyczny bieg sprawy na szczeblu lokalnego sądu odwoławczego. W takim stanie rzeczy w szczególności zwrócić należy uwagę na niebezpieczeństwo pojawiania się pozanormatywnej motywacji dla orzekania przez sądy powszechne na niekorzyść oskarżonego wbrew dyspozycji art. 5 § 2 k.p.k. lub nawet wbrew prezentowanym przez obronę dowodom niewinności. Praktyczny wybór pomiędzy teoretycznie łagodnym wyrokiem skazującym na karę pozbawienia

wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania a uniewinnieniem oskarżonego może bowiem kształtować się niekorzystnie z punktu widzenia poszanowania zasad prawdy materialnej i *in dubio pro reo*, jeśli stawką w sprawie będzie nie tylko kwestia odpowiedzialności oskarżonego. Stawką może być bowiem także własne ryzyko danego podmiotu orzekającego w postaci stworzenia warunków dla bezpośredniego uruchomienia przez niezadowoloną stronę czynną kontroli kasacyjnej przed Sądem Najwyższym²². Kontrola taka zaś w oczywisty sposób rodzi ryzyko negatywnej oceny postępowania danego sądu powszechnego.

Istniejąca regulacja art. 523 k.p.k. może więc pośrednio i w sposób całkowicie odbiegający od jej prawnego przeznaczenia promować w sądach powszechnych określony rodzaj wyroków (skazujących, z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności) przed jakimkolwiek innym rodzajem rozstrzygnięcia²³. Gromadzące się zaś na gruncie takich orzeczeń błędy mające charakter rażących naruszeń prawa mogą być lokalnie utrwalane z uwagi na brak dostępnej dla stron procesowych możliwości ich zaskarżenia do sądu funkcjonującego w oderwaniu od tych struktur lokalnych, na najwyższym poziomie krajowym.

III. PRZYJĘTE OGRANICZENIA PODSTAW KASACYJNYCH JAKO KONIECZNOŚĆ

Zaprezentowane powyżej uwagi zostały przedstawione ze świadomością bardzo trudnej sytuacji, w jakiej przyszło decydować o zmianach normatywnych w konstrukcji kasacji po początkowym okresie jej ponownego funkcjonowania w polskim prawie

²² Kwestię tego rodzaju kolizji interesów można porównać do prezentowanego w doktrynie przez Z. Świdę bardziej partykularnego problemu możliwości promowania przez sądy apelacyjne restrykcyjnej wykładni art. 25 § 2 k.p.k. z uwagi na niechęć zwiększania własnego obciążenia jako sądu odwoławczego w wypadku wyrażenia zgody na przekazanie sprawy do rozpoznania w pierwszej instancji w sądzie okręgowym. Por. Z. Świada, *Właściwość sądu i prawo strony do rozstrzygnięcia sprawy w „rozsądnym terminie”*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 10, s. 40. Analogicznie S. Pawelec, *Spółka kapitałowa jako pokrzywdzony w procesie karnym*, Warszawa 2011, s. 57–58.

²³ Przedstawiony pogląd wskazuje jedynie na możliwość istnienia tego typu zagrożenia, wynikającego z kształtu powstałej instytucji. Ramy niniejszej pracy nie pozwalają natomiast na szczegółową analizę danych statystycznych w tej sferze. Wiarygodne badanie tego typu wymagałoby nie tylko porównania procentowego udziału wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania do innych wyroków w sprawach karnych, ale dodatkowo musiałoby brać poprawkę na zmiany w strukturze przestępczości w poszczególnych latach oraz zmiany w zakresie penalizacji poszczególnych zachowań na przestrzeni lat. Symptomatycznym przykładem istotnych zmian na przestrzeni lat w tej ostatniej sferze, przekładającym się także na kształt ogólnych statystyk skazań w Polsce (w tym na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania), są przepisy karne ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (art. 53–73a), gruntownie zmienione ustawą z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (w szczególności w zakresie wprowadzenia nowego przepisu art. 62a). Odnosząc się natomiast do publicznie dostępnych danych GUS, wskazać należy, że publikowane przez tę instytucję odrębne wyliczenia liczby wyroków skazujących na bezwzględne kary pozbawienia wolności oraz na kary warunkowo zawieszane sięgają wstecz wyłącznie do 2000 r. Przed tą datą GUS prezentował wyłącznie zbiorcze zestawienia wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności, bez rozdziału według kryterium warunkowego zawieszenia wykonania kary. Odnośnie do danych szczegółowych za lata 2000, 2005, 2009 oraz 2010 por. *Mały Rocznik Statystyczny Polski 2012*, Warszawa 2012, s. 111.

karnym procesowym na mocy noweli z 29 czerwca 1995 r. do Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. (Dz.U. nr 89, poz. 443), a następnie w pierwotnym brzmieniu kodyfikacji z 1997 r. Obecne w uzasadnieniu rządowego projektu zmian z 2000 r. odwołanie do uwarunkowań praktycznych związanych z możliwościami orzecznictwem Sądu Najwyższego należy więc przyjąć ze zrozumieniem. Skalę problemu obrazują dobitnie dane liczbowe przywołane w tym uzasadnieniu²⁴, analizowane dokładnie również w doktrynie.

Pomimo trafnego zawężenia kategorii orzeczeń podlegających zaskarżeniu w trybie kasacji w regulacji art. 519 k.p.k. z 1997 r. w stosunku do znowelizowanych rozwiązań Kodeksu z 1969 r.²⁵ oraz pomimo zwiększającej się liczby rozpatrywanych z roku na rok kasacji liczba zaległych spraw przed Sądem Najwyższym stale rosła. W 1996 r., tj. w pierwszym roku funkcjonowania kasacji, na następny okres przeniesiono 1010 spraw (dotyczących 1161 osób). W roku 2000 r. było to już 4885 spraw (dotyczących 5685 osób)²⁶. W takim stanie rzeczy trudno nie zgodzić się z argumentem, że ceną za łatwą dostępność kasacji stało się wieloletnie oczekiwanie na jej rozpoznanie i że była to cena wygórowana²⁷. Projektodawcy zmian z 2000 r. wskazywali nawet, że tworzące się zaległości grozić będą mnożeniem się sytuacji, w których „orzeczenie Sądu Najwyższego w przedmiocie podstaw prawnych wydanego wyroku będzie zapadać po odbyciu orzeczonej kary w całości, a nawet po zatarciu skazania”²⁸.

Wobec jednoznacznej woli ustawodawcy odnośnie do stworzenia przedmiotowego ograniczenia dostępności kasacji dla stron postępowania karnego dostrzec też należy, że pomimo prezentowanych uwag na temat pewnych mankamentów przyjętego w znowelizowanym art. 523 k.p.k. rozwiązania cechuje się ono tą niezaprzeczalną zaletą, jaką jest klarowność przyjętego kryterium podziału. Trafnie zwraca bowiem uwagę P. Kruszyński na niebezpieczeństwo stosowania nieostrych pojęć ocennych przy określaniu podstaw kasacji, czego konsekwentnie unikał ustawodawca przedwojenny, zdając sobie sprawę ze skutków posługiwania się wieloznacznymi, „kauczukowymi” wyrażeniami²⁹.

Odnosząc się do praktycznego problemu faktycznej konieczności przeprowadzenia w 2000 r. tak poważnego ograniczenia przedmiotowego podstaw kasacyjnych, należy jednak mieć jednocześnie na uwadze, że wprowadzone zmiany nie ograniczyły się wyłącznie do ingerencji w treść art. 523 k.p.k., lecz objęły także m.in. inną przyczynę

²⁴ Por. s. 1–2 uzasadnienia.

²⁵ Mowa o ograniczeniu możliwości wnoszenia przez strony kasacji od prawomocnych postanowień zapadłych po wyczerpaniu toku instancyjnego.

²⁶ Dane podane za: M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 307–308. Autorka jako źródło danych wskazuje roczne sprawozdania z działalności Izby Karnej SN. Por. także P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Suplement do t. 2*, Warszawa 2000, s. 94–95. Z kolei S. Zabłocki wskazuje, powołując się na niepublikowane statystyki wewnętrzne SN: „gdy na posiedzeniu w dniu 20 lipca 2000 r. Sejm uchwalał ustawę nowelizacyjną, w Izbie Karnej Sądu Najwyższego było już blisko 6000 zaległych spraw, w tym ponad 5500 spraw stanowiły nierozstrzygnięte skargi kasacyjne (...) Realne możliwości ich rozpoznania przez Izbę przy zastosowaniu dotychczasowej procedury (...) kształtowały się na poziomie od 50 do 150 spraw miesięcznie” – S. Zabłocki, *Nowela*, s. 151.

²⁷ Por. A. Światłowski, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 maja 2004 r., sygn. Sk 32/03, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 5, s. 127.*

²⁸ Por. s. 3 uzasadnienia.

²⁹ P. Kruszyński, *Podstawy kasacji*, s. 178.

przeciążenia orzeczniczego Sądu Najwyższego, jaką stanowiła konieczność rozstrzygnięcia o przedłużaniu tymczasowego aresztowania w trybie dawnego art. 263 § 4 k.p.k. Ponieważ zawężenie podstaw kasacyjnych i uchylenie kompetencji decyzyjnych Sądu Najwyższego w przedmiocie tego środka zapobiegawczego dokonane zostało wspólnie, trudno z obecnej perspektywy ocenić jednoznacznie, czy ograniczenie ingerencji do samego art. 263 k.p.k., połączone ze zmianami organizacyjnymi w strukturze organów ochrony i pomocy prawnej, nie mogło stanowić alternatywnej odpowiedzi na problem narosłych zaległości orzeczniczych spowodowanych natłokiem wnoszonych kasacji.

W doktrynie prezentowano już w przeszłości propozycje zmian wspierających funkcjonalność postępowania kasacyjnego bez konieczności radykalnego zawężania jego dostępności. Odnotować tu należy m.in. sugestie znacznego poszerzenia przy Sądzie Najwyższym zespołów doświadczonych prawników zajmujących się wstępną analizą kasacji na potrzeby ich przygotowania do rozpoznania samemu Sądowi Najwyższemu, czy też propozycje ustanowienia na wzór francuski wyspecjalizowanej izby adwokackiej, mającej wyłączne prawo sporządzania i popierania kasacji przed Sądem Najwyższym, co miałyby gwarantować odpowiednio wysoki poziom tego środka zaskarżenia³⁰. Nie podejmując się w ramach niniejszej pracy oceny tego ostatniego rozwiązania na tle innych teoretycznie możliwych zmian organizacyjnych w zakresie pomocy prawnej przy sporządzaniu kasacji, zwrócić należy uwagę na podnoszoną w piśmiennictwie kwestię merytorycznego charakteru wnoszonych do Sądu Najwyższego środków zaskarżenia. Zwolennicy zmian wprowadzonych nowelizacją z 2000 r. wskazywali bowiem, że problem stanowiła nie tylko liczba wpływających do Sądu Najwyższego kasacji, ale i fakt masowego traktowania ich jako kolejnego zwyczajnego środka odwoławczego, postrzeganego jako trzecia instancja sądowa³¹. Istotna liczba składanych kasacji nie respektowała zatem tego charakteru kasacji, jakim jest sądownie zaskarżony wyrok (tzw. sąd o sądowniu), lecz bazowała na założeniu o możliwości ponownego sądownie rozstrzygnięcia samej sprawy, ignorując przez to podstawy kasacyjne³².

Być może więc warto rozwijać i poddać dalszej analizie praktycznej oraz szerszym konsultacjom środowisk prawniczych drogą wspierania funkcjonalności postępowania przed Sądem Najwyższym mogłoby być dopracowywanie mechanizmów możliwie sprawnego rozstrzygnięcia negatywnego o tych spośród składanych kasacji, które w oczywisty sposób nie respektują nadzwyczajnego charakteru tego środka, a nie generalne eliminowanie możliwości zaskarżania szerokiej grupy rozstrzygnięć, w których także przecież mogło dojść do rażącego naruszenia prawa o bardzo poważnych skutkach. Na tym tle zwrócić należy uwagę, że zakwestionowanie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 stycznia 2006 r. regulacji art. 535 § 2 k.p.k. (jako niezgodnego z art. 2 w związku z art. 45 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z jej art. 77) nie wynikało

³⁰ Por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 321, 339–340.

³¹ Por. uwagi prezentowane jeszcze w odniesieniu do stanu po nowelizacji k.p.k. z 1969 r. z 29 czerwca 1995 r. – P. Hofmański, S. Zabłocki, *Wybrane zagadnienia postępowania kasacyjnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 1997, nr 11–12, s. 19–20.

³² Por. m.in. przywołany w uzasadnieniu wyroku TK z 17 maja 2004 r. przebieg dyskusji parlamentarnej nad projektem nowelizacji k.p.k. z 2000 r. Por. także L. K. Paprzycki, *Model kasacji*, s. 9. W zakresie charakterystyki kasacji jako „sądu o sądowniu” L. K. Paprzycki przywołuje przy tym stanowisko A. Kaftala – A. Kaftal, *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 25–26.

z samej negatywnej oceny możliwości uproszczonego decydowania w przedmiocie kasacji oczywiście bezzasadnych. Trybunał zwrócił uwagę na niekonstytucyjność kumulacji czynników, w postaci braku konieczności zawiadomienia strony (pełnomocnika) o posiedzeniu, niejawności postępowania w sprawie oczywiście bezzasadnej kasacji, samego posługiwania się niezdefiniowanym pojęciem „oczywistej bezzasadności” oraz braku obowiązku sporządzania uzasadnienia rozstrzygnięcia w tym przedmiocie. Samo uproszczenie procedowania przez Sąd Najwyższy w stosunku do kasacji w sposób oczywisty nieodpowiadających wymogom normatywnym stawianym temu środkowi zaskarżenia nie zostało generalnie zanegowane, co potwierdza aktualne brzmienie art. 535 k.p.k.³³

Opowiedzenie się za szerszą dostępnością kasacji dla stron, w tym przede wszystkim w zakresie kasacji na korzyść, nie mogłoby się jednak ograniczać do zmiany normatywnej w treści przepisów Kodeksu postępowania karnego, lecz musiałoby zostać sprzęgnięte co najmniej z istotnymi zmianami organizacyjnymi, znacznie poszerzającymi przede wszystkim zaplecze organizacyjne Sądu Najwyższego. Tylko w takich warunkach można by bowiem mówić o jakiegokolwiek zmianie w porównaniu z tymi trudnościami, z którymi zmagał się Sąd Najwyższy przed nowelizacją z 2000 r. Jest to z pewnością wyjście dużo bardziej pracochłonne i wymagające dużo większego zaangażowania środków publicznych niż wprowadzenie zmian normatywnych zawężających dostępność kasacji na poziomie przedmiotowym. W kontekście wcześniejszych uwag na temat potencjalnych zagrożeń wiążących się ze zminimalizowaniem możliwości sprawowania nadzoru kasacyjnego nad bardzo szeroką grupą rozstrzygnięć, wydaje się jednak, że w dłuższej perspektywie byłoby to rozwiązanie warte wspierania, jako służące trwałej poprawie jednolitości i jakości orzecznictwa w sprawach karnych w sądach powszechnych³⁴.

IV. ROLA KASACJI NADZWYCZAJNEJ

Patrząc na wprowadzone nowelą z 2000 r. zmiany, warto także odnieść się do kwestii pozostawionej stronom możliwości wnioskowania o złożenie przez jeden z podmiotów specjalnych³⁵ kasacji nadzwyczajnej (zwanej także, w ślad za terminologią stosowaną w odniesieniu do art. 538 Kodeksu z 1928 r., „kasacją w obronie ustawy”). Podmioty specjalne nie tylko bowiem mają możliwość wnoszenia kasacji od szerszego niż strony zakresu orzeczeń (zgodnie z art. 521 k.p.k.), ale również nie zostały objęte wprowadzonymi omawianą nowelizacją ograniczeniami przedmiotowymi (zob. art. 521 § 4 pkt 2 k.p.k.). Stąd też obok samej możliwości podnoszenia zarzutu rażącego naruszenia prawa

³³ Wprowadzone przez nowelizację z 12 stycznia 2007 r. (Dz.U. nr 20, poz. 116).

³⁴ Kierując się zaś względami czysto pragmatycznymi, dotyczącymi także współfinansowania tego typu pomysłów, rozważyć można by podniesienie wysokości opłat od kasacji w sprawach karnych, których stawki nie były zmieniane od blisko dziesięciu lat, przez co oddaliły się swoją realną wysokością od rangi problemu towarzyszącego składanemu środkowi prawnemu. Por. § 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 maja 2003 r. w sprawie wysokości opłaty od kasacji w sprawach karnych.

³⁵ Tj. Prokuratora Generalnego (dawniej Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny), RPO oraz, po nowelizacji z 24 września 2010 r. ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka i niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 197, poz. 1307), również RPD w zakresie orzeczeń naruszających prawa dzieci.

z art. 439 k.p.k. uprawnienia kasacyjne tych podmiotów wskazywane są jako środki łagodzące rygorystykę ograniczeń przedmiotowych w dostępie stron do tego środka zaskarżenia przewidzianych przez art. 523 § 2 i 3 k.p.k.³⁶

Przykład funkcjonowania instytucji kasacji nadzwyczajnej po nowelizacji z 2000 r. wydaje się jednak pokazywać, że rozwiązanie problemu liczby wpływających nadzwyczajnych środków zaskarżenia skutkowało w rzeczywistości przesunięciem znacznej części dawnego obciążenia, a pośrednio także dawnych kompetencji decyzyjnych Sądu Najwyższego na podmioty specjalne, w tym w istotnej części na Rzecznika Praw Obywatelskich³⁷. Przyspieszenie i zwiększenie funkcjonalności rozpatrywania kasacji zwykłych pociągnęło za sobą automatycznie przeciążenie instytucji tzw. „kasacji w obronie ustawy”. Stan ten można uznać za pogarszający (w stosunku do stanu sprzed nowelizacji z 2000 r.) sytuację procesową osób ubiegających się o wniesienie w ich sprawie kasacji nadzwyczajnej w jej klasycznym ujęciu, tj. przewidzianej przez art. 521 k.p.k. możliwości zaskarżania przez podmioty specjalne także tych rozstrzygnięć, których nie mogą skarżyć same strony (prawomocnych postanowień i wyroków uprawomocnionych w pierwszej instancji). Wnioski w tym przedmiocie zaczęły bowiem wpadać do wspólnego zasobu z masowo kierowanymi wnioskami będącymi reakcją na ograniczenia wprowadzone w art. 523 § 2 i 3 k.p.k.³⁸

Dokonując obrazowego uproszczenia, można zaryzykować tezę, że w ujęciu globalnym problem natłoku wniosków o zastosowanie przez Sąd Najwyższy nadzwyczajnej kontroli kasacyjnej nie zmienił się poważnie. Został on raczej rozdzielony pomiędzy te wypadki, w których strona spełniająca nowe, zawężone przedmiotowo warunki dopuszczalności kasacji może zwrócić się bezpośrednio do Sądu Najwyższego (licząc na dużo szybsze niż wcześniej rozpatrzenie jej skargi), oraz takie sytuacje, w których może ona ubiegać się o to jedynie pośrednio, kierując wniosek do podmiotu specjalnego (najczęściej Rzecznika Praw Obywatelskich), natrafiając przy tym na przeciążenie takiego organu liczbą wpływających spraw, przypominające dawną sytuację Sądu Najwyższego. Podmiot specjalny, działając na zasadzie swobodnego przedsądu, wybiera zaś te sprawy, które zostaną przez niego uznane za wymagające wsparcia kasacyjnego z uwagi na spełnianie przez nie wymogu zgodności z ogólnymi podstawami kasacyjnymi z art. 523 § 1 k.p.k. oraz związek z konstytucyjnie i ustawowo określonymi zadaniami tego podmiotu³⁹. Kasacja nadzwyczajna, pełniąc w ujęciu modelowym (a także

³⁶ Argument ten jest wyraźnie eksponowany w przywoływanym już uzasadnieniu wyroku TK z 17 maja 2004 r., SK 32/03. Odnośnie do tej ścieżki wnoszenia kasacji por. także W. Grzeszczyk, *Postępowanie kasacyjne*, s. 57; S. Zabłocki, *Nowela*, s. 162.

³⁷ Warto natomiast odnotować, że według przeprowadzonych przez M. Stanowską badań praktycznych w latach 1996–2002 na 1366 ostatecznie wniesionych do SN kasacji nadzwyczajnych aż 786 pochodziło od Prokuratora Generalnego (588 na korzyść, 198 na niekorzyść), 405 od RPO (394 na korzyść, 11 na niekorzyść), a 175 od samego Ministra Sprawiedliwości (zob. stan sprzed nowelizacji z 10 stycznia 2003 r.; 144 na korzyść, 31 na niekorzyść). Szerzej por. M. Stanowska, *Kasacja nadzwyczajna w sprawach karnych, cz. I*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 5, s. 40–41.

³⁸ Odnośnie do zwiększonego obciążenia podmiotów specjalnych por. także uwagę w przypisie 1, dotyczącą zwiększenia przedmiotowego zakresu kasacji tych podmiotów w wyniku nowelizacji k.p.k. z 10 stycznia 2003 r.

³⁹ Odnośnie do szczegółowych danych statystycznych oraz wykazu spraw, w których interwencje w postaci kasacji nadzwyczajnej podjął RPO w 2011 r., por. *Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich*

w wyjściowej warstwie terminologicznej) rolę akcesoryjną w stosunku do kasacji stron i służąca eliminacji orzeczeń, których nie sposób usunąć w innym trybie procesowym⁴⁰, zaczęła być tym samym postrzegana jako niemalże standardowy instrument zaskarżania prawomocnych rozstrzygnięć w sprawach karnych.

W świetle powyższego pytanie o rozważenie przez ustawodawcę przynajmniej częściowego powrotu do szerszego zakreslenia przedmiotowych podstaw kasacyjnych dla stron, w tym przede wszystkim na korzyść oskarżonego, staje się tym bardziej zasadne. W obecnej sytuacji problem natłoku wniosków o pomoc interwencyjną Sądu Najwyższego został bowiem nie tyle rozwiązany, ile częściowo odsunięty od Sądu Najwyższego, przy dostrzegalnych kosztach ubocznych takiego rozwiązania.

V. WNIOSKI KOŃCOWE

Wprowadzone nowelizacją z 20 lipca 2000 r. przedmiotowe ograniczenia podstaw kasacyjnych dla stron postępowania karnego podyktowane zostały przede wszystkim pilną potrzebą uwolnienia Sądu Najwyższego od poważnego przeciążenia orzeczniczego. Przyjęte w zmienionym art. 523 k.p.k. rozwiązanie kompromisowe utrwaliło się przez kilkanaście lat jego obowiązywania w polskim systemie prawnym, a po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 maja 2004 r. także obroniło się w aspekcie jego zgodności z porządkiem konstytucyjnym.

Niezaprzeczalnie pozytywnym skutkiem wprowadzonego ograniczenia stało się znaczne przyspieszenie rozpatrywania przez Sąd Najwyższy wnoszonych kasacji. Ze zrozumieniem należy przyjąć decyzję podjętą na gruncie ówczesnego obłożenia sprawami i możliwości organizacyjnych Sądu Najwyższego, który musiał wybierać pomiędzy łatwą dostępnością kasacji, okupioną jednak wieloletnim oczekiwaniem przez strony (przede wszystkim samych prawomocnie skazanych) na jej rozpoznanie, a funkcjonalnością i szybkością rozstrzygania o znacznie ograniczonej liczbie spraw, i wybrał to drugie rozwiązanie. Abstrahując od oceny merytorycznej zasadności posłużenia się zastosowanymi w art. 523 § 2 i 3 k.p.k. kryteriami ograniczeń przedmiotowych (ze szczególnym naciskiem na kryterium z art. 523 § 2 k.p.k.), odnotować należy także, że ich zaletą jest ich klarowny charakter.

Negatywne konsekwencje zastosowanej w znowelizowanym art. 523 k.p.k. konstrukcji mają natomiast wielopłaszczyznowy charakter. W płaszczyźnie ogólnej wiążą się z ograniczeniem udziału Sądu Najwyższego w propagowaniu standardów prawidłowego stosowania przepisów prawa przez sądy powszechne oraz umniejszeniem tradycyjnej funkcji postępowania kasacyjnego, polegającej na przeciwdziałaniu utrzymywaniu się w systemie prawnym wyroków karnych rażąco naruszających prawo.

W świetle powyższego wyrażać można również obawy co do możliwego pogorszenia jakości orzecznictwa oraz lokalnego utrwalania rażąco błędnych interpretacji prawnych

w 2011 r., załącznik nr 7, s. 330, dokument dostępny w wersji elektronicznej na stronie www.rpo.gov.pl (31 października 2012 r.). Z przedstawionych danych wynika, że w 2011 r. RPO podjął interwencję kasacyjną ogółem w 78 sprawach karnych. Odnośnie do statystyk samego napływu spraw do RPO oraz procentowego udziału spraw karnych na tym tle por. załącznik nr 1 do wskazanego dokumentu, s. 288–302.

⁴⁰ Odnośnie do relacji kasacji nadzwyczajnej do kasacji stron por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Kasacja*, s. 319.

w tych rodzajach spraw, w których zapadają wyroki niemieszczące się w ramach nowych ograniczeń przedmiotowych dostępności kasacji dla stron postępowania. Mając zaś na uwadze, że do tego typu wyroków w pierwszej kolejności należą wyroki na niekorzyść oskarżonego, skazujące go na karę inną niż bezwzględna kara pozbawienia wolności, w szczególności obawiać można się pogorszenia dbałości sądów powszechnych o poszanowanie interesów procesowych tego uczestnika postępowania. W skrajnym ujęciu można nawet wyrazić obawę o wykreowanie stanu stwarzającego sądom powszechnym pozanormatywną pokusę łatwiejszego sięgania w wypadkach wątpliwych po łagodny wyrok skazujący (z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności) niż po wyrok uniewinniający. Ten pierwszy rodzaj rozstrzygnięcia, po jego uprawomocnieniu w drugiej instancji, radykalnie minimalizuje bowiem ryzyko niedogodności związanych z uruchomieniem kontroli Sądu Najwyższego nad prawidłowością postępowania odwoławczego.

Na poziomie indywidualnym odnieść należy się przede wszystkim do kwestii nieskorelowania wprowadzonych ograniczeń, w tym przede wszystkim art. 523 § 2 k.p.k., z problematyką samego skomplikowania poszczególnych spraw karnych oraz związanego z tym ryzyka występowania na ich gruncie rażących naruszeń prawa rzutujących na prawidłowość końcowego rozstrzygnięcia. Niewątpliwemu pogorszeniu na tym tle w stosunku do stanu sprzed 2000 r. uległa sytuacja procesowa osób oskarżanych w procesach, w których kara izolacyjna nie stanowi realnej groźby, a które jednak z uwagi na swój specjalistyczny charakter lub występujące na ich gruncie trudności z oceną kwestii bezprawności oraz strony podmiotowej mogą stwarzać szczególnie duże ryzyko poważnych uchybień orzeczniczych, zarówno o charakterze materialnoprawnym, jak i procesowym.

Ostatecznie wreszcie należy mieć na uwadze, że wprowadzona jako podstawowe kryterium dopuszczalności kasacji strony biernej procesu sama uciążliwość w postaci prawomocnego orzeczenia kary izolacyjnej stanowi dopiero następstwo pierwszoplanowego problemu w postaci możliwości prawomocnego skazania osoby niewinnej. Pamiętać należy przy tym, że w wielu indywidualnych wypadkach dotkliwość orzeczenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, z uwagi na powiązanie jej z określonymi środkami karnymi, skutki cywilnoprosesowe kreowane przez art. 11 k.p.c. oraz dalsze konsekwencje zawodowe i finansowe, jest tak poważna dla osoby skazanej, że zastosowane w art. 523 § 2 k.p.k. generalne kryterium odmowne staje się trudne do obronienia.

W świetle powyższego uzasadnione wydaje się powrócenie do dyskusji nad możliwością zwiększenia przedmiotowego zakresu kontroli kasacyjnej Sądu Najwyższego w sprawach karnych, przede wszystkim na korzyść oskarżonego. Dla wybrania na tym tle rozwiązania możliwego do urzeczywistnienia w praktyce procesowej konieczne będzie jednak skorzystanie z doświadczeń związanych z okolicznościami przywracania szerokiej dostępności kasacji u schyłku funkcjonowania poprzedniej kodyfikacji, a następnie jej praktycznego funkcjonowania w pierwszych latach obowiązywania Kodeksu z 1997 r., kiedy wartościowy zamysł modelowy zderzył się z niemożliwymi do przezwyciężenia ograniczeniami natury praktycznej. Stąd też propozycje ewentualnych zmian w treści Kodeksu postępowania karnego, pozwalających stronie biernej występować z kasacją nie tylko w wypadkach skazania na karę izolacyjną, połączyć należałoby z sze-

rokimi konsultacjami praktycznymi, nakierowanymi na wprowadzenie takich zmian organizacyjnych, które umożliwiłyby Sądowi Najwyższemu rozpatrywanie większej niż dotychczas liczby spraw bez uszczerbku dla jego pozycji ustrojowej.

Summary

Szymon Pawelec

ACCESSIBILITY OF CASSATION FOR PARTIES TO PENAL PROCEEDINGS
– DILEMMA OF THE ACCEPTED COMPROMISE FROM A TIME PERSPECTIVE

This paper discusses the problems connected with limited accessibility of cassation for parties to penal proceeding (especially the accused) stemming from the changes introduced to the Polish code of penal procedure („c.p.p.”) by the amendment of 20 July 2000. The main aim of the paper is to present an overview of the dogmatic and practical problems concerning changes in Article 523 c.p.p., where urgent needs of the Supreme Court, overwhelmed by the great number of pending cases, resulted in the introduction of new regulations of a typically pragmatic character. Although those changes have stabilized in the system of penal procedure and have been successfully defended in the constitutional aspect (see the decision of the Constitutional Tribunal of 17 May 2004) they may still best be described as the choice of the lesser harm, not an optimal solution. The general role of the Supreme Court concerning supervision over common courts (Art. 183 p. 1 of the Constitution) had to be vastly narrowed and, through the new regulation of Art. 523 § 2 c.p.p., legal security of the accused in complicated cases not ending by the penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution– severely weakened.

KEY WORDS: cassation, final judgment, the Supreme Court, Ombudsman, the accused

SŁOWA KLUCZOWE: kasacja, prawomocny wyrok, Sąd Najwyższy, Rzecznik Praw Obywatelskich, oskarżony

KONTRATYP DZIAŁANIA W GRANICACH SZCZEGÓLNYCH UPRAWNIENÍ I OBOWIĄZKÓW (cz. 2)

PRZYKŁADY KONTRATYPÓW DZIAŁANIA W ZAKRESIE UPRAWNIENÍ (OBOWIĄZKÓW) SŁUŻBOWYCH

STOSOWANIE ŚRODKÓW PRZYMUSU W RAMACH CZYNNOŚCI URZĘDOWYCH

W zakresie czynności urzędowych największe znaczenie mają uprawnienia organów państwowych do stosowania środków przymusu. Niejako oczywiste jest, że nie można uznać za „przemoc” w rozumieniu prawa karnego wszelkich środków przymusu, w tym i przymusu bezpośredniego, stosowanych przez uprawnione do tego organy (funkcjonariusz Policji, komornik). Warunkiem jest, aby ich użycie mieściło się w granicach ich ustawowych uprawnień, przy jednoczesnym istnieniu podstawy prawnej i faktycznej ich zastosowania. W doktrynie zwraca się uwagę, że warunkami legalności czynności urzędowej, poza wyżej wymienionymi, są również kompetencja rzeczowa i miejscowa podmiotu do wykonywania określonej czynności¹. Jako przykład tej zasady można podać, że tylko właściwy sąd lub prokurator może w ramach swej kompetencji stosować środki zapobiegawcze (art. 249, 250 k.p.k.). A. Gubiński w tym miejscu słusznie zwraca również uwagę, że istnieje wiele czynności urzędowych, w których dokonanie czynności jest uzależnione od oceny osoby uprawnionej. Co do zasady dokonanie błędnej oceny nie może oznaczać natychmiastowego uznania czynu urzędnika za przestępny. Jednak w sytuacji, gdy funkcjonariusz kierował się złą wolą bądź gdy podjął decyzję, u genezy której leżało zaniedbanie w zakresie wykonania obowiązków służbowych, jego działanie nie jest objęte kontratypem².

POZBAWIENIE WOLNOŚCI

Przestępstwo określone w art. 189 k.k. ma co prawda charakter powszechny, jednak możliwe jest wyłączenie bezprawności czynu, gdy pozbawiający wolności działa w ramach i zakresie swoich praw i obowiązków. Uprawnienia te, powiedzmy to raz jeszcze, muszą wynikać ze ściśle określonych przepisów prawa i nie wolno ich domniemywać³. Powinny być również bezwzględnie realizowane w sposób zgodny z prawem⁴, pozbawienie wolności może zaś trwać jedynie przez okres niezbędny do osiągnięcia celów określonych prawem⁵.

¹ S. Leleńtal, (w:) *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i o przestępstwie*, red. J. Waszczyński, Łódź 1979, s. 237; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 312; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 180; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 111; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 59.

² A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności*, s. 60–61.

³ M. Filar, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, s. 619.

⁴ A. Marek, *Komentarz do art. 189 kodeksu karnego*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010.

⁵ J. Wojciechowska, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 731.

Katalog okoliczności zgodnego z prawem pozbawienia wolności jest szeroki. Jak się wydaje, do najważniejszych i najczęściej stosowanych należy dokonywane w wielu sytuacjach pozbawienie wolności zatrzymanego (art. 244, 247 k.p.k.) bądź podejrzanego na mocy postanowienia o tymczasowym aresztowaniu (art. 250 i n. k.p.k.), wykonanie kary pozbawienia wolności (art. 67 i n. k.k.w.), umieszczenie w izbie wytrzeźwień (art. 40 i n. ustawy z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi), zakładzie psychiatrycznym (art. 23 i 24 ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego), schronisku dla nieletnich (art. 27 ustawy z 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich), stosowanie środków zabezpieczających (art. 94–97 k.k.). Co oczywiste, powyższe przypadki jako zgodne z prawem, a często nawet nakazane przez prawo, nie są przestępstwami z art. 189 k.k.

W doktrynie słusznie zwraca się jednak uwagę, że nawet osoby legalnie pozbawione wolności mogą być obiektami przestępstwa z art. 189 k.k. Do sytuacji takich dojść może, gdy wolność osoby odbywającej karę pozbawienia wolności, karę aresztu, osoby zatrzymanej czy tymczasowo aresztowanej zostaje dodatkowo bezprawnie uszczuplona np. przez skucie kajdankami czy związanie przez współwięźniów⁶.

Ponadto należy pamiętać, że w wymienionych przypadkach „legalnego” pozbawienia wolności może dojść do popełnienia przestępstwa z art. 189 k.k. przez zaniechanie. Do sytuacji takiej dochodzi, gdy osoba odpowiedzialna, wbrew prawnemu obowiązкови, nie zwolniła zatrzymanego, tymczasowo aresztowanego albo pozbawionego wolności mimo upływu terminu zatrzymania, tymczasowego aresztowania lub odbycia kary pozbawienia wolności w całości bądź nie zwolniła osoby umieszczonej w izbie wytrzeźwień⁷.

Rozważając wyżej opisaną sytuację, należy jednak pamiętać, że przestępstwo z art. 189 k.k. może zostać popełnione wyłącznie umyślnie, a zatem sprawca musi pozbawić wolności człowieka świadomie, tj. z zamiarem bezpośrednim, albo co najmniej godzić się na to, tj. z zamiarem ewentualnym. Tym samym gdy funkcjonariusz publiczny, nie dopełniając swoich obowiązków, dopuszcza się nieumyślnego pozbawienia wolności aresztanta lub zatrzymanego poprzez nieuwolnienie go pomimo upływu terminu zastosowania tego środka, nie popełnia czynu z art. 189 k.k. W tej sytuacji należałoby rozważyć zastosowanie art. 231 § 3 k.k., pod warunkiem wyrządzenia pokrzywdzonemu istotnej szkody, o której mowa w przepisie. Ogranicza to możliwość penalizacji do wypadków poważnych, przy czym przepis nie określa charakteru tej szkody, może być to więc zarówno szkoda majątkowa, jak i istotny uszczerbek na zdrowiu⁸.

Standardy zgodnego z prawem pozbawienia wolności wyrażają nie tylko przepisy Konstytucji RP oraz ustaw, lecz również liczne dokumenty międzynarodowe. Do najważniejszych należy zaliczyć europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, która w art. 5 przedstawia rozbudowany katalog przypadków zgodnego z prawem pozbawienia wolności oraz minimalnych gwarancji procesowych przysługujących osobom pozbawionym wolności. Podpisanie i ratyfikowanie Konwencji

⁶ Tamże, s. 726.

⁷ Tamże, s. 729; A. Marek, *Komentarz do art. 189 kodeksu karnego*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*.

⁸ J. Wojciechowska, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, s. 729; A. Marek, *Komentarz do art. 189 kodeksu karnego*, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*.

przez Polskę pozwala obywatelom polskim na dochodzenie sprawiedliwości, po wyczerpaniu krajowych środków prawnych, m.in. w razie naruszonego standardu wolności, przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu.

DZIAŁANIA PODEJMOWANE W RAMACH DZIAŁALNOŚCI OPERACYJNEJ POLICJI

Działalność operacyjna Policji, aby osiągnąć zamierzony cel, wymaga niejednokrotnie podejmowania niekonwencjonalnych działań. Wychodząc naprzeciw tej potrzebie, a zarazem spełniając wymóg ustawowego źródła kontratypu, ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁹ w wielu miejscach przyznaje funkcjonariuszom uprawnienia uchylające bezprawność ich czynów. Przykładem niech będzie art. 20a ust. 3a ustawy o Policji, wyraźnie ustanawiający kontratyp działania w zakresie uprawnień i obowiązków.

W świetle wyżej wymienionego przepisu nie popełnia przestępstwa, kto poleca sporządzenie lub kieruje sporządzeniem dokumentów, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących policjanta oraz środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zadań służbowych, kto takie dokumenty sporządza, kto udziela pomocy w ich sporządzeniu oraz kto posługuje się tymi dokumentami przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych. Szczegółowe zasady oraz tryb wydawania i posługiwania się wyżej wymienionymi dokumentami przez Policję są zawarte w rozporządzeniu wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 20a ust. 4 ustawy o Policji.

W praktyce chodzić będzie najczęściej o używanie przez funkcjonariuszy Policji fałszywych dokumentów w celu ukrycia swej tożsamości oraz sporządzanie takich fałszywych dokumentów, używanie fałszywych tablic rejestracyjnych samochodu itp. Kontratyp ten będzie stanowić wyjątek od przestępności takich zachowań, ustanowionej w art. 270 k.k., 271 k.k., 273 k.k., 275 k.k.¹⁰

Przepis art. 20a nie jest jedynym zawartym w ustawie o Policji kontratypem działania w zakresie uprawnień. Inny to przepis art. 19a ustawy o Policji, ustanawiający instytucję tzw. zakupu kontrolowanego, zwaną też „prowokacją policyjną”. Instytucja ta stanowi ustawowy kontratyp w relacji do art. 235 k.k., który to przepis uznaje za czyn bezprawny podstępne zabiegi kierujące przeciwko określonej osobie ściganie o przestępstwo, wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne¹¹. Nie ulega przecież wątpliwości, że dokonanie w sposób niejawnym nabycia przedmiotów, którymi obrót jest zabroniony bądź znacznie przez ustawę ograniczony, ma na celu skierowanie przeciwko określonej osobie ścigania o przestępstwo i jest podstępnym zabiegiem. Jednak na skutek szczególnych uprawnień przyznanych Policji w art. 19a ustawy o Policji czyn taki, w warunkach określonych tym przepisem, nie stanowi przestępstwa¹².

Szczególnie uprawnienia Policji wynikają nie tylko z wyżej cytowanej ustawy o Policji, ale również z samego Kodeksu postępowania karnego. Jako przykład wielu uprawnień przyznanych Policji w dziale V „Dowody” oraz dziale VI „Środki przymusu” Kodeksu postępowania karnego niech posłuży uprawnienie do przeszukania cudzego domu,

⁹ Dz.U. z 2007 r. nr 43 poz. 277.

¹⁰ W. Kotowski, *Komentarz do art. 20(a) ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, (w:) W. Kotowski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, ABC 2008, LEX.

¹¹ Postanowienie SN z 14 stycznia 2004 r., IV KK 200/03, R-OSNKKW 2004, nr 1, poz. 101.

¹² Por. T. Hanausek, *Ustawa o Policji. Komentarz*, Kraków 1996.

mieszkania, pomieszczenia. Powyższe uprawnienie, zgodnie z art. 219 § 1 k.p.k., ma na celu wykrycie lub zatrzymanie albo przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej bądź znalezienie rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Przepis ustanawia również warunek istnienia uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy tam się znajdują. Do przeprowadzenia przeszukania uprawnione są podmioty wymienione w art. 220 § 1 k.p.k., a mianowicie prokurator albo na polecenie sądu lub prokuratora Policja, a w wypadkach wskazanych w ustawie także inny organ. Przeszukanie powinno być dokonane zgodnie z celem tej czynności, z zachowaniem umiaru i poszanowania godności osób, których czynność ta dotyczy, oraz bez wyrządzania niepotrzebnych szkód i dolegliwości (art. 227 k.p.k.). Na postanowienie dotyczące przeszukania przysługuje zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone (art. 236 k.p.k.). Ponadto art. 50 Konstytucji RP gwarantuje, że przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.

Poza Policją uprawnienie do przeszukania pomieszczeń ustawodawca przyznał w szczególności: funkcjonariuszom Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 23 ust. 1 pkt 4 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹³), strażnikom Państwowej Straży Łowieckiej (art. 39 ust. 2 pkt 4 ustawy z 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie¹⁴), Straży Pożarnej, zarówno w czasie prowadzenia akcji ratowniczej, jak i w ramach tzw. czynności kontrolno-rozpoznawczych (art. 23 ust. 11 ustawy z 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej¹⁵), Najwyższej Izbie Kontroli (art. 29 i 33 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹⁶, zapewniający swobodny dostęp do obiektów i pomieszczeń jednostek kontrolowanych), inspektorom i pracownikom Kontroli Skarbowej (art. 11a ust. 1 ustawy z 28 września 1991 r. o Kontroli Skarbowej¹⁷).

Opisany kontratyp działania w zakresie uprawnień przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego i ww. ustawach uchyla zatem przestępność czynu opisanego w art. 193 k.k. Jak wskazywał Sąd Najwyższy już w orzeczeniu z 15 listopada 1921 r., cecha karygodności wtargnięcia do cudzego pomieszczenia odpada, jeżeli sprawca był urzędnikiem państwowym, działającym z mocy ustawy lub z uprawnionego polecenia właściwej władzy sądowej lub administracyjnej, tj. jeżeli wtargnięcie do mieszkania lub jego zajęcie było uprawnioną czynnością urzędową¹⁸. Przestępstwem naruszenia miru domowego jest bowiem jedynie bezprawne wdarcie się do cudzego domu, mieszkania, lokalu lub innego pomieszczenia. Jednocześnie, co oczywiste, tylko bezprawny zamach uzasadnia stosowanie prawa do obrony koniecznej wobec intruza, gdy są spełnione wszystkie warunki tej instytucji¹⁹.

¹³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. nr 29, poz. 154.

¹⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2005 r. nr 127, poz. 1066 z późn. zm.

¹⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2009 r. nr 12, poz. 68 z późn. zm.

¹⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. nr 231, poz. 1701 z późn. zm.

¹⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2004 r. nr 8, poz. 65 z późn. zm.

¹⁸ Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 15 listopada 1921 r., poz. 1961/1921, Zb. O. 1921, poz. 158.

¹⁹ A. Marek, *Komentarz do art. 193 kodeksu karnego*, (w:) A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*.

KONTRATYPY ZWIĄZANE Z FUNKCJĄ ADWOKATA

Kolejny z bliżej omawianych kontratypów działania w zakresie uprawnień (obowiązków) ma swoje źródło w przepisach Kodeksu postępowania karnego oraz w ustawie Prawo o adwokaturze²⁰ i nie dotyczy *stricte* obowiązków służbowych. Jego źródłem są szczególne uprawnienia i obowiązki związane z funkcją pełnioną przez adwokata podczas procesu karnego, a także z samą istotą stosunku obrończego.

W myśl przepisu art. 178 k.p.k. nie wolno przesłuchiwać w charakterze świadka obrońcy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. Ponadto adwokat niebędący obrońcą, na podstawie art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze, zobowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. W konsekwencji każda wiadomość uzyskana przez adwokata z tytułu wykonywania zawodu objęta jest tajemnicą zawodową, a nie tylko wiadomość powzięta przez adwokata-obrońcę.

W doktrynie zarysował się spór w zakresie pytania o charakter tajemnicy adwokackiej, o której mowa w art. 6 Prawa o adwokaturze, a zatem czy ma ona charakter względny, czy bezwzględny. Przeważają jednak głosy, i słusznie, że tajemnica ta ma charakter bezwzględny i niedoniesienie o czynie zabronionym przez adwokata, który wiadomość o tym uzyskał w związku z udzielaniem pomocy prawnej, stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność adwokata za to przestępstwo. Działanie adwokata jest w tym wypadku objęte kontratypem działania w zakresie jego szczególnych uprawnień i obowiązków²¹. Nie brakuje jednak również głosów, które nie znajdują usprawiedliwienia dla postępowania adwokata, który nie przekazuje organom ścigania wiarygodnej informacji o zabójstwie bądź innej zbrodni wymienionej w art. 240 § 1 k.k., zasłaniając się tajemnicą zawodową²². Przyjęcie jednak drugiego zaprezentowanego stanowiska pozostaje w sprzeczności ze szczególnym charakterem relacji adwokata i jego klienta, która musi być oparta na zaufaniu.

Na marginesie należy podnieść, że ustawodawca ustanowił wyraźny wyłom od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej poprzez wprowadzenie w art. 6 ust. 4 Prawa o adwokaturze postanowienia, że nie dotyczy on informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu²³ – w zakresie określonym tymi przepisami. Tym samym kontratyp działania w zakresie obowiązku zachowania tajemnicy w przypadkach objętych niniejszą ustawą nie będzie miał miejsca. Powyższa zmiana ustawy spotkała się ze zdecydowaną krytyką środowiska prawniczego²⁴.

²⁰ Dz.U. z 1982 r. nr 16, poz. 124.

²¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 297; M. Szewczyk, *Komentarz do art. 240 kodeksu karnego*, (w:) A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, 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.*, Zakamycze 2006, LEX; Z. Skoczek, *Spór o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969, nr 2; E. Hansen, *Tajemnica zawodowa adwokata*, „Palestra” 1962, nr 3; B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 193.

²² A. Marek, *Komentarz do art. 240 kodeksu karnego*, (w:) A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*; K. Buchała, *W sprawie sporu o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969, nr 2; M. Cieślak, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964, nr 3.

²³ Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1505 z późn. zm.

²⁴ *Tajemnica zawodowa prawników a nowelizacja ustawy o „praniu brudnych pieniędzy” – sprawozda-*

Opisany kontratyp nie jest jedynym związanym z rolą adwokata-obrońcy w procesie karnym. Inny to kontratyp szczególnych praw i obowiązków adwokata, uchylający bezprawność działań, które w innym wypadku uznane zostałyby za poplecznictwo (art. 239 k.k.). Problem ten co jakiś czas gości na wokandach sądowych, wywołując za każdym razem żywiołowe spory. Nie analizując w tym miejscu szerzej tego zagadnienia, wskazać należy, że kontratyp ten ma swoje źródło w szczególnej roli obrońcy w procesie karnym, który niejako z definicji będzie „utrudniał lub udaremniał postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa uniknąć odpowiedzialności karnej”. Powyższe wynika między innymi z takich uprawnień i obowiązków obrońcy, jak: prawo do kontaktu z oskarżonym, prawo do kontaktowania się z osobowymi źródłami dowodowymi, prawo do podejmowania samodzielnych działań procesowych, zakaz zajmowania dokumentów związanych z wykonywaniem funkcji obrońcy (art. 225 § 3 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k.), a przede wszystkim obowiązek przedsięwzięcia czynności procesowych jedynie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.). Te wyżej wymienione uprawnienia (obowiązki) adwokata w połączeniu z jego rolą procesową i zadaniami adwokatury pozwalają mu, w mojej ocenie, nawet na takie zachowania, jak w szczególności: odwołanie zgodnego z prawdą przyznania się oskarżonego do winy, nakłanianie oskarżonego do złożenia fałszywych wyjaśnień, wymyślanie dla oskarżonego fałszywej wersji zdarzenia²⁵, odradzanie sprawcy przyznania się do winy, doradzanie mu odmowy wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, powoływanie się na zeznania świadków, o których obrońca wie, że są nieprawdziwe, czy skłanianie osób najbliższych do skorzystania z prawa odmowy zeznań²⁶.

Oczywiście działalność obrońcy nie może być kwalifikowana jako poplecznictwo tylko wówczas, gdy jest ona wykonywana w zakresie ustawowych uprawnień i obowiązków adwokata oraz jak długo nie przekroczy granic wytyczonych zadaniami adwokatury. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 stycznia 1964 r. przyjął, że może odpowiadać za poplecznictwo obrońca nakłaniający oskarżonego do mówienia nieprawdy w interesie innej osoby²⁷. Z kolei M. Czekaj słusznie twierdzi, że poplecznictwem będzie nakłanianie podejrzanego przez adwokata do ucieczki lub usuwanie przez niego dowodów rzeczowych bądź przesyłanie grypsów mających utrudnić postępowanie²⁸.

KONTRATYPY DZIAŁANIA W ZAKRESIE UPRAWNIENÍ (OBOWIĄZKÓW) PRYWATNYCH

Przechodząc do kontratypów działania w zakresie uprawnień (obowiązków) prywatnych, wskazać należy, że to ustawy z zakresu prawa cywilnego regulują wiele uprawnień

nie z seminarium „Monitora Prawniczego”, wypowiedzi: W. Szczepiński, S. Rymar, A. Kalwas, W. Fortuński, B. Kunicka-Michalska, A. Tomaszek, D. Dudek, „Monitor Prawniczy” z 2 czerwca 2004 r.

²⁵ Tak m.in.: A. Wąsek, *Z problematyki odpowiedzialności karnej obrońcy w sprawach karnych*, (w:) *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994, s. 299; B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. A. Wąsek, Warszawa 2005, s. 212; P. Kruszyński, *Granice legalności działania obrońcy w procesie karnym*, PiP 1989, z. 4; inaczej: T. Gardocka, *Z problematyki granic legalnego działania obrońcy w procesie karnym*, „Palestra” 1987, nr 3–4; L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 295.

²⁶ L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 295.

²⁷ Sąd Najwyższy w uchwale z 9 stycznia 1964 r., VI Ko 25/63.

²⁸ M. Czekaj, *Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym w nowym Kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1998, z. 1.

osób fizycznych, których wykonanie wyklucza uznanie czynu za przestępstwo. Nie każda bowiem przemoc lub groźba osoby fizycznej względem innej osoby jest wystarczająca do uznania czynu za przestępny. Jak powszechnie się przyjmuje, musi to być przemoc bezprawna, nie zaś przemoc wynikająca z realizacji uprawnień ustawowych.

Nie oznacza to bynajmniej prawa do „samosądu” i dopuszczalności egzekwowania swoich roszczeń wówczas, gdy ich istnienie jest przedmiotem sporu, a z ustawy nie wynika wyraźnie określone uprawnienie do stosowania samopomocy własnej²⁹. Samopomoc musi bowiem opierać się na wyraźnej podstawie prawnej³⁰. Jak wskazał Sąd Najwyższy już w wyroku z 14 grudnia 1934 r., samopomoc jest aktem prawnym usuwającym przestępczość działań w wykonaniu jej skutecznych, pod warunkiem utrzymania jej w granicach prawem przewidzianych³¹. Samopomoc jest to wprawdzie prawo jednostki do ochrony posiadania lub zabezpieczenia roszczenia bez odwoływania się do odpowiednich władz, jednak można ją stosować tylko w przypadkach wyraźnie prawem przewidzianych³².

Tytułem przykładu należy wskazać, że art. 343 § 2 k.c. uprawnia posiadacza rzeczy ruchomej, jeżeli grozi mu niebezpieczeństwo niepowetowanej szkody, do natychmiastowego, po samowolnym pozbawieniu go posiadania, zastosowania niezbędnej samopomocy w celu przywrócenia stanu poprzedniego. W przeciwieństwie do posiadacza nieruchomości, ustawa nie ogranicza środków samopomocy, co oznacza *a contrario*, że posiadacz rzeczy ruchomej może, stosując samopomoc, użyć przemocy (również względem osób).

Natomiast zgodnie z art. 432 k.c. posiadacz gruntu może zająć cudze zwierzę, które wyrządza szkodę na jego gruncie, jeżeli zajęcie jest potrzebne dla zabezpieczenia roszczenia o naprawienie szkody. Na zajętych zwierzęciu posiadacz gruntu uzyskuje ustawowe prawo zastawu dla zabezpieczenia należnego mu naprawienia szkody oraz kosztów żywienia i utrzymania zwierzęcia.

Podobnie na podstawie art. 10 ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego³³, w razie awarii wywołującej szkodę lub grożącej bezpośrednio powstaniem szkody, jeżeli najemca jest nieobecny lub odmawia udostępnienia lokalu, wynajmujący ma prawo wejść do lokalu w obecności funkcjonariuszy Policji lub Straży Miejskiej.

Omawiany kontratyp wynika również z uprawnień przyznanych w art. 461 § 1 k.c. (prawo zatrzymania), art. 488 § 2 k.c. (zasada powstrzymania się od spełnienia świadczenia wzajemnego do momentu zaoferowania świadczenia przez drugą stronę), art. 670 § 1 k.c. (ustawowe prawo zastawu na rzeczach ruchomych najemcy), art. 671 § 2 k.c. (zatrzymanie rzeczy obciążonych zastawem) czy art. 850 i 852 k.c. (ustawowe prawo zastawu na rzecz utrzymującego hotel lub zakład)³⁴.

W doktrynie wskazuje się również, że samopomoc będzie także obejmować sytuację,

²⁹ Sąd Najwyższy w uchwale z 27 kwietnia 1994 r., I KZP 8/94, OSNKW 1994, nr 5-6, poz. 28.

³⁰ Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lutego 1935 r., 2K 1801/34, Zb. O. 1935, z. 10, poz. 408.

³¹ Sąd Najwyższy w wyroku z 14 grudnia 1934 r., 3K 1362/34, Zb. O. 1935, z. 7, poz. 283 oraz wyroku z 17 marca 1936 r., 3K 2170/35, Zb. O. 1936, z. 10, poz. 369.

³² J. Satko, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 1994 r., I KZP 8/94, „Palestra” 1995, nr 3-4, s. 261.*

³³ Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 31, poz. 266 ze zm.

³⁴ Por.: Sąd Najwyższy w uchwale z 27 kwietnia 1994 r., I KZP 8/94; A. Marek, *Prawo karne*, s. 181.

gdy sprawca znajduje się w „spokojnym” posiadaniu skradzionej rzeczy, ale posiadanie to nie wykazuje jeszcze cech trwałości, możliwe jest jej odzyskanie, a sama akcja podjęta w tym celu bezpośrednio po naruszeniu nie została przerwana³⁵.

We wszystkich wyżej wymienionych przypadkach zachowanie się jednostki wyczerpuje ustawowe znamiona przestępstw, a jednak następuje „zalegalizowanie” czynów, które w innym przypadku byłyby przestępstwami z art. 191 k.k., art. 193 k.k. bądź przestępstwami przeciwko mieniu (art. 278 k.k., art. 284 k.k., art. 288 k.k.). Nie może być bowiem zabronione to, co jest dozwolone przez inny przepis prawa. Również w tym przypadku mamy więc do czynienia z kontratypem działania w zakresie uprawnień lub obowiązków, w tym wypadku jednak prywatnych.

PODSUMOWANIE

Opisane wyżej przykłady kontratypów działania w zakresie uprawnień i obowiązków stanowią jedynie wycinek, i to niewielki, ogromnej grupy tego rodzaju kontratypów. Niewątpliwie każdy z wymienionych (jak i niewymienionych) przykładów kontratypów działania w zakresie uprawnień i obowiązków może być przedmiotem samodzielnej analizy. Powyższe opracowanie miało na celu pokazanie, że normy prawa karnego nie mogą być odczytywane bez całokształtu przepisów prawa. Przepisy te niejednokrotnie bowiem uchylają bezprawność czynów, które formalnie wypełniają wszystkie znamiona przestępstwa.

Ponadto omawiany kontratyp jest niezwykle istotny dla funkcjonowania państwa prawa, pozwala na dokonywanie licznych czynności organom ścigania, które, gdyby były ich pozbawione, nie byłyby w stanie wykonywać swoich podstawowych dla porządku i bezpieczeństwa publicznego zadań. Pozwala nadto na wypełnianie ról wielu ważnym społecznie zawodom, wreszcie na korzystanie przez obywateli z podstawowych, niejednokrotnie konstytucyjnych praw. Jednocześnie wykonywany być musi tylko w razie istnienia wyraźnej podstawy prawnej i faktycznej oraz w granicach wytyczonych przez przepisy ustaw.

³⁵ J. Satko, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 kwietnia 1994 r., IKZP 8/94*, s. 261.

Summary

Iwona Gierula

THE LAWFUL EXCUSE OF ACTION WITHIN
THE SPECIAL RIGHTS AND DUTIES

The article discusses the problem of breaking the law by the persons, acting within the special rights and duties. Even though they were formally breaking a law, they have a legal reason why they did it, and thus such action does not take a form of crime. This kind of the lawful excuse is not regulated in the Criminal Code, but above mentioned

rights or duties must have a written legal source and shall be formulated very precisely. In the article I examined especially: the operating action of Police and other measures of compulsion, the action of a counsel for the defense and action within the rights and duties according to Civil Code.

KEY WORDS: lawful excuse, lawful excuse of action within the special rights and duties, rights and duties, crime, operating action of Police, measures of compulsion, counsel for the defense, Civil Code

POJĘCIA KLUCZOWE: kontratyp, kontratyp działania w granicach szczególnych praw i obowiązków, prawa i obowiązki, przestępstwo, działania operacyjne Policji, środki przymusu, obrońca, Kodeks cywilny

O DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW PRYWATNYCH W POSTĘPOWANIU KARNYM W ŚWIETLE KONSTYTUCJI RP

1. WPROWADZENIE

Dowód prywatny to każdy środek dowodowy zgromadzony, wyszukany, zebrany, utrwalony, stworzony, zamówiony lub zabezpieczony przez podmiot prywatny dla celów postępowania karnego, niezależnie od tego, czy w czasie, kiedy dany dowód został zebrany, toczyło się postępowanie karne co do czynu, którego dotyczy dowód¹.

Zagadnienie dopuszczalności tak rozumianych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym ma zupełnie kluczowe znaczenie z punktu widzenia realizacji zasady prawdy materialnej, a także gwarancji procesowych przysługujących uczestnikom procesu. Zasadnicza trudność w udzieleniu trafnej odpowiedzi na pytanie o uprawnienia podmiotów prywatnych do gromadzenia dowodów, a także ich wprowadzania do procesu, wiąże się z tym, że tematykę tę należy analizować z punktu widzenia nie tylko Konstytucji RP, ale także celów procesu karnego, obowiązujących norm Kodeksu postępowania karnego, w szczególności formułujących zakazy dowodowe, a także mając na uwadze naczelne zasady procesu karnego, w szczególności zasadę bezpośredniości.

Omówienie zagadnienia dopuszczalności dowodów prywatnych w polskiej procedurze karnej przy uwzględnieniu wszystkich wyżej wskazanych płaszczyzn analizy nie jest możliwe w jednym, ograniczonym pod względem objętości, artykule. Wydaje się też, że dyskusja na ten temat winna zacząć się od spojrzenia na dowody prywatne przez pryzmat Konstytucji RP, jako aktu prawnego o zasadniczym znaczeniu dla naszego porządku prawnego. Nie można pozostawić jednakże poza zakresem rozważań zagadnienia celów procesu karnego, jako że kwestia ich konstytucyjnego umocowania immanentnie łączy się z analizowaną problematyką².

Bodźcem do zajęcia się tym zagadnieniem stała się dyskusja na temat dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym, która miała miejsce na łamach „Palestry”³. Spór pomiędzy adwersarzami, jak należy sądzić, pozostał nierozstrzygnięty,

¹ Tak A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 229. Definicja ta została przyjęta na potrzeby tego opracowania, mimo że może ona budzić pewne wątpliwości. Czy bowiem przykładowo dowodem prywatnym jest opinia wystawiona przez prezydenta miasta o oskarżonym, który jest pracownikiem urzędu? Opinia ta jest dokumentem urzędowym, a nie prywatnym, choć została sporządzona na wniosek oskarżonego. Zagadnienie to wymagałoby jednakże odrębnej analizy.

² Na temat wpływu Konstytucji na zasady prawa i procesu karnego zob. np. B. Nita, *Trybunał Konstytucyjny a proces karny*, Zakamycze 1999, s. 57–68.

³ Zob. A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 44–58; A. Taracha, *O dowodach prywatnych w świetle Konstytucji – uwagi*

co niewątpliwie dodatkowo motywuje do ponownego pochylenia się nad problemem dopuszczalności dowodów prywatnych w polskim postępowaniu karnym.

2. CELE PROCESU KARNEGO

Podjmując próbę analizy zagadnienia dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym, należy przypomnieć, że celem procesu karnego jest to, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Mówi się tutaj o zasadzie trafnej reakcji karnej⁴. Aby w praktyce urzeczywistnić tę zasadę, winno się opierać wszelkie rozstrzygnięcia na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Naczelną zasadą procesu karnego jest zatem zasada prawdy materialnej⁵. Szukając przeto odpowiedzi na różne pytania, należy mieć na uwadze przede wszystkim to, czemu proces karny ma służyć. Zasady trafnej reakcji karnej i prawdy materialnej muszą zatem stanowić drogowskaz również przy rozstrzyganiu kwestii dopuszczalności dowodów prywatnych.

Gdy bowiem na całą rzecz spojrzeć przez ten pryzmat, kwestia wydaje się zupełnie oczywista. Jeśli strona przedstawia dowód prywatny, który np. ekskulpuje oskarżonego, nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że dowód taki powinien być dopuszczony i przeprowadzony. Byłoby nie do pogodzenia z zasadą trafnej reakcji karnej oddalenie takowego wniosku dowodowego z powołaniem się na to, że nie zdobył go organ procesowy, lecz strona. Nie można bowiem godzić się z tym, aby skazana została osoba niewinna. Podobnie byłoby w sytuacji, gdyby organy ścigania nie przedstawiły dostatecznych dowodów winy sprawcy przestępstwa, a dowód taki przedłożyła strona. Nie może być bowiem tak, że przez nieudolność organów ścigania ucierpieć miałaby prawda materialna, a sprawca miałby pozostać bezkarny. Sprzeciwia się temu w sposób wyraźny treść art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. Skoro ponadto podstawę wszelkich rozstrzygnięć stanowią mają prawdziwe ustalenia faktyczne, to każdy dowód, również prywatny, może w tym pomóc, a zatem jego przeprowadzenie jest celowe⁶.

Jeśli chodzi o konstytucyjne umocowanie zasady prawdy materialnej, to można poszukiwać go w treści art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Można bowiem twierdzić, że proces jest sprawiedliwy wówczas, gdy zostanie w nim urzeczywistniona prawda materialna. Z drugiej strony podnosi się, że sprawiedliwy proces czy sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy niekoniecznie musi być tożsame z rozpatrzeniem sprawy na podstawie modelu obliczonego na realizację zasady prawdy materialnej⁷.

Wydaje się jednak, że nie jest możliwe sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy bez opar-

polemiczne, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 95–102; A. Bojańczyk, *Jeszcze w sprawie konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2005, nr 3–4, s. 117–130.

⁴ Zasadę tę wyraża art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.

⁵ Zasada ta została sformułowana w przepisie art. 2 § 2 k.p.k.

⁶ Innym zagadnieniem jest wartość takiego dowodu, ale ta winna być oceniana przy uwzględnieniu zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 k.p.k.).

⁷ Zob. szerzej A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 340–342.

cia końcowego orzeczenia na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Takie sądownictwo, działające na podstawie takiej procedury, jest wymiarem sprawiedliwości jedynie z nazwy, w rzeczywistości stanowi zaś zaprzeczenie zasady sprawiedliwego orzekania. Nie można bowiem godzić się na to, aby zapadający w sprawie wyrok był oparty na nieprawdziwych ustaleniach faktycznych. Należy oczywiście zdawać sobie sprawę z ograniczonych możliwości dotarcia do prawdy w procesie, niemniej jednak nie wolno w żadnym wypadku rezygnować z naczelnej zasady procesu karnego, jaką jest zasada prawdy materialnej, bo tylko ona gwarantuje sprawiedliwość orzekania. Nie jest sprawiedliwym rozpatrzeniem sprawy procedowanie nieoparte na zasadzie prawdy materialnej, a jedynie gwarantujące równość pomiędzy stronami i hołdujące w maksymalnie możliwym stopniu zasadzie kontrydiktoryjności⁸.

Proces sprawiedliwy to proces, który kończy się sprawiedliwym wyrokiem. Jeśli tak nie jest, nie mamy do czynienia ze sprawiedliwym procesem, ale z jego zaprzeczeniem, gdy przestrzega się jedynie *pro forma* różnych norm i przepisów, ale wynik końcowy jest błędny, bo nieoparty na prawdzie, a przez to w ludzkim odczuciu niesprawiedliwy. Jak można sensownie mówić o sprawiedliwym rozpatrzeniu sprawy, jeśli wyrok jest niesłuszny?

W przepisie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP nie ma mowy o prawie do sprawiedliwego procesu, lecz o prawie do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Rozpatrzenie sprawy oznacza nie tylko procedowanie, ale i wynik końcowy⁹. Samo sprawiedliwe procedowanie nie oznacza, że końcowe orzeczenie będzie sprawiedliwe. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, że sąd przestrzega wszelkich przepisów, zachowuje się zgodnie z regułami uczciwego procesu, lecz są to tylko pozory, mające na celu przekonanie strony o praworządności sądu, a w konsekwencji zapobieżenie jakimkolwiek zarzutom pod jego adresem. Z drugiej strony możliwe jest, że sąd w toku procesu naruszył wiele norm prawa procesowego, jednakże końcowe orzeczenie jest sprawiedliwe. Wydaje się, że oceniając te dwa przypadki, każdy z nas wolałby być stroną tego ostatniego procesu.

Można zatem rozróżnić trzy pojęcia, którymi posługują się Konstytucja i Kodeks postępowania karnego, a mianowicie: rozpatrzenie, rozpoznanie, rozstrzygnięcie. Sformułowanie „rozpatrzenie” pojawia się w k.p.k. tylko jeden raz, a to w treści przepisu art. 611k, gdzie mowa o rozpatrzeniu przez Ministra Sprawiedliwości wniosku Międzynarodowego Trybunału Karnego. Nie ulega jednak wątpliwości, że Kodeks postępowania karnego wyraźnie oddziela fazę rozstrzygania (rozdział 47 – wyrokowanie) od fazy rozpoznawania sprawy (rozdział 45 – przewód sądowy). W wielu przepisach, przykładowo w art. 436, 398, 400, Kodeks mówi o rozpoznawaniu sprawy. Również w treści art. 437 § 1 k.p.k. przeciwstawiono rozpoznanie środka odwoławczego orzekaniu, czyli rozstrzyganiu. Z kolei pojęciem „rozstrzygnięcie” Kodeks posługuje się m.in. w przepisach: art. 2 § 1 pkt 4, art. 2 § 2, art. 8 § 2.

Wydaje się, że to zróżnicowanie pojęć, jakie funkcjonuje na gruncie k.p.k., nie może stanowić kontrargumentu dla przyjęcia tezy, iż w przepisie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP chodzi też o sprawiedliwe rozstrzygnięcie sprawy. Należy bowiem wskazać, że aby

⁸ Częściowo odmiennie tamże, s. 341–342.

⁹ Dokonując wykładni literalnej przepisu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, warto przytoczyć wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 października 2006 r., sygn. SK 42/04, w którym na gruncie przepisów k.p.c. wskazano, że równoważnikiem znaczeniowym terminu „rozpoznanie” jest merytoryczne rozstrzygnięcie, a nie merytoryczne badanie.

coś rozstrzygnąć, trzeba najpierw rozpoznać sprawę. Nie można wydać żadnego orzeczenia bez uprzedniego rozpoznania danej kwestii. Truizmem jest też twierdzenie, że każde rozpoznanie kończy się rozstrzygnięciem, bo po to się rozpoznaje sprawę, żeby ją rozstrzygnąć. Rozpoznanie prowadzi zawsze do jakiegoś rozstrzygnięcia. Zasadne jest zatem przyjęcie, że rozpatrzenie czy też rozpoznanie sprawy to także jej rozstrzygnięcie. Rozstrzyganie (wyrokowanie), mimo że zostało uregulowane w innym rozdziale k.p.k. niż rozpoznawanie sprawy (przepisy o przewodzie sądowym), jest też jednym z etapów rozpoznawania sprawy, jako że rozdział o wyrokowaniu jest immanentną częścią działu VIII Kodeksu postępowania karnego normującego postępowanie przed sądem pierwszej instancji.

Na sam koniec warto podnieść, że przepisy Konstytucji nie mogą regulować w sposób szczegółowy wszystkiego. Zrozumiała jest zatem ich swoista lakoniczność oraz ogólnikowość. Trudno wymagać, aby w przepisach Konstytucji sformułowane zostały wszelkie wymagania, jakim musi odpowiadać sprawiedliwy proces. Z tego też względu pewne reguły są konkretyzowane i rozwijane choćby przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

W nauce i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, o jakim mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji, rozumie się jako prawo do sprawiedliwej procedury, rzetelności postępowania, rzetelności proceduralnej, rzetelnej procedury sądowej czy wreszcie rzetelnego procesu. Pojawia się również pojęcie sprawiedliwości proceduralnej i praworządnego procesu. Wskazuje się pewne wspólne elementy koncepcji sprawiedliwości proceduralnej, do których zalicza się: możliwość bycia wysłuchanym, prawo do uzasadnienia, przewidywalność działań organów procesowych, określony status władzy sądowniczej, prawo zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji¹⁰.

Tytułem przykładu, w wyroku z 13 maja 2002 r., sygn. SK 32/01¹¹, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: „(...) w przypadku prawa do sądu przedmiotem konstytucyjnej ochrony jest szczególnie wartość proceduralna – prawo jednostki, tworzące obowiązek organu władzy publicznej do określonej procedury sądowej kontroli rozpatrzenia sprawy. Należy pamiętać, że konstytucja poręcza samo rozpatrzenie sprawy, a nie treść rozstrzygnięcia”. Z drugiej jednak strony w dalszej części uzasadnienia wyroku czytamy, co następuje: „jednakże to rozpatrzenie musi być tak uregulowane, aby istniało jak największe prawdopodobieństwo uzyskania rozstrzygnięcia zgodnego z prawem (...) konstytucja nie poręcza treści rozstrzygnięć sądów, ale jedynie prawidłowe rozpatrzenie sprawy. To ma służyć dążeniu do wydania rozstrzygnięcia zgodnego z prawdą materialną”. Finalnie Trybunał Konstytucyjny wskazał w cytowanym orzeczeniu, że powinna istnieć możliwość wznowienia postępowania, tak by wydane orzeczenie było zgodne z zasadą prawdy materialnej.

Uwzględniając wszystkie wyżej podane argumenty, należy zatem przyjąć, że zasada prawdy materialnej ma swoje konstytucyjne umocowanie właśnie w treści art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

¹⁰ Na ten temat zob. zwłaszcza P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 98–106.

¹¹ OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 31.

Nie brak jednak argumentów przemawiających za tym, że zasada ta ma swoje oparcie również w treści art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP. Przepis ten stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Jeśli bowiem ukarana ma być jedynie osoba, która dopuściła się czynu zabronionego, to wyrok winien być oparty na prawdziwych ustaleniach faktycznych. W innym razie może okazać się, że sprawca pozostanie bezkarny, a odpowiedzialność poniesie osoba niewinna¹².

Gdyby jednak całą analizę kwestii dowodowych wolno było ograniczyć do spojrzenia jedynie przez pryzmat zasad: trafnej reakcji karnej i prawdy materialnej, należałoby dopuścić uzyskiwanie dowodów również w sposób nielegalny, naruszający prawa jednostki; tytułem przykładu można wymienić najbardziej drastyczny przypadek tortur. Ograniczenie analizy jedynie do spojrzenia przez pryzmat celów procesu karnego jest zatem w sposób oczywisty niewystarczające. W tym miejscu ujawnia się zatem drugi aspekt zagadnienia.

3. DOWODY PRYWATNE A OCHRONA PRAW CZŁOWIEKA W ŚWIETLE KONSTYTUCJI RP

Rozdział II Konstytucji RP poświęcony jest wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy uzyskanie dowodu prywatnego może kolidować z którymś z konstytucyjnie gwarantowanych praw jednostki. Jeśli przykładowo dokonujemy z ukrycia, za pomocą dyktafonu, nagrania cudzej rozmowy, prowadzonej w zaciszu domowym, naruszamy prywatność tej osoby, której poszanowanie zapewnia art. 47 Konstytucji¹³. Dochodzi do naruszenia jej dóbr osobistych, chronionych na mocy art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego. Warto dodać, że z mocy art. 31 ust. 2 Konstytucji RP każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Z przepisu tego wynika dla ustawodawcy obowiązek konstytucyjny wydania ustaw, które zapewnią ochronę praw jednostki przed ich naruszeniami ze strony praw podmiotów prywatnych, obowiązek ustanowienia szczegółowych zakazów i nakazów adresowanych do podmiotów prywatnych, niezbędnych dla urzeczywistnienia praw konstytucyjnych oraz sankcji za naruszenie tych zakazów i nakazów, a także powołania w razie potrzeby organów i instytucji niezbędnych dla stosowania tych sankcji¹⁴.

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym pań-

¹² Zob. szerzej A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 342–344.

¹³ Odmienne jest jednak wówczas, gdy nagranie dotyczy np. rozmowy przeprowadzonej nie w zaciszu domowym, lecz publicznie, np. w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. Nagranie rozmowy przełożonego z podwładnym w gabinecie ordynatora oddziału stało się kanwą, na której zapadł wyrok SN z 10 maja 2002 r., WA 22/02, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 77. Sąd Najwyższy wskazał tam kluczowe znaczenie w procesie karnym zasady prawdy materialnej, podkreślając jednocześnie, że korzystanie przez osobę prywatną ze swoich praw przez nagranie na taśmie magnetofonowej słów osoby znieważającej ją na potrzeby wniesionego przez nią aktu oskarżenia nie doznaje ograniczenia w świetle postanowień art. 47 i 49 Konstytucji RP. Zob. szerzej S. Hoc, *Glosa do wyroku z dnia 10 maja 2002 roku (WA 22/02)*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 6, s. 161–166.

¹⁴ Tak M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 190.

stwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

Przez ograniczenia „konieczne” dla realizacji wartości wymienionych w cytowanym przepisie należy rozumieć ograniczenia, które spełniają wymóg przydatności, konieczności i proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu. Zasada przydatności wyraża wymóg racjonalności prakseologicznej, która polega na doborze środków umożliwiających osiągnięcie założonych celów w świetle najlepszej dostępnej wiedzy naukowej. Zasady konieczności i proporcjonalności *sensu stricto* wyrażają natomiast wymóg racjonalności aksjologicznej. Zasada konieczności wymaga, aby spośród środków równie skutecznych wybrać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Z zasady tej wynika nakaz ograniczenia zakresu ingerencji w sferę praw człowieka pod względem podmiotowym, przedmiotowym, przestrzennym i czasowym. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* wymaga zachowania odpowiedniej proporcji między pozytywnym efektem danej regulacji a ciężarami nakładanymi na jednostkę¹⁵.

Przepisy Konstytucji wyznaczają zakres ochrony poszczególnych praw. Istnieją prawa, których konstytucyjny zakres ochrony nie może być ograniczony przez inne organy państwowe, oraz prawa, których zakres ochrony może zostać przez ustawodawcę ograniczony. Prawa, których zakres określony w Konstytucji RP nie może być ograniczony, nie są liczne. Należy do nich m.in. wolność od tortur, wolność od eksperymentów naukowych przeprowadzanych bez zgody zainteresowanego, wolność wyboru religii, domniemanie niewinności. Normy, które stwarzają ochronę tych praw, wiążą bezwzględnie we wszystkich okolicznościach.

W związku z powyższym dokonuje się podziału na prawa i wolności absolutne, które nie mogą podlegać żadnym ograniczeniom, oraz prawa i wolności, które takowym ograniczeniom mogą podlegać. Pierwsze z tych praw i wolności bywają czasami, ze względu na swój „absolutny” charakter, określane mianem praw podstawowych¹⁶.

W przypadku zdecydowanej większości praw ustawodawca może – pod pewnymi warunkami – ustanowić ograniczenia, które prowadzą do zawężenia zakresu ochrony wynikającego z Konstytucji RP. Inaczej mówiąc, ustawodawca może ustanowić wyjątki od zasad konstytucyjnych. Prawa te nie są chronione w sposób bezwzględny, ale mają charakter tzw. praw *prima facie*. Istnieją bowiem szczególne względy społeczne, które zmuszają do zawężenia konstytucyjnego zakresu ochrony tych praw. Znaczenie regulacji konstytucyjnych dla jednostki polega w tym przypadku na określeniu warunków, jakie muszą zostać spełnione przy ustanawianiu ograniczeń tych praw. Ustrojodawca ogranicza swobodę działania organów państwowych, zakazując wprowadzania ograniczeń, które nie spełniają warunków określonych w Konstytucji. Dopiero więc ustawa, a nieraz także akty wykonawcze do ustawy, określają definitywny zakres ochrony tych praw. Ustawodawca może zawęzić konstytucyjny zakres ochrony wyłącznie, jeżeli jest to niezbędne dla ochrony innej wartości konstytucyjnej i jedynie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla realizacji tej innej wartości. Definitywny zakres wolności

¹⁵ Tak B. Banaszak (red.), A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 667–688.

¹⁶ Tamże, s. 32–33.

wyrażania poglądów wyznaczają zatem ustawy i akty wykonawcze, które rozwijają i uszczegóławiają przepisy ustawy zasadniczej.

O tym, czy dane prawo podlega ograniczeniom, rozstrzyga Konstytucja RP¹⁷. Upoważnienie do ograniczenia danego prawa może wynikać z wyraźnego przepisu ustawy zasadniczej. Upoważnienie takie może wynikać również z normy konstytucyjnej poddającej pod ochronę określoną wartość, jeżeli nie jest możliwa jednoczesna realizacja w pełnym zakresie danego prawa oraz danej wartości, a waga danej wartości uzasadnia – w danym przypadku – przyznanie jej pierwszeństwa przed wartościami znajdującymi się u podstaw danego prawa¹⁸.

Była wcześniej mowa o tym, że Konstytucja RP w art. 45 ust. 1 gwarantuje każdemu prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy oznacza m.in. konieczność uwzględnienia wielu elementów tzw. sprawiedliwości proceduralnej. Procedura postępowania powinna być tak ukształtowana, by strona postępowania mogła w pełni wyartykułować swoje racje dotyczące obrony swych praw i wolności, a sąd podejmował rozstrzygnięcie na podstawie wszystkich niezbędnych przesłanek. W związku z tym przyjmuje się, że w skład prawa do sądu wchodzi m.in. prawo do rozpatrzenia przez sąd żądań strony zgłaszanych w trakcie postępowania, w tym przede wszystkim wniosków dowodowych¹⁹.

Sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy ma miejsce jedynie, jeżeli sprawca przestępstwa zostanie wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniesie tej odpowiedzialności. Jeżeli zatem mamy do czynienia z konfliktem dwóch wartości: prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy i przykładowo prawa do ochrony życia prywatnego²⁰, to jeżeli nie jest możliwa jednoczesna realizacja w pełnym zakresie obu tych praw, należy dokonać wyboru, kierując się wagą danego prawa.

Wydaje się, że prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy jest ważniejsze od prawa do ochrony życia prywatnego. Wyrok sądu karnego, o ile jest nietrafny, bo przykładowo skazuje osobę niewinną na długoletnie więzienie, jest dużo bardziej krzywdzący niż naruszenie prywatności innej osoby poprzez nagranie jej rozmowy mającej znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia odpowiedzialności karnej.

¹⁷ Trzeba jednakże przyznać, że sama Konstytucja RP nie wprowadza wprost podziału na prawa absolutne i nieabsolutne. Również sam Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07, wskazał, że prawo do prawnej ochrony życia nie ma charakteru absolutnego, a warunkiem ograniczenia prawa do prawnej ochrony życia jest zaistnienie sytuacji, w której jest niewątpliwe, że nie da się ono pogodzić z analogicznymi prawami innych osób.

¹⁸ Tak P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 98–100. Por. też P. Wiliński, *Proces karny*, s. 272, gdzie wskazano: 1) prawa i wolności, w zakresie których szczegółowy przepis Konstytucji dopuszcza możliwość ograniczania danej wolności czy prawa, wskazując jednak tylko niektóre elementy zawarte w art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2) prawa i wolności, co do których przepis konstytucyjny reguluje kompleksowo i samodzielnie przesłanki ograniczenia tej wolności czy prawa, 3) prawa i wolności, które zostały sformułowane w przepisach konstytucyjnych w ten sposób, że nie zawierają żadnych samodzielnych przesłanek ich ograniczenia.

¹⁹ Tak P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, s. 168–169.

²⁰ Prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom. Ograniczenie to może nastąpić tylko, jeżeli przemawia za tym inna norma, zasada lub wartość konstytucyjna, a stopień tego ograniczenia musi pozostać w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie to ma służyć. Tak B. Banaszak (red.), A. Preisner (red.), *Prawa i wolności*, s. 348–349.

Również polska ustawa karna procesowa przyznaje w takiej sytuacji pierwszeństwo prawu do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Dowodem na to jest choćby dopuszczenie stosowania kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych czy możliwość przeszukania pomieszczeń mieszkalnych.

Niemniej jednak w tych sytuacjach, gdy przepis Konstytucji nie dopuszcza wyjątków, tak jak to jest w odniesieniu do zakazu tortur, również Kodeks postępowania karnego zawiera wyraźny przepis eliminujący dowód, który byłby w ten sposób uzyskany²¹.

Skoro zatem ustawodawca dopuszcza w Kodeksie postępowania karnego wiele ograniczeń praw i wolności jednostki po to, by zrealizowane zostały cele postępowania karnego, to można bronić poglądu, że w analogicznym zakresie należałoby dopuścić przeprowadzenie dowodu prywatnego uzyskanego przez stronę na potrzeby procesu. Jeśli zatem k.p.k. dopuszcza możliwość stosowania kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, co niewątpliwie narusza tajemnicę komunikowania się i prawo do ochrony życia prywatnego, to na tej samej zasadzie należałoby dopuścić możliwość przeprowadzenia dowodu z nagrania cudzej rozmowy dyktafonem²². W sytuacji bowiem kolizji wartości i praw chronionych w Konstytucji RP pierwszeństwo k.p.k. przyznaje prawu do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy.

Nieco bardziej skomplikowana jest odpowiedź na pytanie: co natomiast w sytuacji, gdy jednostka nie dokonuje nagrania cudzej rozmowy dyktafonem, lecz przykładowo uzyskuje dostęp do informacji, podłączając się do sieci telekomunikacyjnej?

4. DOWÓD UZYSKANY ZA POMOCĄ CZYNU ZABRONIONEGO

Jeśli zachowanie jednostki może być kwalifikowane jako czyn zabroniony określony w Kodeksie karnym lub innym akcie pozakodeksowym, np. z art. 267 § 1 k.k., można bronić poglądu, że ustawodawca przesądził hierarchię praw i wartości. Skoro bowiem w prawie karnym materialnym dane zachowanie jest uznawane za wyczerpujące znamiona czynu zabronionego, to wydaje się, że nie może być tak, iż z jednej strony ustawodawca zabrania takiego zachowania, a z drugiej je dopuszcza, legalizuje, uznając, że dowód tak uzyskany może być wykorzystany i przeprowadzony podczas procesu przed organem państwowym. Trudno byłoby w takiej sytuacji uzasadnić w sposób przekonujący prawo państwa do karania swoich obywateli za naruszenie przepisów prawa, jeśli to samo państwo pozwala, by dowody pochodziły z przestępstwa²³.

²¹ Zgodnie z treścią art. 171 § 5 k.p.k. niedopuszczalne jest wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej. Stosownie zaś do art. 171 § 7 k.p.k. wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 5 nie mogą stanowić dowodu.

²² Naruszeniem prywatności jest zachowanie godzące w spokój psychiczny *sensu stricto* jednostki, przejawiające się w podsłuchiowaniu, śledzeniu, zbieraniu informacji czy też nagrywaniu wypowiedzi. Tak B. Banaszak (red.), A. Preisner (red.), *Prawa i wolności*, s. 341.

²³ Twierdzi się w związku z powyższym, że informacje, które państwo uzyskało, naruszając normy prawne, muszą zostać wykluczone z wykorzystania ich w wyroku karnym, ażeby została zachowana legitymacja kary. Państwo wikał się w zaprzeczenie sobie wtedy, gdy samo nie przestrzega etycznego minimum. Zob. szerzej K. Amelung, *Zasady rządzące zakazami wykorzystania dowodów*, (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, Wydawnictwo UŚ, Katowice 2003, s. 22–23.

Sprawa jest jednak oczywista jedynie na pozór. Wyobraźmy sobie następujący przykład. X jest niesłusznie oskarżony o popełnienie przestępstwa zabójstwa. Nie znaleziono jednak narzędzia, którym dokonano zabójstwa. X wie, że rzeczywistym sprawcą jest Y, u którego w domu schowany jest nóż, którym pozbawiono życia denata. Organy ścigania nie kwapią się, by dokonać przeszukania w domu Y, uznając, że X jest niewiarygodny. Czy jeżeli X dokona włamania do domu Y, odnajdzie narzędzie zbrodni, przedstawi je sądowi, to taki dowód winien być dopuszczony? Warto dodać, że na nożu znajdują się ślady DNA ofiary, a także Y, oraz ich krew. Nie ulega wątpliwości, że dowód ten został uzyskany za pomocą czynu zabronionego. X popełnił bowiem przestępstwo naruszenia miru domowego kwalifikowane z art. 193 k.k., w zależności od okoliczności konkretnej sprawy mógł również dopuścić się przestępstwa uszkodzenia cudzej rzeczy (art. 288 § 1 k.k.) lub też jedynie odpowiedniego wykroczenia.

Wydaje się, że X nie może ponosić konsekwencji potencjalnych zaniedbań, jakich dopuścili się organy ścigania. X winien być niewątpliwie ukarany za popełnione przestępstwo, niemniej jednak dowód w postaci odnalezionego narzędzia zbrodni winien być dopuszczony i przeprowadzony. Skoro bowiem k.p.k. dopuszcza przeszukanie w celu wykrycia dowodów rzeczowych, to należy uznać, że prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy jest w hierarchii wartości wyżej niż ochrona nietykalności mieszkania. Niczego nie zmienia tutaj to, że X naruszył prawa Y. Nie ma tutaj kolizji wartości, X bowiem popełnił czyn zabroniony przez prawo i za to winien być ukarany. Niemniej jednak skoro k.p.k. dopuszcza przeszukanie i zatrzymanie rzeczy, to nie można eliminować dowodu tylko dlatego, że nie uzyskały go organy ścigania, lecz jednostka.

Skuteczność ścigania pozostaje zatem w nieustannym konflikcie z prawami człowieka. Jeśli bowiem większą wagę przywiązujemy do zapewnienia, aby sprawca przestępstwa został wykryty i ukarany, to dzieje się to kosztem praw jednostki. Łatwiej wówczas uzasadnić np. stosowanie podsłuchu. Z drugiej strony jeśli ustawodawca na pierwszym miejscu stawia ochronę praw człowieka, to wówczas niewątpliwie wykrycie i ukaranie sprawcy przestępstwa może być trudniejsze. Jak jednak rozstrzygnąć kwestię dopuszczalności dowodów prywatnych?

5. KONFLIKT WARTOŚCI CHRONIONYCH KONSTITUCJĄ RP

Prawo powinno być tak skonstruowane, aby służyło ludziom. Jeśli państwo tworzy cały system organów ścigania w postaci Policji i Prokuratury, to w pierwszej kolejności te organy winny zająć się gromadzeniem i przeprowadzaniem dowodów²⁴. Do tego są bowiem powołane. Przy dobrze funkcjonującym systemie wymiaru sprawiedliwości jednostka – nieważne, czy jest to podejrzany, czy pokrzywdzony – nie powinna martwić się o wynik procesu. Organy ścigania obowiązują bowiem nakaz przestrzegania zasady obiektywizmu, wynikający z art. 4 k.p.k. Winny zatem uczynić wszystko, aby wykryć sprawcę przestępstwa i jednocześnie nie spowodować tego, aby skazana została osoba

²⁴ W tym celu organy ścigania mogą stosować środki przymusu, m.in. kary porządkowe. Na temat poszukiwania środków dowodowych zob. R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Zakamycze 2005, s. 162–168.

niewinna. Powyższa teza jest jednak założeniem idealistycznym. Policja i Prokuratura nie zawsze postępują uczciwie i rzetelnie, często gromadząc dowody jedynie jednostronnie i oddalając wnioski dowodowe, których później w toku postępowania przed sądem nie da się już uwzględnić²⁵.

Jednostka, czy to podejrzana o popełnienie przestępstwa, czy nim pokrzywdzona, nie powinna ponosić konsekwencji zaniedbań, nieudolności, a często nieuczciwości organów ścigania²⁶. Przepisy Kodeksu postępowania karnego należy widzieć jako legitymizację dla organów państwa do wkroczenia w sferę praw i wolności jednostki. Zgodnie bowiem z art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. W państwie demokratycznym, w którym rządzi prawo, organy władzy publicznej mogą powstać tylko na podstawie prawnej, a normy prawne muszą określać ich kompetencje, zadania i tryb postępowania, wyznaczając tym samym granice ich aktywności. Organy te mogą działać tylko w tych granicach. O ile jednostka ma swobodę działania zgodnie z zasadą, że co nie jest wyraźnie zabronione przez prawo, jest dozwolone, to organy władzy publicznej mogą działać tylko tam i o tyle, o ile prawo je do tego upoważnia, przy czym obywatel może zawsze domagać się podania podstawy prawnej, na jakiej organ podjął konkretną działalność²⁷.

Przepisy Konstytucji RP nie rozstrzygają w żaden sposób, czy w postępowaniu karnym dopuszczalne są dowody prywatne. Konstytucja wskazuje wprawdzie prawa i wolności jednostki, jednakże nie ma to bezpośredniego przełożenia na kwestię dopuszczalności dowodów prywatnych w procesie karnym. Jednostka ma wprawdzie obowiązek przestrzegać praw i wolności innych osób, niemniej jednak nie można z tego wyciągać wniosku, że nie jest możliwe wprowadzenie do procesu dowodu uzyskanego z pogwałceniem np. prywatności innej osoby²⁸. Takiego wniosku nie da się też wyprowadzić z przepisu art. 83 Konstytucji RP, w myśl którego każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Przepisy k.p.k. regulują bowiem jedynie gromadzenie dowodów przez organy ścigania, wymagając też niejednokrotnie zgody sądu (kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych) bądź też przewidując kontrolę sądu nad czynnościami prowadzącymi do uzyskania dowodów (art. 236).

Niejednokrotnie, gdyby nie prywatne gromadzenie dowodów przez pokrzywdzonego, nigdy nie doszłoby do ukarania sprawcy przestępstwa. Podobnie jest w przypadku osoby niewinnej – podejrzanej czy oskarżonej, bardzo często to aktywność jej lub jej obrońcy pozwala na doprowadzenie do sprawiedliwego rozstrzygnięcia.

Konstytucja RP nie zawiera żadnej normy prawnej zakazującej gromadzenia i wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych. Innymi słowy, nie daje podstaw do formułowania w tym zakresie zakazu dowodowego. Przepisy Konstytucji są ponadto tak sformułowane, aby gwarantować ochronę praw i wolności jednostki przed samowolną ingerencją państwa. Tak należy też pojmować przepisy procedury karnej normujące np. stosowanie podsłuchu czy środków zapobiegawczych.

²⁵ Jest tak przykładowo w sytuacji oddalenia wniosku o przeprowadzenie eksperymentu procesowego czy oględzin miejsca zdarzenia, jeśli warunki z daty zdarzenia będą nie do odtworzenia.

²⁶ Należy w tym miejscu przywołać rzymską paremię *summum ius summa iniuria*.

²⁷ Tak W. Skrzydło, *Konstytucja RP. Komentarz, Zakamycze 2002*, s. 19.

²⁸ Por. L. Schaff, *Dowód z taśmy magnetofonowej w polskim procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1959, nr 17, s. 15–16.

Niechęć do dowodów prywatnych wynika poniekąd z założenia praworządnego działania organów ścigania. Przyjmuje się chyba dość powszechnie, że większą wartość dowodową ma przesłuchanie świadka przez funkcjonariusza Policji, który poucza o uprawnieniach i obowiązkach procesowych, odbiera dane osobowe, spisuje protokół, który jest potem odczytywany i podpisywany. W praktyce może się jednak zdarzyć, że funkcjonariusz Policji dopuści się różnych uchybień, a jednak tak spisane zeznania świadka będą stanowiły podstawę ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd, będąc wprost podstawą wyroku. Nie ulega wątpliwości, że jeśli protokół nie odzwierciedla dokładnie treści zeznań świadka, a świadek nie zeznaje przed sądem, bo np. jego zeznania zostają odczytane, mamy do czynienia z naruszeniem art. 7 Konstytucji RP²⁹. Funkcjonariusz Policji nie był bowiem uprawniony do takiego zachowania. Jeśli jednak przykładowo świadek zmarł przed rozpoczęciem postępowania sądowego, protokół jego zeznań zostanie odczytany na rozprawie i posłuży jako dowód. Można wyobrazić sobie inne naruszenia przez organy ścigania przepisów procedury, a jednak co do zasady nie twierdzi się, że tak uzyskane dowody nie mogą zostać wprowadzone do procesu, chyba że przesądza o tym wyraźny przepis k.p.k.³⁰

Chybiony byłby oczywiście pogląd, że każde, nawet najdrobniejsze, naruszenie przepisów prawa skutkować winno eliminacją dowodu. Niejednokrotnie może się okazać, że dowód w postaci nagrania prywatnej rozmowy dyktafonem, dostarczony organom ścigania np. przez pokrzywdzonego przestępstwem, ma nieporównanie większą wartość dowodową. Z tego, że dowód uzyskał funkcjonariusz publiczny, nie wynika, iż dochowano wierności prawu.

Praktyka uczy, że często konsekwencje naruszeń prawa przy uzyskiwaniu dowodów przez funkcjonariuszy publicznych są dla nich żadne. Należy uznać, że jednostka nie może być w gorszej sytuacji, jeśli chodzi o pozyskiwanie dowodów. Czym innym jest bowiem kwestia uzyskania pewnych informacji i wprowadzenia ich jako dowód do procesu, a czym innym odpowiedzialność za naruszenie prawa i popełnienie niejako „przy okazji” czynu zabronionego.

Należy zatem uznać, że przepisy Konstytucji RP nie stanowią przeszkody w dopuszczeniu w procesie karnym dowodów prywatnych. Konstytucja w art. 45 ust. 1 statuuje prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, a zatem z poszanowaniem naczelnych zasad procesowych, w tym zasady prawdy materialnej³¹. Proces karny niejednokrotnie drastycznie wkracza w sferę praw i wolności jednostki, stwarza dla niej wiele ograniczeń i dolegliwości związanych choćby ze stosowaniem środków przymusu, koniecznością stawianictwa na wezwania, poddania się badaniom czy oględzinom ciała. Skazanie osoby niewinnej powoduje tak daleko idące naruszenie jej praw i wolności, że nie do pomyślenia jest, aby w sytuacji kolizji dóbr chronionych Konstytucją RP prawo z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP mogło ulec ograniczeniu.

Nie może to jednakże oznaczać zgody na naruszanie tych norm Konstytucji RP, które

²⁹ Na temat zasady legalizmu (legalności) działania organów władzy publicznej zob. zwłaszcza P. Wiliński, *Proces karny*, s. 90–91.

³⁰ Na ten temat zob. zwłaszcza Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Wydawnictwo UŚ, Katowice 2001, s. 287–319, a także R. Kmieciak, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 90 i n.

³¹ Tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 grudnia 2010 r., P 11/09, OTK-A 2010, nr 10, poz. 128.

chronią prawa oraz wolności jednostki nienaruszalne i nieograniczone³². Nie do pomyslenia zatem powinno być to, aby zarówno organy ścigania, jak i jednostka mogły posiłkować się dowodem uzyskanym w drodze tortur³³. W innym razie normy Konstytucji zostałyby pozbawione jakiegokolwiek znaczenia³⁴.

Należy w tym miejscu odwołać się do przepisu art. 40 Konstytucji, stanowiącego, że nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Przepis ten ma co najmniej podwójnego adresata. Są to z jednej strony organy państwa, a z drugiej jednostka³⁵. W pierwszej grupie znajduje się zarówno ustawodawca, któremu Konstytucja zabrania stanowienia przepisów sprzecznych ze wskazanymi gwarancjami, jak i organy władzy wykonawczej i sądowej, które w toku wykonywania powierzonych im zadań oraz w zakresie swego władztwa nie mogą stosować metod prowadzących do wskazanych i zabronionych rezultatów. Przepis ten adresowany jest również do jednostki, zapewniając jej gwarancję bezpieczeństwa od okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania czy tortur. Gwarancje z art. 40 Konstytucji dotyczą oskarżonego, świadka, pokrzywdzonego i innych uczestników postępowania. Odnoszą się jednakże również do sytuacji jednostki poza postępowaniem karnym, w każdym układzie, w którym znajduje się w stosunku podległości wobec organów państwa, w ramach którego stosowany jest wobec niej przymus fizyczny³⁶.

6. PODSUMOWANIE I WNIOSKI *DE LEGE FERENDA*

Zasada trafnej reakcji karnej i zasada prawdy materialnej nie są zatem wartościami najważniejszymi. Istnieją bowiem takie konstytucyjne prawa i wolności jednostki, których nie można ograniczać ani naruszać z powołaniem się na dobro procesu.

Należy bowiem pamiętać, że Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej, a jej przepisy stosuje się bezpośrednio, chyba że sama Konstytucja stanowi inaczej (art. 8 ust. 1 i 2). Na podstawie art. 8 ust. 2 Konstytucji bezpośrednio stosowane są postanowienia ustawy zasadniczej, które odnoszą się do regulacji w zakresie wol-

³² Zgodnie z art. 30 Konstytucji RP przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Niezbywalność oznacza, że jednostka nie może zrzec się godności, nienaruszalność należy zaś traktować jako zakaz pozbawiania godności człowieka, jak też jej ograniczania przez osoby prywatne, władze publiczne czy organy państwowe. Tak W. Skrzydło, *Konstytucja*, s. 43.

³³ Wydaje się, że nie powinno być możliwe oparcie się na dowodach „pośrednio” skazanych, a zatem w sytuacji, gdyby torturowana osoba ujawniła np., gdzie znajduje się narzędzie zbrodni, bo niedopuszczalne winno być wykorzystanie takiej informacji. Warto dodać, że polska procedura karna nie uznaje koncepcji „owoców z zatrutego drzewa”, która polega na zakazie uznania za dowód takiego, który został ujawniony dzięki dowodowi zakazanemu.

³⁴ W związku z rosnącym zagrożeniem terroryzmem amerykański prawnik A. Dershowitz zaproponował, żeby zalegalizować stosowanie tortur w celu wydobycia informacji. Zob. szerzej A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2006, s. 300–303.

³⁵ Na temat tzw. horyzontalnego stosowania norm konstytucyjnych dotyczących wolności i praw jednostki zob. zwłaszcza M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki*, s. 178–210.

³⁶ Tak P. Wiliński, *Proces karny*, s. 237–238.

ności, praw i obowiązków człowieka i obywatela. Jednostka może skutecznie powoływać się na przepisy Konstytucji, a organ państwa jest zobowiązany takie powołanie się uwzględnić³⁷.

Dopuszczalne jest zatem gromadzenie i wprowadzanie do procesu dowodów prywatnych, niemniej jednak nieprzekraczalną barierą są w tym zakresie prawa absolutne wskazane w Konstytucji RP. Stosowny przepis w Kodeksie postępowania karnego mógłby zatem mieć brzmienie następujące: „Oddala się wniosek dowodowy, jeżeli dowód został uzyskany przez podmiot niebędący organem procesowym z naruszeniem tych praw oraz wolności jednostki, które mają charakter absolutny”. Chodziłoby zatem o przypadki zdobycia dowodu m.in. poprzez poddanie innej osoby torturom czy też eksperymentowi naukowemu, w tym medycznemu, bez dobrowolnie wyrażonej zgody³⁸.

W tym miejscu należy wskazać, że projekt zmian procedury karnej opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości przewiduje wprowadzenie nowego przepisu art. 168a w brzmieniu następującym: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego dla celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego”. W uzasadnieniu projektu na temat powyższej zmiany można przeczytać, że intencją projektodawców było „w sposób jasny ograniczyć możliwość wprowadzania do procesu dowodów, które zostały uzyskane z naruszeniem prawa, z tym że niedopuszczalność ich wykorzystania proponuje się ukonstytuować jedynie do tych spośród nich, które pozyskano dla celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego (...) wykluczyć to musi możliwość instalowania na zlecenie strony procesowej podsłuchów, czy dokonywania przeszukania. Proponowany art. 168a k.p.k. będzie miał także i ten walor, że określi granice dopuszczalności wykorzystania dowodów zaprezentowanych przez oskarżyciela, co obecnie w ogóle nie jest w kodeksie postępowania karnego uregulowane i co jest źródłem poważnych rozbieżności w piśmiennictwie prawniczym oraz judykaturze”.

Wydaje się, że rozwiązanie proponowane w projekcie nie sprawdzi się w praktyce. Nie do końca trafne jest eliminowanie wszelkich dowodów tylko dlatego, że uzyskano je za pomocą czynu zabronionego. Może to prowadzić do tego, że w danej konkretnej sprawie zapadnie wyrok oparty na nieprawdziwych ustaleniach faktycznych. Jeśli bowiem popełniono czyn zabroniony, jego sprawca winien być ukarany, niemniej jednak nie do końca zrozumiałe jest, czemu nie można byłoby wykorzystać wspomnianego wcześniej dowodu rzeczowego w postaci narzędzia zbrodni, odnalezionego dzięki wdarciu się do cudzego mieszkania. Nie jest przekonujące również eliminowanie takiego dowodu tylko dlatego, że został uzyskany dla celów postępowania karnego. Jeśli ktoś dopuszcza się czynu zabronionego motywowany tym, by zdobyć dowód niezbędny w danym procesie, to jest to mniej karygodne, niż gdyby popełnił przestępstwo np. z chęci zysku, a niejako przy okazji uzyskał dowód. Brzmienie nowego przepisu art. 168a k.p.k. zdaje się zaś sugerować, że dopuszczalne będzie przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, ale nie dla celów postępowania karnego.

³⁷ Tak W. Skrzydło, *Konstytucja*, s. 20.

³⁸ Na temat wariantów normatywnych ogólnego zakazu wykorzystywalności dowodów naruszających podstawowe prawa i wolności konstytucyjne zob. zwłaszcza A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 347–373.

Wydaje się, że intencja osoby uzyskującej dowód nie powinna tu być rozstrzygająca. Kluczowe jest bowiem to, z jak rażącym naruszeniem prawa mamy do czynienia. Z tego punktu widzenia za nieprzekraczalną barierę w uzyskiwaniu dowodów (w tym prywatnych) należy uznać naruszenie praw absolutnych gwarantowanych Konstytucją RP.

Summary

Dariusz Stachurski

THE AMASSING OF PRIVATE EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDING
ACCORDING TO POLISH CONSTITUTION

Both the principle of adequate penal reaction and the principle of financial truth are not the most important values. As there are not only Civil rights defined in the constitution but also the freedom of individuals, which can be neither limited nor violated.

It is admitted amassing and taken into consideration the private evidence. Nevertheless, the constitutional rights seem to be unquestionable during the proceedings.

To conclude the suitable law in the code of proceedings can be formulated in the following statement. A motion as to evidence should be dismissed when amassed by the one who is not involved in the proceedings. If not this kind of action can result in violation of civil rights and freedom, which undoubtedly are unquestionable fact.

KEY WORDS: aims of criminal proceedings, private evidence, protection of human rights, evidence amassed due to illegal act, conflict values guaranteed by the Constitution

POJĘCIA KLUCZOWE: cele procesu karnego, dowody prywatne, ochrona praw człowieka, dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, konflikt wartości chronionych Konstytucją RP

O ZAKRESIE KRYMINALIZACJI PRZESTĘPSTW DŁUŻNICZYCH. PODMIOT PRZESTĘPSTWA

WPROWADZENIE

We współczesnych realiach gospodarczych, gdzie relatywnie duża liczba przedsiębiorstw zagrożona jest upadłością, zyskują na znaczeniu regulacje prawnokarne zabezpieczające obrót przed działaniami niełojalnych partnerów gospodarczych. Stanowią one często ostatni możliwy sposób reakcji prawnej, w szczególności gdy zawiodą środki leżące w gestii innych niż prawo karne dziedzin prawa. Do takiej grupy przepisów zalicza się zakazy karne określone w art. 300 § 1–3 k.k., art. 301 § 1–3 k.k. oraz w art. 302 § 1 k.k., które ze względu na podmiot przestępstwa nazywane bywają przestępstwami dłużniczymi. Przepisy te obowiązują w aktualnym kształcie od momentu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r.¹, będąc jednak nieznacznie tylko zmienioną kontynuacją analogicznej regulacji przestępstw dłużniczych obowiązujących na gruncie ustawy o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów Kodeksu karnego z 1994 r.² Ta z kolei ustawa w dużej mierze została oparta na przepisach Kodeksu karnego z 1932 r.³ W piśmiennictwie zakazy te nazywane są również przestępstwami na szkodę wierzycieli. Nazwa ta jednak na gruncie przedmiotowego opracowania wydaje się być o tyle nietrafna, że obejmuje również pozostające poza zakresem omówienia przestępstwa z art. 302 § 2 k.k. i art. 302 § 3 k.k.

Ustawa z 1994 r. stanowiła odpowiedź ustawodawcy na rosnącą liczbę zachowań patologicznych w polskiej gospodarce na początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. Przestępstwa dłużnicze, będące istotną częścią ochrony karnoprawnej obrotu gospodarczego, miały zabezpieczać uzasadnione interesy wierzyciela przed niełojalnym dłużnikiem. Niestety, zarówno na gruncie ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, jak i obecnie obowiązującego Kodeksu karnego, przepisy te nie były w stanie zrealizować postawionego im celu. Za główną przyczynę niedostatecznego zabezpieczenia interesów wierzycieli przez tę grupę przepisów uznaje się ich niejasne zredagowanie, z trudnym do określenia zakresem penalizacji. W konsekwencji zakazy karne opisane w art. 300 k.k., art. 301 k.k. i art. 302 § 1 k.k. nie znalazły, jak dotychczas, w praktyce wymiaru sprawiedliwości szerszego zastosowania.

¹ Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm., obowiązuje od 1 września 1998 r.

² Dz.U. nr 126, poz. 615 ze zm., obowiązywała do 31 sierpnia 1998 r., dalej: ustawa z 1994 r. albo ustawa o ochronie obrotu gospodarczego.

³ Dz.U. nr 22, poz. 165 ze zm., obowiązywał do 1 stycznia 1970 r., dalej: Kodeks karny z 1932 r.

1. PODMIOT PRZESTĘPSTWA

Do odpowiedzialności karnej na podstawie typów czynów zabronionych opisanych w art. 300 § 1-3 k.k., art. 301 § 1-3 k.k. oraz w art. 302 § 1 k.k., zaliczanych do grupy tzw. przestępstw indywidualnych (*delicta propria*), może zostać pociągnięty dłużnik lub podmiot odpowiedzialny zastępczo (art. 308 k.k.), który wypełniając znamiona konkretnego typu czynu zabronionego, pokrzywdzi wierzyciela. Wyjątkowo, w przypadku przestępstwa faworyzowania wierzyciela (art. 302 § 1 k.k.), skutek w postaci szkody po stronie wierzyciela nie będzie warunkiem zastosowania przepisu. W zakazie tym, jedynym spośród przestępstw dłużniczych typie czynu zabronionego o charakterze formalnym, mowa jest jedynie „o działaniu na szkodę wierzyciela”, sam skutek nie należy jednak do zespołu znamion⁴.

Sprawcą przestępstw dłużniczych może być tylko dłużnik, który ponosi odpowiedzialność osobistą, przy czym może ona mieć charakter zarówno nieograniczony, jak i ograniczony (ta ostatnia w praktyce stanowi raczej wyjątek). Nie poniesie odpowiedzialności karnej dłużnik, który wypełni znamiona któregośkolwiek z przestępstw dłużniczych, jeśli jego odpowiedzialność będzie miała charakter rzeczowy⁵. W takim przypadku niespełnienie świadczenia przez dłużnika nie doprowadzi do poszkodowania wierzyciela, ten zaspokoi się bowiem z rzeczy stanowiącej przedmiot zabezpieczenia. Tym samym po stronie wierzyciela nie powstanie szkoda w ogóle, albo w stopniu, który uzasadniałby sięgnięcie po sankcję karną. Inaczej należałoby oceniać zachowanie dłużnika w sytuacji, gdy jego odpowiedzialność będzie choć częściowo miała charakter osobisty, tzn. nie znajdzie pokrycia w przedmiocie zabezpieczenia.

Wątpliwości interpretacyjne na gruncie zagadnienia podmiotu przestępstw dłużniczych w sposób nierozłączny wiążą się z problemem zakresu kryminalizacji całego rozdziału XXXVI k.k. „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Nie wystarczy odpowiedzieć na pytanie, jakie cechy musi posiadać dłużnik, aby ponieść odpowiedzialność na podstawie omawianych zakazów karnych. Na całe zagadnienie trzeba spojrzeć z szerszej perspektywy, kluczowe jest tu określenie zakresu ochrony całego rozdziału XXXVI k.k., w szczególności na podstawie rodzajowego przedmiotu ochrony oraz definicji obrotu gospodarczego. W pierwszej kolejności, jako tło dla analizy przedmiotowego zagadnienia, zostaną przedstawione wypracowane w piśmiennictwie oraz judykaturze poglądy na kwestię podmiotu przestępstw dłużniczych.

2. STANOWISKA DOKTRYNY I ORZECZNICTWA

Można wyróżnić cztery odmienne stanowiska odpowiadające na pytanie, w jakiej konfiguracji podmiotowej możliwe jest popełnienie przestępstw stypizowanych w art. 300 § 1-3 k.k., art. 301 § 1-3 k.k. oraz w art. 302 § 1 k.k. Koncepcje te opierają się

⁴ Odmienne R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko wierzycielom*, Warszawa 2001, s. 123-124.

⁵ J. Majewski, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, tom III, Zakamycze 2004, s. 747; inaczej R. Zawłocki, *Przestępstwa*, s. 34.

na odmiennym rozumieniu pojęcia „obróć gospodarczy”, co w konsekwencji decyduje o zakresie kryminalizacji całego rozdziału XXXVI k.k. W części spośród tych poglądów autorzy przyznają ochronę jedynie konkretnym roszczeniom w ramach obrotu gospodarczego. Przedstawienie pokrótce tych stanowisk umożliwi zrozumienie istoty omawianego problemu. Wypracowane poglądy obejmują wszystkie możliwe konfiguracje pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego w ramach obrotu cywilnego.

2.1. STANOWISKO PRZYJMUJĄCE, ŻE SPRAWCĄ PRZESTĘPSTWA DŁUŻNICZEGO MOŻE BYĆ TYLKO DŁUŻNIK PROFESJONALISTA W RELACJI DO WIERZycIELA PROFESJONALISTY ALBO NIEPROFESJONALISTY

Pierwsze spośród stanowisk, w nauce prawa karnego reprezentowane głównie przez J. Majewskiego i J. Skorupkę⁶, dopuszcza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej wyłącznie dłużnika będącego przedsiębiorcą, który wypełniając znamiona jednego z przestępstw dłużniczych, pokrzywdził wierzyciela będącego profesjonalistą albo nieprofesjonalistą. Autorzy przyznają zatem ochronę roszczeniu wierzyciela, niezależnie od tego, czy posiada on przymiot profesjonalisty, przeciwko dłużnikowi-przedsiębiorcy.

Na podstawie rodzajowego przedmiotu ochrony rozdziału XXXVI k.k. i zasady subsydiarności prawa karnego J. Majewski argumentuje, że z zakresu ochrony typów czynów zabronionych opisanych w art. 300 § 1–3 k.k., art. 301 § 1–3 k.k. oraz w art. 302 § 1 k.k. należy wyłączyć zarówno relacje między nieprofesjonalistami (tzw. obrót powszechny), jak również roszczenie przedsiębiorcy względem nieprzedsiębiorcy. Autor podkreśla, że odmienna, szersza interpretacja, rozciągająca zastosowanie wymienionych powyżej zakazów karnych na działania dłużników-konsumentów przeciwko wierzycielom-przedsiębiorcom, wybiegałaby ponad kryminalnopolityczną konieczność, albowiem działanie nielojalnego dłużnika-nieprofesjonalisty przeciwko profesjonalście nie może doprowadzić do zachwiania bezpieczeństwa obrotu gospodarczego⁷. J. Majewski wskazuje także, że „trudno sobie wyobrazić, by nieuczciwe poczynania dłużnika-konsumenta obrócone przeciwko jego wierzycielowi-przedsiębiorcy mogły naruszyć bezpieczeństwo obrotu gospodarczego lub choćby wyłącznie interesy samego wierzyciela w stopniu, który uzasadniałby sięgnięcie po sankcję karną”⁸.

2.2. STANOWISKO PRZYJMUJĄCE, ŻE SPRAWCĄ PRZESTĘPSTWA DŁUŻNICZEGO MOŻE BYĆ DŁUŻNIK PROFESJONALISTA LUB NIEPROFESJONALISTA W RELACJI DO WIERZycIELA PROFESJONALISTY

Drugie z kolei stanowisko udziela ochrony stosunkom zobowiązaniowym pomiędzy przedsiębiorcą-wierzycielem a przedsiębiorcą-dłużnikiem oraz relacji pomiędzy przedsiębiorcą-wierzycielem a dłużnikiem-konsumentem. Od poprzedniego poglądu różni je fakt przyznania ochrony roszczeniu wierzyciela-profesjonalisty względem konsumenta (będącego potencjalnym sprawcą przestępstwa dłużniczego), a nie na odwrót.

⁶ J. Skorupka, *Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu*, „Przeгляд Sądowy” 1999, nr 2, s. 55–59.

⁷ J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 681–690.

⁸ Tamże, s. 687.

Powyższa koncepcja została wyrażona w postanowieniu Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r.⁹, w którym przyjęto, że: „zagrożonym niewypłacalnością w rozumieniu art. 300 § 1 k.k. może być każdy dłużnik podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą”. W ocenie Sądu Najwyższego podmiotem przestępstwa udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia wierzyciela przez zagrożonego niewypłacalnością dłużnika może być zatem każdy dłużnik, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą, pod warunkiem jednak, że w każdym wypadku wierzyciel jest przedsiębiorcą. Spośród przedstawicieli nauki prawa karnego powyższe stanowisko znajduje poparcie jedynie w interpretacji przestępstw dłużniczych R. Górala¹⁰.

2.3. STANOWISKO PRZYJMUJĄCE, ŻE SPRAWCĄ PRZESTĘPSTWA DŁUŻNICZEGO MOŻE BYĆ KAŻDY DŁUŻNIK WYSTĘPUJĄCY W RELACJI DO KAŻDEGO WIERZycIELA

Według trzeciego, zakresowo najszerzego poglądu sprawcą tzw. przestępstw dłużniczych może być każdy dłużnik, którego zachowanie wypełni znamiona konkretnego typu czynu zabronionego. Fakt bycia przedsiębiorcą jest dla tej koncepcji pozbawiony znaczenia. W opinii autorów reprezentujących to stanowisko omawiane przepisy udzielają ochrony prawnokarnej wszelkim relacjom zobowiązaniowym, które powstały w tzw. obrocie cywilnym. Warto zaznaczyć, że jest to pogląd najszerzej akceptowany w praktyce wymiaru sprawiedliwości.

Autorzy broniący powyższej koncepcji dotyczącej podmiotu przestępstw dłużniczych odwołują się często do wykładni językowej, w szczególności wskazując użycie przez ustawodawcę w przepisach art. 300–302 k.k. znamienia „niewypłacalność”. W ocenie autorów cecha ta może mieć zastosowanie w przypadku każdego dłużnika, co przemawia za rozszerzeniem kryminalizacji przestępstw dłużniczych na cały obrót cywilny¹¹. O. Górniok ponadto wskazuje, że przeciw wykładni zawężającej pojęcie dłużnika tylko do przedsiębiorcy przemawia okoliczność, że często dłużnicy niebędący profesjonalistami pozorują taki stan rzeczy dla zdobycia zaufania potencjalnego kontrahenta¹². Inny argument, jeszcze na gruncie ustawy z 1994 r., wskazywał Z. Ziobro, według którego przyjęcie innej koncepcji niż omawiana rodzi poważne wątpliwości na tle zasady równości wobec prawa. Taki stan rzeczy autor porównuje do obowiązującego w prawie socjalistycznym zróżnicowania ochrony prawnokarnej mienia zależnie

⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 20 listopada 2000 r., I KZP 31/00, OSP 2001, nr 5, poz. 75.

¹⁰ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998, s. 396.

¹¹ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 580; podobnie J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 568; A. Michalska-Warias, (w:) T. Bojarski (red.), A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 652.

¹² O. Górniok, *Komentarz do kodeksu karnego*, Warszawa 2003, s. 106–107. Według O. Górniok uzasadnienia omawianego poglądu możemy szukać w motywach do Kodeksu karnego z 1932 r. – gdzie autorzy tłumaczyli taki, odmienny niż w prawie karnym państw zaborczych, stan rzeczy w sposób następujący: „życiem handlowym i spekulacją zajmują się ludzie niebędący kupcami. Zaciągają też długi, których nie są w stanie spłacić. Nowożytnie ustawodawstwa odrzucają rozróżnienie tego rodzaju i tworzą po prostu jednolite ogólne pojęcie działania na szkodę wierzycieli, bez względu na to czy dłużnik jest kupcem, czy nim nie jest” (zob. O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 58–59). Przeciwnicy tego poglądu zauważają, że mimo iż ustawa z 1994 r. nawiązywała do Kodeksu karnego z 1932 r., to przedmiotem ochrony tamtych przepisów był interes wierzyciela, a nie pewność obrotu gospodarczego [zob. J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 749–750].

od formy własności¹³. Pogląd ten został także poparty przez Sąd Najwyższy w uchwale z 26 listopada 2003 r.¹⁴

3. RODZAJOWY PRZEDMIOT OCHRONY ROZDZIAŁU XXXVI K.K. JAKO GRANICA KRYMINALIZACJI PRZESTĘPSTW DŁUŻNICZYCH

Poza opisanymi powyżej trzema stanowiskami, odmiennie określającymi podmiot przestępstw dłużniczych i tym samym decydującymi o zakresie kryminalizacji omawianych zakazów karnych, można wyróżnić czwarte stanowisko¹⁵. Zgodnie z tym poglądem zakres ochrony przestępstw dłużniczych powinien być ograniczony do relacji między podmiotami, z których przynajmniej jeden jest przedsiębiorcą.

Przedstawiony pogląd podstawowe znaczenie przypisuje systemowym i celowościowym regułom wykładni, zważając przede wszystkim na to, że część szczególna Kodeksu karnego stanowi usystematyzowaną całość, rządzącą się zasadami istotnymi dla wykładni poszczególnych typów czynów zabronionych. Pogląd ten ponadto uwzględnia fakt, że umowy zobowiązaniowe stanowiące podstawę ewentualnej odpowiedzialności karnej dłużnika ze swej istoty mają przymiot umów dwustronnie zobowiązujących.

Systematyka części szczególnej Kodeksu karnego została oparta na kryterium jednorodności chronionych dóbr prawnych. Oznacza to, że racjonalny ustawodawca świadomie umieścił konkretne typy czynów zabronionych w konkretnych rozdziałach Kodeksu karnego, determinując tym samym ich przedmiot ochrony. W konsekwencji przestępstwa umieszczone w jednym rozdziale Kodeksu karnego zasadniczo godzą w dobra prawne jednego rodzaju. Zakres ochrony konkretnego zakazu karnego jest wyznaczany przez rodzajowy przedmiot ochrony wskazany przez ustawodawcę w tytule rozdziału, w którym przepis został umieszczony¹⁶. Przedmiotem ochrony przestępstw umieszczonych w rozdziale XXXVI k.k. jest obrót gospodarczy¹⁷.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przestępstw dłużniczych, trzeba uznać, że zakres ochrony poszczególnych typów czynów zabronionych ograniczony został do zachowań przestępnych podjętych w granicach obrotu gospodarczego¹⁸. Co ważne, pod pojęciem „obrotu gospodarczego” należy rozumieć stosunki prawne pomiędzy podmio-

¹³ Z. Ziobro, *Przestępstwa na szkodę wierzyciela – kontrowersje interpretacyjne*, Prok. i Pr. 1996, z. 10.

¹⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 26 listopada 2003 r., I KZP 32/03, OSP 2004, nr 7–8, poz. 103.

¹⁵ Koncepcja ta znajduje poparcie w postanowieniu Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2002 r., II KKN 220/00, LexPolonica nr 391688. Na podobnym stanowisku stanął także R. Zawłocki, opowiadając się za takim zakresem podmiotowym omawianych przepisów, gdzie stosunek łączący dłużnika z wierzycielem ma charakter związku gospodarczego (zobacz R. Zawłocki, *Przestępstwa*, s. 34).

¹⁶ Wyjątek stanowi rozdział XXXII k.k.

¹⁷ Ujmując rzecz precyzyjnie, należy stwierdzić, że przedmiotem ochrony rozdziału XXXVI k.k. są zasady rządzące prawidłowością obrotu gospodarczego.

¹⁸ Każde z przestępstw dłużniczych godzi w dobro prawne, jakim jest obrót gospodarczy, przy czym przedmiotem zamachu nielojalnego dłużnika są zarówno uzasadnione interesy majątkowe wierzyciela, jako strony stosunku zobowiązaniowego, jak i pewność obrotu gospodarczego, która jest wartością ponadindywidualną. Poszczególne przestępstwa na szkodę wierzycieli chronią zatem nie tylko wierzyciela będącego stroną stosunku prawnego, ale także innych uczestników obrotu gospodarczego.

tami, z których przynajmniej jeden jest przedsiębiorcą¹⁹. Bez znaczenia jest jednak to, która ze stron stosunku zobowiązaniowego jest profesjonalistą. Poza zakresem ochrony rozdziału XXXVI k.k. znajduje się zatem tzw. obrót powszechny, czyli stosunki prawne między nieprofesjonalistami.

Wyprowadzone tu wnioski wykluczają możliwość zaakceptowania trzeciego spośród przedstawionych wyżej stanowisk dotyczących podmiotu przestępstw dłużniczych („sprawcą przestępstwa dłużniczego może być każdy dłużnik występujący w relacji do każdego wierzyciela”), skoro pogląd ten dopuszcza możliwość popełnienia omawianych przestępstw w relacji między nieprofesjonalistami. Można przypuszczać, że ustawodawca wyłączył spod ochrony omawianych zakazów karnych relacje prawne pomiędzy nieprofesjonalistami dokonywane w ramach tzw. obrotu powszechnego, ze względu na brak zagrożenia dla wartości ponadindywidualnych, uznając, że w takiej sytuacji wystarczająca jest ochrona, którą gwarantują inne gałęzie prawa, w szczególności zaś prawo cywilne²⁰. Taki wniosek opiera się na obecnej w polskim systemie prawa zasadzie subsydiarności, rozumiejącej prawo karne jako *ultima ratio*. Zasadę tę, choć nie została wyrażona wprost w Kodeksie karnym ani w ustawie zasadniczej (umieszczona jest ona jedynie w preambule do Konstytucji), uznaje się za podstawową zasadę konstytucyjną²¹. Trybunał Konstytucyjny uznał zasadę subsydiarności za wiążącą dyrektywę interpretacyjną²².

Odnosząc się na gruncie definicji obrotu gospodarczego do pozostałych poglądów, czyli koncepcji pierwszej – przyjmującej, że sprawcą może być dłużnik-profesjonalista w relacji do wierzyciela-profesjonalisty albo nieprofesjonalisty, oraz koncepcji drugiej – przyjmującej, że sprawcą może być dłużnik-profesjonalista lub nieprofesjonalista w relacji do wierzyciela-profesjonalisty, wypada zauważyć, iż koncepcje te pomijają kwestię kluczową dla oceny przedmiotowego zagadnienia. Zdecydowana większość zobowiązań ma charakter dwustronnie zobowiązujący, każda strona stosunku zobowiązaniowego występuje w podwójnej roli wierzyciela i dłużnika. Nie ma zatem znaczenia, który podmiot posiada przymiot profesjonalisty. Pominięcie tej, jakże istotnej, okoliczności umożliwiło autorom wyprowadzenie interpretacji zakazów karnych, które

¹⁹ W podręczniku prawa handlowego możemy przeczytać, że obrót gospodarczy charakteryzuje się tym, że „co najmniej jeden z jego uczestników jest zobowiązany w stosunku do innych uczestników z tej racji, iż prowadzi w sposób trwały i zawodowy działalność gospodarczą, zaś świadczenie dóbr i usług dla innych uczestników obrotu jest wynikiem tej działalności” (zob. K. Kruczalak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 21). Dla zobrazowania występujących w warunkach gospodarki rynkowej stosunków podmiotowych warto przytoczyć doktrynalny podział obrotu gospodarczego, zgodnie z którym obrót gospodarczy *sensu stricto* to stosunki prawne między przedsiębiorcami. Obrót gospodarczy nazywany obrotem konsumenckim to stosunki prawne między przedsiębiorcą po jednej stronie a konsumentem po drugiej. Te dwa ujęcia łącznie stanowią tzw. obrót gospodarczy w ujęciu szerokim. Ostatnią kategorią obrotu jest obrót cywilny. W takim ujęciu obrotu gospodarczego obojętna jest kwalifikacja podmiotów stosunków prawnych, byle tylko mogły one być stronami stosunku cywilnego. Zakres ostatniej definicji zawiera w sobie obrót gospodarczy w ujęciu szerokim oraz ponadto tzw. obrót powszechny, czyli stosunki prawne między nieprofesjonalistami [por. W. J. Katner, (w:) A. Kappes, W. J. Katner (red.), U. Promińska, W. Robaczyński, A. Rzetelska, Z. Świdorski, *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*, Zakamycze 2006, s. 26].

²⁰ A. Liszewska, W. Robaczyński, *O karaniu niesumiennej dłużników*, „Kontrola Państwowa” 1999, nr 3, s. 68.

²¹ Szerzej S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 90.

²² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 8 maja 2002 r., K 29/00, OTK ZU 2002, nr 3A, poz. 30.

przynają ochronę jedynie wybranym roszczeniom. Nie można zgodzić się z przyznaniem ochrony tylko wierzycielowi konsumentowi przeciwko dłużnikowi profesjonalistacie (stanowisko pierwsze) albo ochrony tylko wierzycielowi profesjonalistacie przeciwko dłużnikowi, który jest konsumentem (stanowisko drugie), nie przyznając takiej ochrony w przypadku odwrotnych konfiguracji.

O celowym zawężeniu przez ustawodawcę zakresu podmiotowego omawianych przepisów tylko do obrotu gospodarczego – z wyłączeniem tym samym relacji między nieprofesjonalistami – może świadczyć także porównanie obecnej regulacji przestępstw dłużniczych z analogiczną regulacją zawartą w Kodeksie karnym z 1932 r. Przedmiotem ochrony przestępstw dłużniczych zawartych w międzywojennym Kodeksie karnym, w rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa na szkodę wierzyciela”, były interesy każdego wierzyciela, niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron stosunku zobowiązaniowego posiadała przymiot profesjonalisty, czy nie. W Kodeksie karnym z 1997 r. ustawodawca zrezygnował z takiego rozwiązania, umieszczając omawiane przepisy w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Okoliczność ta świadczy o celowym zawężeniu zakresu kryminalizacji omawianych zakazów karnych. Gdyby bowiem ustawodawca chciał chronić za pomocą prawa karnego dobra prawne wszystkich wierzycieli, to stworzyłby wówczas oddzielny rozdział, tak jak to miało miejsce w Kodeksie karnym z 1932 r.²³

Na marginesie warto wskazać, że przyjęcie w praktyce opisanej powyżej koncepcji, ograniczającej zakres kryminalizacji przestępstw dłużniczych tylko do obrotu gospodarczego, wiązałoby się z koniecznością „uporządkowania” całego rozdziału XXXVI k.k., tak aby rodzajowy przedmiot ochrony stanowił drogowskaz ułatwiający interpretację wszystkich zawartych w nim zakazów karnych²⁴.

4. ROZSZERZENIE ZAKRESU KRYMINALIZACJI PRZESTĘPSTW DŁUŻNICZYCH NA PODSTAWIE ART. 308 K.K.

Do przestępstw dłużniczych znajduje zastosowanie art. 308 k.k.²⁵, zawierający klauzulę umożliwiającą pociągnięcie do odpowiedzialności karnej tzw. podmiotów odpowiedzialnych zastępczo. Choć przepis w swojej treści odnosi się do całego rozdziału „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, to faktycznie będzie miał on zastosowanie tylko do czynów, w których podmiotem przestępstwa może być dłużnik albo wierzyciel, to jest do art. 300–302 k.k.

Rozszerzenie kręgu możliwych sprawców przestępstw na szkodę wierzycieli na pod-

²³ J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 745.

²⁴ Należałoby między innymi przenieść art. 296b k.k., przykładowo, do rozdziału XXXV k.k. „Przestępstwa przeciwko mieniu” oraz utworzyć poza rozdziałem XXXVI k.k. typ czynu zabronionego analogiczny do art. 296 k.k., który chroniłby relacje między nieprofesjonalistami, i to najlepiej bez ograniczania wysokości poniesionej przez pokrzywdzonego szkody.

²⁵ Artykuł 308 k.k. stanowi, że „za przestępstwa określone w tym rozdziale odpowiada jak dłużnik lub wierzyciel, 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”.

stawie art. 308 k.k. nie zmienia ich indywidualnego charakteru. Relacja zobowiązaniowa łącząca dłużnika z wierzycielem także w tym przypadku musi mieć charakter związku gospodarczego. Wierzyciel lub dłużnik *sensu stricto* musi posiadać przymiot profesjonality. Odpowiedzialność sprawcy czynu jest niezależna od odpowiedzialności rzeczywistego dłużnika²⁶ i może ją ponieść na podstawie tego przepisu każdy, o ile posiada ogólne cechy podmiotu zdolnego ponosić odpowiedzialność karną²⁷. W przypadku popełnienia przestępstw dłużniczych klauzula zawiera samoistną podstawę prawną odpowiedzialności karnej osoby wskazanej w art. 308 k.k. Oznacza to, że możliwe jest w określonych przypadkach pociągnięcie do odpowiedzialności wyłącznie osoby odpowiedzialnej zastępczo (co będzie miało miejsce w szczególności, gdy dłużnik jest jednostką organizacyjną). Możliwe jest także pociągnięcie do odpowiedzialności osoby odpowiedzialnej zastępczo razem z dłużnikiem zastępowanym, za którąkolwiek z postaci przestępnego współdziałania – współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo przez polecenie, podżeganie lub pomocnictwo²⁸. Odpowiedzialność zastępcza powstanie jednak pod warunkiem, że dłużnik *sensu stricto* będzie posiadał cechy wskazane w określonym zakazie karnym. Przykładowo, w przypadku art. 300 § 1 k.k. dłużnik ten musi znajdować się w sytuacji „grożącej mu niewypłacalności lub upadłości”. Podmiot odpowiedzialny zastępczo musi zaś wypełnić znamiona danego typu czynu zabronionego.

PODSUMOWANIE

W praktyce wymiaru sprawiedliwości najszerzą akceptację znalazła koncepcja, która przyznaje ochronę prawnokarną wszelkim relacjom zobowiązaniowym w ramach tzw. obrotu cywilnego. Jest to jednak pogląd stojący w sprzeczności ze wskazanymi powyżej argumentami, przede wszystkim marginalizujący rodzajowy przedmiot ochrony rozdziału XXXVI k.k., który w tym przypadku powinien decydować o zakresie kryminalizacji poszczególnych zakazów karnych. W konsekwencji zakres ochrony przestępstw dłużniczych powinien być ograniczony do relacji między podmiotami, z których przynajmniej jeden jest przedsiębiorcą. W świetle ustaleń dotyczących charakteru zdecydowanej większości stosunków zobowiązaniowych trudno także znaleźć uzasadnienie dla stosowania pozostałych dwóch poglądów, które przyznają ochronę – poza obrotem gospodarczym *sensu stricto* – jedynie konkretnym roszczeniom w ramach obrotu gospodarczego.

Warto zauważyć, że zmiana linii orzecznictwa na gruncie przestępstw dłużniczych, dokonana nawet zgodnie z bronionym w pracy stanowiskiem, nie miałaby większego sensu z tego powodu, iż przepisy art. 300 § 1–3 k.k., art. 301 § 1–3 k.k. i art. 302 § 3 k.k. obarczone są wieloma innymi błędami, które utrudniają ich stosowanie w praktyce. Przepisy te zawierają między innymi trudne do zinterpretowania znamiona ocenne „wielu” i „kilku”. Jedynym możliwym rozwiązaniem problemu wydaje się być znowelizowanie całej grupy przestępstw dłużniczych. W takiej sytuacji warto byłoby rozważyć

²⁶ M. Bojarski, *LexPolonica*, teza do art. 308 k.k.; podobnie J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 873.

²⁷ R. Zawłocki, *Przestępstwa*, s. 31; podobnie R. Góral, *Kodeks*, s. 489–450.

²⁸ J. Majewski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks*, s. 873.

możliwość wzięcia pod uwagę wskazanych w pracy argumentów. Znowelizowanie tej grupy przepisów wpłynęłoby bez wątpienia w sposób znaczący na jakość zabezpieczenia obrotu gospodarczego. Przede wszystkim zredagowane w sposób jasny zakazy karne oddziaływałyby na uczestników obrotu prawnego w sposób prewencyjny, nie tylko bowiem prawnicy (po dogłębnej analizie), ale także przedsiębiorcy i konsumenci byłiby w stanie odróżnić zachowania karalne od dozwolonych.

Summary

Piotr Pośnik, Radosław Pośnik

DEBTOR'S CRIME – LIMITS OF PENALIZATION
AND SUBJECT OF THE CRIME

This study is aimed at showing interpretation of a legal issue of perpetrator of debtor's crimes (described in art. 300 § 1–3, art. 301 § 1–3 and art. 302 § 1 of Polish Penal Code), in particular on the basis of system and functional rules of interpretation, and in consequence at defining the scope of criminalization of these crimes. Such interpretation of these crimes allows drawing conclusions, which in authors' opinion should be taken into consideration in practice and in the course of amendment process. The paper shows also views of doctrine and jurisdictions on this issue.

KEY WORDS: debtor's crime, crime to the detriment of creditor, perpetrator of crime, scope of criminalization of debtor's crimes, scope of criminalization of crimes to the detriment of creditor

POJĘCIA KLUCZOWE: przestępstwo dłużnicze, przestępstwo na szkodę wierzyciela, podmiot przestępstwa, zakres kryminalizacji przestępstw dłużniczych, zakres kryminalizacji przestępstw na szkodę wierzyciela

PODSTAWY OKREŚLENIA JURYSDYKCJI CYBERPRZESTĘPSTW NA GRUNCIE POLSKIEGO USTAWODAWSTWA KARNEGO W ŚWIETLE MIĘDZYNARODOWYCH STANDARDÓW NORMATYWNYCH

Wymiana informacji w Internecie odbywająca się z wykorzystaniem pakietów danych przebiega zazwyczaj w sposób w pełni zautomatyzowany i niezależny od użytkownika, z wykorzystaniem wielu routerów łączących niezliczoną ilość systemów informatycznych zlokalizowanych na całym świecie. Obecny poziom rozwoju i dostępności usług świadczonych drogą elektroniczną powoduje potrzebę wzmożonej ochrony prawnej, w szczególności z wykorzystaniem instrumentów prawnokarnych. Dla skutecznego ścigania sprawców cyberprzestępstw niewątpliwie duże znaczenie ma zagadnienie *locus delicti* i zakres jurysdykcji karnej w cyberprzestrzeni¹.

Jednym z najważniejszych międzynarodowych instrumentów w dziedzinie zwalczania przestępstw popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji jest Konwencja Rady Europy z 2001 r. w sprawie cyberprzestępczości, która zawiera wspólne definicje różnych rodzajów przestępstw komputerowych oraz ustanawia podstawy funkcjonowania współpracy sądowej między państwami sygnatariuszami Konwencji. Również na forum Unii Europejskiej przyjęto inne, bardziej ogólne akty prawne, dotyczące aspektów zwalczania cyberprzestępczości, takie jak decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej 2004/68/WSiSW z 22 grudnia 2003 r. dotycząca zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej (Dz.Urz. UE L 13 z 20 stycznia 2004 r., s. 44–48; Dz.Urz., polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 7, s. 10–14), stanowiące dobry przykład możliwych do przyjęcia rozwiązań kolizyjnych. Warto również odnieść się do decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz.Urz. UE L 328 z 6 grudnia 2008 r., s. 55–58) oraz decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW z 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz.Urz. UE L 05 z 16 marca 2005 r., s. 67–69).

Przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania uczyniono międzynarodowe inicjatywy i standardy normatywne określające reguły jurysdykcyjne w stosunku do

¹ Ogólnie można stwierdzić, że grupa czynów, określana jako cyberprzestępstwa, polega na posługiwaniu się systemami lub sieciami informatycznymi do naruszania jakiegokolwiek dobra prawnego chronionego przez prawo karne. W skład tak rozumianej cyberprzestępczości wchodzi zatem te typy przestępstw, które jako pierwotny przedmiot ochrony mają szeroko pojętą ochronę informacji związaną z wykorzystaniem technik informacyjnych oraz niezakłócone funkcjonowanie systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej, jak również ochronę innych dóbr prawnych, które mogą zostać naruszone z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji.

cyberprzestępstw. Pozwoli to na ocenę polskiego ustawodawstwa karnego materialnego w aspekcie dostosowania zawartych w nim rozwiązań do wskazanych standardów normatywnych.

1. PODSTAWY OKREŚLENIA JURYSDYKCJI KARNEJ NA GRUNCIE POLSKIEGO USTAWODAWSTWA

Podstawą orzekania przez sądy polskie może być jedynie polskie ustawodawstwo karne. Miejsce popełnienia przestępstwa obejmuje zarówno miejsce, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, jak i miejsce, gdzie nastąpił skutek stanowiący znamię czynu zabronionego lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić (art. 6 § 2 k.k.). W myśl wskazanego przepisu wystarczy, by jeden z elementów przestępstwa dotknął terytorium danego państwa, aby mogło ono uznać, że cały czyn podlega jego jurysdykcji. Znajduje to również zastosowanie do czynów instrumentalnego wykorzystania Internetu do naruszenia dóbr prawnie chronionych pod groźbą kary.

Na gruncie obowiązującej kodyfikacji karnej z 1997 r. wyróżnić można cztery zasady odpowiedzialności za przestępstwa popełnione za granicą:

- zasada personalna (narodowości podmiotowej, obywatelstwa), wyrażona w art. 109;
- zasada ochronna (narodowości przedmiotowej) występująca w dwóch postaciach:
 - względnej (zwykłej) – art. 110 § 1 oraz
 - bezwzględnej (obostrzonej) – art. 112;
- zasada odpowiedzialności zastępczej – art. 110 § 2;
- zasada uniwersalna (represji wszechświatowej) – art. 113.

Co do zasady, warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony za granicą jest uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia. Przedstawiona zasada sprowadza się do stwierdzenia, że zasadniczo czyn popełniony przez sprawcę za granicą musi być traktowany jako przestępstwo zarówno w polskiej ustawie karnej, jak i w ustawie obowiązującej w miejscu i w czasie jego popełnienia (*lex loci*). Ograniczenie to nie znajduje zastosowania w przypadku zasady przedmiotowej w postaci bezwzględnej. Jej zastosowanie jest bowiem zależne nie od miejsca czynu, ale od przedmiotu działania i szczególnego zagrożenia dla jakiegoś kraju. Jej działanie rozciąga się nie tylko na przestępstwa cudzoziemców, ale również obywateli Polski. Działanie zasady obostrzonej według art. 112 odnosi się do:

- 1) przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) przestępstwa przeciwko polskim urządóm lub funkcjonariuszóm publicznym,
- 3) przestępstwa przeciwko istotnym polskim interesóm gospodarczym,
- 4) przestępstwa fałszywych zeznań złożonych wobec urzędu polskiego.

Ostatnia z zasad to zasada represji konwencyjnej (*delicta iuris gentium*), która jest obecna we wszystkich państwach rozwiniętych, będąc wyrazem międzynarodowej solidarności w ściganiu przestępstw objętych odpowiednimi konwencjami lub umowami bilateralnymi. Uniwersalna jurysdykcja jest rozpoznawana przez prawo międzynarodowe dla zabezpieczenia interesu międzynarodowego tylko w bardzo ograniczonych

i unikalnych przypadkach, takich jak: piractwo, przestępstwa wojenne oraz inne „zachowania wystarczająco haniebne, naruszające prawa wszystkich krajów”. Jeśli ściganie przestępstwa objęte jest umową międzynarodową, następuje ono niezależnie od miejsca jego popełnienia i od obywatelstwa sprawcy². Chodzi tutaj zatem o sprawców przestępstw, których ściganie wykracza poza sferę zainteresowań pojedynczych państw i jest wspólnym zadaniem społeczności międzynarodowej.

2. MIĘDZYNARODOWE REGUŁY KOLIZYJNE NA OBSZARZE MIĘDZYNARODOWEJ WSPÓŁPRACY W DZIEDZINIE ZWALCZANIA CYBERPRZESTĘPCZOŚCI

Jednym z najważniejszych międzynarodowych instrumentów w dziedzinie zwalczania przestępstw popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji jest Konwencja Rady Europy z 2001 r. w sprawie cyberprzestępczości, która zawiera wspólne definicje różnych rodzajów przestępstw komputerowych oraz ustanawia podstawy funkcjonowania współpracy sądowej między państwami sygnatariuszami Konwencji.

Szczególne znaczenie dla kwestii określenia jurysdykcji w przypadku konkurencji jurysdykcji w sprawach karnych ma art. 22 Konwencji o cyberprzestępczości, według którego:

„Każda Strona przyjmie środki prawne lub inne, które mogą być potrzebne dla ustanowienia swojej jurysdykcji w odniesieniu do przestępstw określonych zgodnie z artykułami 2–11 niniejszej Konwencji, gdy przestępstwo popełnione jest:

- a) na jej terytorium, lub
- b) na pokładzie statku pływającego pod banderą tej Strony, lub
- c) na pokładzie samolotu zarejestrowanego na podstawie prawa tej Strony, lub
- d) przez jednego z jej obywateli, jeżeli przestępstwo jest karalne według prawa miejsca jego popełnienia, lub jeśli przestępstwo popełnione zostało poza jurysdykcją terytorialną jakiegokolwiek państwa”³.

Ten artykuł wymienia zatem na pierwszym miejscu zasadę terytorialną, dalej przy określeniu jurysdykcji zaleca odnieść się do flagi statku oraz miejsca rejestracji statku powietrznego oraz wymienia zasadę narodowości podmiotowej. Jednakże pojedyncze regulacje pozostawione zostały państwom sygnatariuszom:

„Każde państwo może zastrzec sobie prawo do niestosowania lub stosowania tylko w ściśle określonych przypadkach lub warunkach zasad jurysdykcji, o jakich mowa w ustępie 1b–1d niniejszego artykułu lub w dowolnej części tego ustępu”⁴.

² L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 117–119.

³ „Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish jurisdiction over any offence established in accordance with Articles 2–11 of this Convention, when the offence is committed: a. in its territory; or b. on board a ship flying the flag; or c. on board an aircraft registered under the laws of that Party; or d. by one of its nationals, if the offence is punishable under criminal law where it was committed if the offence is committed outside the territorial jurisdiction of any State”.

⁴ „Each State may reserve the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules laid down in paragraphs (1) b – (1) d of this article or any part thereof”.

Niniejsza Konwencja nie wyłącza również jurysdykcji wykonywanej przez stronę zgodnie z jej prawem krajowym. Artykuł 22 określa także zasady postępowania w przypadku sporu:

„Jeżeli kilka Stron uznaje swoją jurysdykcję w odniesieniu do domniemanego przestępstwa określonego w niniejszej Konwencji, Strony te, o ile jest to uzasadnione, podejmują konsultacje w celu określenia, czyja jurysdykcja jest najwłaściwsza dla ścigania tego przestępstwa”⁵.

W przypadku zatem, kiedy zamieszczone w Internecie nielegalne treści dostępne są dla więcej niż jednej ze stron Konwencji lub będą ogólnodostępne przy określeniu jurysdykcji, zainteresowane strony powinny podjąć konsultacje. Konsultacje te nie mają jednak charakteru obligatoryjnego i można z nich jednostronnie zrezygnować, gdyby ich wprowadzenie kolidowało z interesem wymiaru sprawiedliwości strony. Należy przy okazji podkreślić, że polski Kodeks karny daje możliwości regulacji zasad określenia jurysdykcji w umowie międzynarodowej, której Polska jest stroną (art. 5 *in fine*).

Należy jednak zauważyć, że najbardziej newralgiczna kwestia ujęcia klasycznej zasady terytorialnej, w przypadku przestępstw popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji, została pozostawiona państwom sygnatariuszom. Konwencja nie wskazuje również, jakie kryteria powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu „najściślejszego związku” z państwem, które podejmuje się ścigania tych przestępstw.

Konwencja zawiera także rozwiązania, które mają na celu ułatwienie międzynarodowej współpracy w zakresie wykrywania i ścigania cyberprzestępstw. Według art. 22 pkt 3 Konwencji zobowiązuje się każdą ze stron do przyjęcia środków, które mogą być potrzebne dla zapewnienia swojej jurysdykcji w odniesieniu do każdego przestępstwa w przypadkach, gdy domniemany sprawca przestępstwa przebywa na jej terytorium i nie może zostać wydany innemu państwu wyłącznie ze względu na jego obywatelstwo, po otrzymaniu wniosku ekstradycyjnego.

Znamiennym rozwiązaniem, z punktu widzenia tematyki niniejszego opracowania, jest również zobligowanie państw sygnatariuszy do zbierania dowodów popełnienia przestępstw komputerowych w innych krajach, nawet jeśli w tym kraju dany czyn nie jest uznany za przestępstwo. Według bowiem art. 16 (niezwłoczne zabezpieczenie przechowywanych danych informatycznych) każda strona przyjmie środki prawne i inne, które są niezbędne do tego, by umożliwić właściwym organom nakazanie lub uzyskanie, przy użyciu podobnych metod, niezwłocznego zabezpieczenia wyspecyfikowanych danych informatycznych, w tym także danych dotyczących ruchu, przechowywanych za pomocą systemu informatycznego, w szczególności gdy istnieją podstawy do tego, by sądzić, że dane te są szczególnie podatne na ryzyko utraty lub zmodyfikowania⁶.

Konwencja została przyjęta i weszła w życie w 2004 r. Podpisało ją wiele państw, m.in. Stany Zjednoczone i inne państwa pozaeuropejskie (Kanada, Japonia oraz Południowa

⁵ „When more than one Party claims jurisdiction over an alleged offence established in accordance with this Convention, the Parties involved shall, where appropriate, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution”.

⁶ Zob. też art. 17 – Niezwłoczne zabezpieczenie i częściowe ujawnienie danych dotyczących ruchu, art. 18 – Nakaz dostarczenia, art. 19 – Przeszukanie i zajęcie przechowywanych danych informatycznych oraz art. 23 – Ogólne zasady współpracy międzynarodowej.

Afryka), a także wszystkie państwa członkowskie UE. Jednak wiele państw sygnatariuszy jeszcze nie ratyfikowało Konwencji lub jej dodatkowego protokołu dotyczącego czynów przestępczych o charakterze rasistowskim lub ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych⁷.

Bardziej zintegrowane ramy instytucjonalne UE, w szczególności brak długotrwałych procedur związanych z podpisaniem i ratyfikacją, które obowiązują w przypadku Konwencji Rady Europy, pozwalają na znacznie sprawniejsze przyjęcie wśród państw członkowskich UE wspólnych reguł kolizyjnych na obszarze międzynarodowej współpracy w dziedzinie przeciwdziałania cyberprzestępczości.

Na forum Unii Europejskiej przyjęto bardziej ogólne akty prawne dotyczące aspektów zwalczania cyberprzestępczości, takie jak: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz.Urz. UE L 335/1 z 17 grudnia 2011 r.) oraz decyzja Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawno-karnych (Dz.Urz. UE L 328 z 6 grudnia 2008 r., s. 55–58), stanowiące dobry przykład możliwych do przyjęcia rozwiązań kolizyjnych.

Według art. 17 ust. 1 dyrektywy w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej (dotyczącego jurysdykcji i koordynowania ścigania) każde państwo członkowskie podejmuje niezbędne środki w celu ustalenia swojej jurysdykcji w odniesieniu do przestępstw określonych w dyrektywie, gdy:

- a) przestępstwo zostało popełnione w całości lub w części na jego terytorium;
- b) sprawca jest jednym z jego obywateli⁸.

Państwo członkowskie może ustanowić jurysdykcję również jeżeli:

- a) przestępstwo zostało popełnione wobec jego obywatela lub osoby mającej miejsce zamieszkania na jego terytorium;
- b) przestępstwo zostało popełnione na korzyść osoby prawnej mającej swoją siedzibę na jego terytorium; lub
- c) sprawca ma miejsce zwykłego pobytu na jego terytorium.

Ustanawiając jurysdykcję zgodnie z zasadą terytorialną, każde państwo członkowskie zapewnia, że jurysdykcja obejmuje przypadki, gdzie przestępstwo określone w art. 5–6 (przestępstwa związane z pornografią dziecięcą, nagabywanie dzieci do celów seksualnych – przyp. M. S.) oraz w odpowiednim zakresie, w art. 3 i 7 (przestępstwa związane z niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, podżeganie, pomocnictwo, usiłowanie – przyp. M. S.) zostało popełnione z wykorzystaniem systemu komputerowego dostępnego z jego terytorium, bez względu na to, czy system ten znajduje się na jego terytorium. Tym samym w stosunku do przestępstw rozpowszechniania i eksploatacji pornografii dziecięcej następuje rozszerzenie jurysdykcji karnej również na przypadki, kiedy sprawca

⁷ Obecnie (stan na 15 września 2011 r.) Konwencja o cyberprzestępczości została ratyfikowana przez 22 państwa, w tym również USA (29 września 2006 r.). Zob. więcej: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=10/3/2008&CL=ENG>.

⁸ Przepis ten ma szczególne znaczenie dla zapewnienia skutecznego ścigania tak zwanej turystyki seksualnej.

działa z terytorium danego państwa członkowskiego Unii, ale rozpowszechnia treści za pomocą systemu komputerowego położonego w państwie trzecim⁹.

Podobne do wskazanych wyżej rozwiązanie przyjęto w decyzji ramowej Rady z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (2008/913/WSiSW).

Według art. 9 decyzji uznanie przez państwo jurysdykcji krajowej należy uzależnić przede wszystkim od trzech przesłanek. Po pierwsze od tego, czy czyn przestępny w całości albo częściowo popełniony został na terytorium danego państwa (zasada terytorialna). Po drugie, czy czyn przestępny popełniony został przez obywatela danego państwa i przyczynił się do powstania szkody w stosunku do grupy lub pojedynczej osoby, będącej obywatelem tego państwa. Po trzecie, czy czyn został popełniony na rzecz osoby prawnej, której siedziba znajduje się na terytorium danego państwa. W przypadku zaś przestępstw popełnianych z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnych uznanie podległości krajowemu prawu karnemu państwa członkowskiego na podstawie zasady terytorialności zostało oparte na identycznych przesłankach, jak w decyzji ramowej dotyczącej zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej¹⁰.

Podsumowując powyższe, można zauważyć, że przyjęte w analizowanych decyzjach ramowych rozwiązania odzwierciedlają zaangażowanie Unii Europejskiej na rzecz zwalczania cyberprzestępczości zarówno w skali globalnej, jak i w UE. Analizowane dokumenty międzynarodowe przewidują bowiem nie tylko szczególne uregulowania normatywne, zwłaszcza w odniesieniu do rodzaju i wysokości kar kryminalnych, ale również obligatoryjne przesłanki jurysdykcji. Można również wyciągnąć wniosek, że UE wymaga, aby państwa członkowskie nie ograniczały swoich działań wyłącznie do zabiegów mających na celu przeciwdziałanie cyberprzestępczości mającej miejsce na ich terytorium, lecz skoncentrowały się także na bezpieczeństwie Unii – jako całości.

Warto odnieść się przy tym do koncepcji określenia miejsca popełnienia przestępstwa na podstawie zasady terytorialności i kryterium lokalizacji systemu informatycznego. Na gruncie wskazanych decyzji ramowych zaleca się bowiem, aby ustanawiając jurysdykcję, objąć nią przypadki, w których sprawca działa, znajdując się fizycznie na terytorium danego państwa, niezależnie od miejsca lokalizacji systemu informatycznego, będącego celem lub środowiskiem zamachu, oraz miejsca lokalizacji systemu informatycznego, z wykorzystaniem którego lub przeciwko któremu skierowany jest zamach niezależnie od miejsca, w którym sprawca się fizycznie znajduje. Okoliczność, że sprawca w chwili czynu przebywał na terytorium państwa trzeciego, nie gwarantuje mu przy tym bezkarności na obszarze Unii Europejskiej. Ewentualny zarzut braku podwójnej karalności jest

⁹ Zob. art. 55 Konstytucji RP. Por. P. Hofmański, A. Sakowicz, *Reguły kolizyjne w obszarze międzynarodowej współpracy w sprawach karnych*, Państwo i Prawo 2006, z. 11; E. Janczur, *Przejęcie i przekazanie ścigania karnego*, Prok. i Pr. 1999, z. 5.

¹⁰ Według art. 9 ust. 2 jurysdykcji państwa członkowskiego na podstawie zasady terytorialnej podlega sprawca (w odpowiednim zakresie również podżegacz i pomocnik), zarówno jeżeli popełnia przestępstwo, znajdując się na terytorium państwa, niezależnie od tego, czy przestępstwo jest popełnione z wykorzystaniem systemu informatycznego znajdującego się na jego terytorium, jak również gdy popełnia przestępstwo z wykorzystaniem systemu informatycznego znajdującego się na jego terytorium, niezależnie od tego, czy popełniając przestępstwo, sprawca znajduje się na jego terytorium. Zob. też art. 9 ust. 3 decyzji.

nieskuteczny, bo czyn uznaje się za popełniony na terytorium państwa członkowskiego UE, w którym został zlokalizowany serwer.

Wskazana koncepcja budzi jednak liczne wątpliwości, głównie ze względu na możliwość wskazania przypadkowego systemu prawnego. W sytuacji, przykładowo, wykorzystania Internetu w celu nawoływania do nienawiści na tle rasowym może to być prawo kraju, w którym:

a) umiejscowiony jest system informatyczny służący podniesieniu efektywności (przyspieszeniu) poprzez czasowe i pośrednie zapisywanie informacji pochodzących z innych serwerów;

b) umiejscowiony jest serwer, za pomocą którego informacje są rozpowszechniane z wykorzystaniem np. e-maila (lokalizacja tzw. Mailserwer);

c) umiejscowiony jest system informatyczny, za pomocą którego informacje są udostępniane np. na stronie WWW, przy czym część z nich może być umieszczona na różnych serwerach i w różnych państwach;

d) dochodzi do odczytania informacji zakazanych przez prawo.

Przyjęcie zatem miejsca położenia systemu informatycznego dla określenia jurysdykcji krajowej w sprawach karnych może prowadzić do stanu niepewności, uzależniając ją w rzeczywistości od technicznej infrastruktury usługodawcy internetowego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że miejsce lokalizacji systemu informatycznego może być całkowicie obojętne zarówno dla poszkodowanego, jak również dla sprawy. Nie muszą oni bowiem znać lokalizacji serwera, który wykorzystują.

Powstaje też wątpliwość, czy adekwatnym łącznikiem może być miejsce pobytu sprawy. Istotnym argumentem przeciwko stosowaniu tej zasady może być znaczne zróżnicowanie przepisów krajowych, m.in. w zakresie standardów ochrony wolności słowa¹¹. Ze względu na istniejące odmienności w praktyce pojawiać się mogą trudności z przestrzeganiem nieznanymi przepisów prawa obcego.

3. WNIOSKI

Polskie przepisy określające jurysdykcję krajową są w wysokim stopniu zbieżne z wymaganiami stawianymi w przywołanych dokumentach międzynarodowych. Jednakże nie obejmują one popełnienia przez polskiego obywatela poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej przestępstwa związanego z rozpowszechnianiem i eksploatacją pornografii dziecięcej w przypadku, gdy nie został spełniony warunek podwójnej karalności. *De lege ferenda* należałoby zatem postulować wprowadzenie stosownych zmian w art. 112 k.k., tak aby rozszerzenie jurysdykcji dotyczyło również przestępstw określonych w decyzji ramowej 2004/68/WSiSW. Ten rodzaj przestępczości bez wątpienia uzasadnia znaczne rozszerzenie jurysdykcji krajowej.

W przypadku przestępstw związanych z treścią informacji właściwa powinna być przede wszystkim ustawa karna państwa, na terytorium którego udostępniono je w sieci telekomunikacyjnej lub systemie komputerowym. Za takim rozwiązaniem przemawia wiele argumentów. Dla przestępstw popełnianych z wykorzystaniem Internetu cha-

¹¹ Por. M. Siwicki, *Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie. Aspekty prawnokarne*, Warszawa 2011.

rakterystyczna jest wielomiejscowość, polegająca na wystąpieniu ujemnych skutków działania sprawcy na różnych obszarach prawnych. Powoduje to, że miejsce działania sprawcy jest kryterium bardziej stabilnym. Od użytkownika należy oczekiwać przynajmniej zachowania zgodnego z prawem obowiązującym w miejscu jego działania. Często jest to dodatkowo zbieżne z jego prawem personalnym. Powyższe powiązanie łągodzi potencjalnie niekorzystne i trudno przewidywalne skutki zastosowania nieznanego dla sprawcy prawa obcego.

Współcześnie od zasady terytorialności tworzy się wyjątki przez posługiwanie się instytucją przekazania – przejęcia ścigania, która polega na tym, że w przypadku popełnienia pewnych określonych przestępstw przez cudzoziemców wszczyna się wprawdzie postępowanie karne, ale następnie przekazuje się dowody i ewentualnie podejrzanego do państwa, którego jest obywatelem. Jest to również korzystniejsze dla podejrzanego, który ma w swoim kraju lepsze możliwości rzeczywistego korzystania z prawa do ochrony¹². Funkcjonowanie tej instytucji opiera się na zawartych w tym przedmiocie porozumieniach i umowach międzynarodowych, a także na przepisach prawa wewnętrznego (art. 590–592 k.p.k.).

Niezależnie od wskazanych uwag należy również podkreślić, że zasięg jurysdykcji nie powinien być określony zbyt szeroko, a sytuacje, w których dojdzie do zastosowania jurysdykcji pozaterytorialnej, należy opierać na racjonalnie uzasadnionych podstawach. Pomimo licznych komplikacji przy określeniu jurysdykcji krajowej, jakie wynikają z transgranicznego charakteru cyberprzestępczości, należy dystansować się od podejmowania prób ich rozwiązania na drodze formułowania nowego reżimu prawnego, który miałby stanowić alternatywną podstawę jurysdykcji dla mało adekwatnej w tych warunkach zasady terytorialnej, w tym także od mało realistycznych koncepcji, które postulują nadanie cyberprzestrzeni statusu suwerennej przestrzeni międzynarodowej.

¹² L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 39.

Summary

Maciej Siwicki

GENERAL PRINCIPLES OF CYBERCRIME JURISDICTION
IN POLISH CRIMINAL LAW IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL
NORMATIVE STANDARDS

In this article the author describes the international law of jurisdiction in relation to cybercrime. The focus of this analysis is evaluation of Polish criminal legislation in international standards.

KEY WORDS: cybercrime, criminal jurisdiction

POJĘCIA KLUCZOWE: cyberprzestępczość, jurysdykcja karna

ZGODNOŚĆ Z PRAWEM INSTALACJI URZĄDZEŃ PODSŁUCHOWYCH W MIESZKANIU

WSTĘP

Kontrola operacyjna jest jedną z metod pracy operacyjnej. Polega ona na niejawnym kontrolowaniu treści korespondencji, kontrolowaniu zawartości przesyłek oraz stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawni informacji i dowodów oraz ich utrwalanie¹. Z przytoczonej definicji wynika, że w ramach tej metody operacyjnej istnieje możliwość podsłuchiwania i utrwalania rozmów prowadzonych przez inwigilowane osoby w zajmowanym przez nich mieszkaniu, zwanego dalej podsłuchem mieszkaniowym. Prawo do stosowania tej metody przysługuje formacjom o charakterze policyjnym, kontrwywiadowczym i wywiadowczym. Do instytucji uprawnionych należy Policja, Straż Graniczna, Żandarmeria Wojskowa, wywiad skarbowy, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencja Wywiadu, Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz Służba Wywiadu Wojskowego i Służba Kontrwywiadu Wojskowego. Podsłuch mieszkaniowy jest tą formą kontroli operacyjnej, po którą coraz chętniej sięgają uprawnione organy państwa z uwagi na malejące znaczenie podsłuchu telefonicznego. Szum medialny wokół podsłuchów telefonicznych spowodował, że przestępcy unikają prowadzenia rozmów na tematy ich obciążające przez telefon. Te sprawy omawiane są w cztery oczy w zaciszach mieszkań, z pominięciem elektronicznych środków łączności. Ten sposób komunikowania ciągle uważany jest za bezpieczny. Mury własnego mieszkania stwarzają poczucie azylu i dlatego jest ono miejscem, w którym w sposób nieskrępowany prowadzi się rozmowy nawet na najbardziej intymne tematy. W takiej formie przekazuje się również informacje istotne z punktu widzenia ewentualnej odpowiedzialności karnej. Poczucie wolności od ingerencji innych podmiotów podświadomie wpływa na zaniżenie standardu ostrożności i prowadzi do wyjawienia informacji, których inwigilowany w innych miejscach nigdy by nie ujawnił. Dążenie do uzyskania tych skrzętnie ukrywanych informacji powoduje rosnącą atrakcyjność podsłuchu mieszkaniowego. Ten stan wywołuje pytanie o dopuszczalny zakres ingerencji służb państwowych w prawnie chroniony mir domowy.

OCHRONA MIRU DOMOWEGO W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM I KONSTYTUCJI RP

Akty prawa międzynarodowego zaliczają prawo do nienaruszalności mieszkania do podstawowych praw człowieka. Zgodnie z art. 8 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochro-

¹ Np. art. 19 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. nr 43, poz. 277 ze zm., dalej: ustawa o Policji.

nie praw człowieka i podstawowych wolności², zwanej dalej EKPC, każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Państwa strony tej Konwencji uzgodniły niedopuszczalność ingerencji władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób (art. 8 ust. 2 EKPC). Podobnie do tej kwestii odniesiono się w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych³, który w art. 17 ust. 1 stanowi, że nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. W związku z powyższym sygnatariusze paktu zgodzili się, że każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami. Natomiast w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁴, zwanej dalej KPPUE, ujęto w art. 7, że każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Ewentualna ingerencja w to prawo może odbyć się na zasadach określonych w art. 52 ust. 1 KPPUE, który stanowi, że wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w KPPUE muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej zawiera klauzulę subsydiarności, dopuszczającą wprowadzenie ograniczeń wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię Europejską lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób.

Akty prawa międzynarodowego ustanawiają minimalne standardy ochrony. Nie ma przeszkód do przyznania przez państwa szerszej ochrony. W tym kierunku poszedł polski ustawodawca, który prawo do nienaruszalności mieszkania uznał za jedną z konstytucyjnych wolności, przysługujących każdemu obywatelowi, przewidując tylko jeden powód jej ograniczenia, a mianowicie możliwość przeprowadzenia przeszukania. Zgodnie z art. 50 zd. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵, zwanej dalej Konstytucją RP, przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Natomiast na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia, o których mowa w tym przepisie, nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Analizując wskazane regulacje konstytucyjne, dochodzi się do wniosku, że art. 50 zd. 2 określa przesłanki formalne legalnego naruszenia miru

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

³ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167.

⁴ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 14 grudnia 2007 r., Dz.Urz. UE. C 2007 nr 303, s. 1.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

domowego, a art. 31 ust. 3 zawiera zbiór przesłanek materialnych⁶. Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji RP nie stanowi więc podstawy pozwalającej na wyprowadzenie z niego jakichkolwiek alternatywnych przesłanek formalnych, uprawniających do ingerencji w mir domowy. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego katalog przesłanek materialnych zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ma charakter zamknięty⁷. Ustawodawca wyraźnie określił przesłanki formalne w art. 50 zd. 2 Konstytucji RP, uznając, że ingerencja w mir domowy może nastąpić jedynie w celu przeszukania, w przypadkach i w sposób określony w ustawie. Natomiast przepis ten zachowuje milczenie w kwestii przesłanek materialnych. Te bowiem wyliczono w formule *numerus clausus* w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Nie można zgodzić się z poglądem, że przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji RP umożliwia wprowadzenie innych, alternatywnych przesłanek formalnych w zakresie nienaruszalności mieszkania⁸. L. Garlicki wyraził trafne zapatrywanie, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP należy przypisać charakter *lex generalis*, który odnosi się do wszystkich konstytucyjnych wolności i praw, niezależnie od tego, czy przepisy szczegółowe odrębnie określają przesłanki ograniczenia danego prawa i wolności⁹. Wobec przepisu art. 50 Konstytucji RP art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pełni rolę uzupełniającą, a jego wyłączenie musiałoby nastąpić w sposób wyraźny¹⁰.

Precyzując relacje zachodzące pomiędzy omawianymi przepisami, należy stwierdzić, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pełni rolę komplementarną w stosunku do przepisu art. 50 Konstytucji RP. Ingerencja w prawo do nienaruszalności mieszkania będzie ingerencją legalną, jeżeli obok przesłanek formalnych wymienionych w art. 50 zd. 2 Konstytucji RP wystąpi przynajmniej jedna przesłanka materialna z tych wyliczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Innymi słowy, ingerencja organów państwa w prawo do nienaruszalności mieszkania będzie uzasadniona, jeżeli będzie spełniała kumulatywnie następujące warunki:

- podjęte działania będą konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób;
- formą ingerencji będzie przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu;
- działanie zostanie podjęte w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.

Komplementarne zastosowanie przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ogranicza możliwość przeprowadzenia przeszukania do sytuacji koniecznych w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony śro-

⁶ Szerzej B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, <https://legalis.net.pl/index.html>, dostęp: 1 lutego 2012 r.

⁷ Wyrok TK z 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98, OTK 1999, nr 2, poz. 25.

⁸ Zob. Z. Józwiak, *Wójt zajrzy do kosza*, „Rzeczpospolita” z 9 grudnia 2009 r., s. C8, gdzie rozważana jest kwestia ograniczenia nienaruszalności mieszkania w celu ochrony środowiska.

⁹ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 10, s. 7; podobne stanowisko zajęli M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, (w:) *Obywatel – jego wolności i prawa*, red. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998, s. 55; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 81–83; D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 112–113; odmiennie P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 49.

¹⁰ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania*, s. 8.

dowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Uznanie poprawności wyniku takiej interpretacji uzasadnia reguła egzegezy prawniczej – *exceptio est strictissimae interpretationis*.

LEGALNOŚĆ INGERENCJI ORGANÓW PAŃSTWA W MIR DOMOWY

Wymienione w Konstytucji RP warunki spełnia instytucja przeszukania, która została uregulowana w Kodeksie postępowania karnego¹¹. Celem tej czynności dowodowej jest wykrycie lub zatrzymanie albo przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, a także znalezienie rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Warunkiem *sine qua non* dokonania przeszukania w sprawie karnej jest istnienie uzasadnionej podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub poszukiwane rzeczy tam się znajdują. Czynność przeszukania przewidziana jest również w postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹² oraz w cywilnym postępowaniu egzekucyjnym¹³. W tych przypadkach możliwość przeprowadzenia tej czynności zdeterminowana jest celami egzekucji. Również w tych przypadkach dochowano zgodności z konstytucyjnie określonymi warunkami legalnej ingerencji w mir domowy.

W pragmatykach służb mundurowych realizujących zadania w sferze bezpieczeństwa przewidziano uprawnienia do przeglądania zawartości bagaży i sprawdzania ładunku między innymi w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego, w razie istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary¹⁴. Charakter omawianych czynności pozwala na zaliczenie ich do desygnatów nazwy „przeszukanie”. Również i te regulacje zgodne są z wzorcem konstytucyjnym określonym w art. 50 zd. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Wymienione przepisy Kodeksu postępowania karnego, Kodeksu postępowania cywilnego, ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz pragmatyków służbowych, które pozwalają na ingerencję w mir domowy, mieszczą się również w standardzie określonym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Podkreślił on, że korzystanie z uprawnienia do ingerencji w dom i życie prywatne musi być ograniczone do rozsądnych granic, aby wpływ na sferę osobistą jednostki, chronioną w art. 8

¹¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 ze zm., art. 219 § 1 k.p.k.

¹² Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 229, poz. 1954 ze zm.) – art. 47 § 1. Jeżeli cel egzekucji prowadzonej w sprawie należności pieniężnej lub wydania rzeczy tego wymaga, organ egzekucyjny zarządzi otwarcie środków transportu zobowiązanego, lokali i innych pomieszczeń zajmowanych przez zobowiązanego oraz schowków w tych środkach, lokalach i pomieszczeniach.

¹³ Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 ze zm. – art. 814 § 1. Jeżeli cel egzekucji tego wymaga, komornik zarządzi otworzenie mieszkania oraz innych pomieszczeń i schowków dłużnika, jak również przeszuka jego rzeczy, mieszkanie i schowki. Gdyby to nie wystarczyło, komornik może ponadto przeszukać odzież, którą dłużnik ma na sobie. Komornik może to uczynić także wówczas, gdy dłużnik chce się wydalić lub gdy zachodzi podejrzenie, że chce usunąć od egzekucji przedmioty, które ma przy sobie.

¹⁴ Np. art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji.

EKPC, był ograniczony wyłącznie do sytuacji istotnych ze względu na bezpieczeństwo i dobro ogólne¹⁵.

Jak już zasygnalizowano, w Konstytucji RP brak jest jakiegokolwiek odesłania pozwalającego na naruszenie miru domowego w celu innym niż przeszukiwanie. Nie będzie więc możliwe legalne naruszenie miru domowego w celu zamontowania określonych urządzeń w mieszkaniu, bo to działanie nie będzie mogło być uznane za przeszukiwanie. Jak wynika z definicji leksykalnej, czynność ta polega na szukaniu kogoś lub czegoś poprzez przeglądanie pomieszczeń albo przerzucenie rzeczy np. w szufladzie¹⁶. Na ten charakter przeszukiwania wskazują przytoczone przepisy ustaw regulujące tę czynność.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że przepisy regulujące kontrolę operacyjną w standardzie konstytucyjnym już się nie mieszczą. Korzystając z przykładu jednego z pragmatyków służbowych, jakim jest ustawa o Policji, stwierdzamy, że art. 19 ustawy o Policji dopuszcza możliwość instalowania w sposób tajny, w określonym miejscu, urządzeń rejestrujących dźwięk lub obraz. Niestety przepisy tej ustawy milczą na temat możliwości ingerencji w mir domowy przy realizacji takiej instalacji. Obowiązek działań organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa, wynikający z art. 7 Konstytucji RP, wyklucza możliwość wyinterpretowania tych uprawnień np. jako wynik wniosku z celu na środki. Na kwestię tę zwraca uwagę H. Pracki, który podaje w wątpliwość dysponowanie przez Policję uprawnieniem do wdarcia się do mieszkania lub innego obiektu (także przez włamanie) bez wiedzy i zgody właściciela lub posiadacza tych pomieszczeń, aby zainstalować w nich odpowiednie urządzenie¹⁷.

Podobny problem ze stosowaniem podsłuchu przez służby pojawił się w Stanach Zjednoczonych. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Sądu Najwyższego funkcjonariusze dysponujący zgodą sądu na zastosowanie podsłuchu są również uprawnieni do tajnego wejścia do pomieszczenia, w którym ten podsłuch ma być zainstalowany¹⁸. W sprawie *Dalia przeciwko Stanom Zjednoczonym* Sąd Najwyższy stwierdził, że wymaganie od funkcjonariuszy Federalnego Biura Śledczego (FBI) dodatkowej zgody na przeszukiwanie pomieszczeń, oprócz zgody na zastosowanie w tym pomieszczeniu podsłuchu, byłoby przejawem zbędnego formalizmu¹⁹. Jeśli się weźmie jednak pod uwagę różnice pomiędzy systemem prawa powszechnego i systemem prawa kontynentalnego, trudno nie podzielić wątpliwości H. Prackiego.

Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Prawo natomiast stoi na stanowisku, że tylko w drodze ustawy można ograniczyć prawa i wolności konstytucyjne. Niestety brak jest przepisów rangi ustawowej pozwalających w trakcie wykonywania czynności operacyjnych, np. polegających na instalowaniu urządzeń podsłuchowych, na naruszenie miru domowego. Nie można też tych uprawnień wyinterpretować poprzez uzyskanie rozszerzającego

¹⁵ M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (lipiec–wrzesień 2006 r.)*, „Palestra” 2007, nr 1–2, s. 225 – orzeczenie *Keegan przeciwko Wielkiej Brytanii* z 18 lipca 2006 r., skarga nr 28867/03.

¹⁶ *Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 1994, s. 739.

¹⁷ H. Pracki, *Nowe instytucje prawne w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, z. 2–3, s. 46.

¹⁸ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 340.

¹⁹ Wyrok SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Dalia v. United States*, 441 US 238, 99 S.Ct. 1682, 60 L. Ed. 2d 177 (1979).

wyniku wykładni²⁰, ponieważ wszelkie regulacje określające kompetencje organów państwowych do ingerencji w sferę praw i wolności obywatelskich muszą być interpretowane zawężająco, zgodnie ze wskazaną już zasadą *exceptio est strictissimae interpretationis*²¹. Z. Młynarczyk trafnie wnioskował o nowelizację przepisów konstytucyjnych, aby stworzyć podstawy umożliwiające legalną ingerencję władzy publicznej w prawa i wolności konstytucyjne, między innymi o możliwość naruszenia miru domowego dla innych od przeszukania celów²². Niestety ta propozycja nie znalazła odzwierciedlenia w tekście Konstytucji RP.

Nie można podzielić twierdzenia, że przeszukanie stanowi jedną z wielu możliwych i zgodnych z prawem form ingerencji w nienaruszalność mieszkania przez uprawnione organy państwowe²³. B. Banaszak dopuszcza, po spełnieniu przesłanek ustanowionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, możliwość ingerencji w nienaruszalność mieszkania „w różnych sytuacjach przewidzianych ustawowo – np. w celu egzekucji, przeprowadzenia wizji lokalnej, dokonania zatrzymania itp.”²⁴. Należy podkreślić, że wśród podanych przykładów – zarówno przy egzekucji, jak i przy zatrzymaniu osoby – przepisy rangi ustawowej pozwalają na dokonanie przeszukania. Natomiast wykonanie eksperymentu procesowego w mieszkaniu wymaga zgody osoby uprawnionej. Nie znajdziemy w Kodeksie postępowania karnego w rozdziale poświęconym karom porządkowym przepisu, który pozwala na ukaranie dysponenta lokalu za odmowę jego udostępnienia na potrzeby np. wizji lokalnej. Nie można więc tego zachowania, polegającego na znoszeniu obecności przedstawicieli organów ścigania w miejscu chronionym mirem domowym, prawnie wyegzekwować i dlatego też w tego typu sytuacji wymagane jest uzyskanie zgody uprawnionego dysponenta lokalu.

Problematyka wizji lokalnej, realizowanej nie na potrzeby sprawy karnej, ale w związku z weryfikacją oświadczeń majątkowych funkcjonariuszy publicznych, została podjęta przez Trybunał Konstytucyjny w trakcie badania konstytucyjności niektórych przepisów ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym²⁵. W wyroku z 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07²⁶, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 40 ustawy o CBA w zakresie, w jakim dopuszcza przeprowadzenie oględzin nieruchomości lub innych składników majątkowych bez określenia sposobu wykorzystywania i przechowywania uzyskanych tą drogą danych, w szczególności dotyczących osób trzecich, niezobowiązanych do składania oświadczeń majątkowych, jest niezgodny z art. 47 i art. 50 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 8 EKPC. W uzasadnieniu tego wyroku podkreślono, że art. 40 ustawy o CBA „zakresowo ogranicza też konstytucyjną ochronę

²⁰ Szerzej H. Pracki, *Nowe instytucje prawne*, s. 46.

²¹ Por. uchwałę TK z 18 listopada 1992 r., W 7/92, OTK 1992, cz. II, nr 2, poz. 34; S. Waltoś, *Problem niektórych wolności osobistych w świetle art. 74 Konstytucji PRL*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 8–9, s. 273 wskazuje niedopuszczalność rozszerzającego interpretowania przepisów zezwalających na ograniczenie wolności osobistych jako jedną z pięciu dyrektyw obowiązujących w czasie dozwolonego ograniczania wolności osobistych.

²² Z. Młynarczyk, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, z. 2–3, s. 51.

²³ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, <https://legalis.net.pl/index.html>, 1 lutego 2012 r.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Dz.U. z 2006 r. nr 104, poz. 708 ze zm., zwana dalej ustawą o CBA.

²⁶ Dz.U. z 2009 r. nr 105, poz. 880.

nienaruszalności mieszkania lub pomieszczenia, gwarantowaną – m.in. przez ustawowe określenie przypadków przeszukania i ustawowe unormowanie jego trybu – w art. 50 Konstytucji²⁷. Trybunał Konstytucyjny nie pozostawił wątpliwości, że konstytucyjna ochrona nienaruszalności mieszkania lub pomieszczenia dopuszcza ingerencję w mir domowy, ale jedynie w przypadkach ustawowo określonych, wyłącznie w formie przeszukania, którego tryb jest również ustawowo unormowany.

Nawet gdyby w ustawie przewidziano uprawnienie dla Policji do wdarcia się do mieszkania lub innego obiektu (także przez włamanie) bez wiedzy i zgody właściciela lub posiadacza tych pomieszczeń, aby zainstalować w nich odpowiednie urządzenie, to byłoby to niezgodne z wzorcem konstytucyjnym. O ile przepis pozwalający na zarządzanie kontroli operacyjnej uprawnia do ingerencji w tajemnicę komunikowania, o tyle nie wypływa z niego prawo do ingerencji w mir domowy. Poświęcenie przez ustawodawcę jednego z dóbr objętych ochroną nie oznacza uprawnienia do naruszania innego dobra. Cel nie uświęca środków. Należy pamiętać, że jednym z narzędzi służących do zapewnienia nienaruszalności mieszkania, o której mowa w art. 50 Konstytucji RP, jest kryminalizacja zachowań, które w tę wolność godzą. Zgodnie z art. 193 Kodeksu karnego²⁸ naruszenie miru domowego uznano za przestępstwo umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, zagrożone karą pozbawienia wolności do roku.

Czy to oznacza, że służby specjalne i operacyjne nie mogą korzystać z podsłuchu mieszkaniowego? Oczywiście, że nie. Jednakże aktualny stan prawny powoduje znaczące ograniczenia w technicznych możliwościach korzystania z tej formy kontroli operacyjnej. Funkcjonariusze podejmujący czynności operacyjne związane z założeniem podsłuchu mieszkaniowego w ramach kontroli operacyjnej są aktualnie zobligowani do zastosowania takich metod, które pozwalają na przełamanie tajemnicy korespondencji bez konieczności fizycznego wtargnięcia w przestrzeń chronioną. Może to nastąpić za pomocą mikrofonów kierunkowych albo akustycznych konwerterów bądź nośników interferencyjnych, które rejestrują drgania szyb okiennych wywołane przez fale dźwiękowe i ponownie przetwarzają je w sygnały akustyczne. Dopuszczalne wydaje się wykorzystanie istniejących w budynku instalacji na potrzeby montażu podsłuchu mieszkaniowego, jeżeli pozwalają one na zastosowanie tej metody bez konieczności naruszania miru domowego. Również zastosowanie specjalistycznego oprogramowania komputerowego, pozwalającego na wykorzystanie mikrofonu zamontowanego w telefonie komórkowym albo kamery w laptopie, jest działaniem niewymagającym fizycznego wtargnięcia w sferę prawnie chronioną.

Uruchomienie podsłuchu mieszkaniowego bez fizycznego wdarcia się w sferę chronioną mirem domowym nie oznacza, że takie działanie jest indyferentne dla tego dobra prawnego. Immanentną cechą podsłuchiwanie słów wypowiedzianych w pomieszczeniach jest naruszenie miru tego lokalu. Wdarcie się do mieszkania nie jest wyłącznie wynikiem fizycznego wtargnięcia. Również próby podglądania lub podsłuchiwanie czynione z zewnątrz są działaniami naruszającymi mir domowy. Prywatność i tajemnica komunikowania to prawa, których naruszenie, dokonane w mieszkaniu, godzi również w mir domowy. Prawo do nienaruszalności mieszkania jest tak skonstru-

²⁷ <https://legalis.net.pl/index.html>, 1 lutego 2012 r.

²⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 ze zm.

owane, aby chronić również inne dobra z nim powiązane. Naruszenie tych dóbr jest więc jednocześnie ingerencją w mir domowy. Ustawodawca, wprowadzając instytucję kontroli operacyjnej, zezwolił na ingerencję w prywatność (np. zapis wizji) i tajemnicę komunikowania (np. zapis fonii). Następstwem tej ingerencji jest naruszenie miru domowego. Jest to nieunikniony skutek realizacji ustawowych uprawnień. W tej sytuacji, jeżeli organy państwa inwigilują mieszkanie z zewnątrz, należy uznać, że naruszenie miru domowego jest nieuniknioną konsekwencją korzystania z kompetencji legalnego naruszania tajemnicy komunikowania. Natomiast w przypadku gdy jest to działanie z wewnątrz, mamy do czynienia z postępowaniem nielegalnym. W takim przypadku ingerencja w mir domowy nastąpiła przed ingerencją w tajemnicę komunikowania. Funkcjonariusze najpierw wtargnęli do mieszkania, naruszając mir domowy, a następnie dokonali instalacji urządzeń podsłuchowych, umożliwiających ingerencję w tajemnicę komunikowania. Fizyczne wkroczenie w przestrzeń chronioną nie znajduje uzasadnienia w aktualnym stanie prawnym, który nie dopuszcza uprzedniej ingerencji organów państwa w mir domowy. Takie działanie wykraczałoby poza konstytucyjne i ustawowe umocowanie.

PODSUMOWANIE

Wydaje się uzasadniona teza, że materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej każdorazowo powinny być oceniane również pod kątem legalności ich uzyskania. Ocena zebranego przez oskarżyciela materiału dowodowego przez pryzmat legalności źródła jego pochodzenia należy do obowiązków obrońców. I nie chodzi tu tylko o dochowanie formalnych wymagań ustawowej procedury zarządzenia kontroli operacyjnej. Równie istotny, jak wynika z niniejszej publikacji, jest też aspekt techniczny, na który z reguły nie zwraca się uwagi. To na tym etapie może dojść do nadużyć, które mogą zdyskwalifikować zgromadzone w ten sposób dowody. Warto o tym pamiętać, podejmując się obrony w sprawach, w których oskarżenie oparte jest na dowodach zawartych w materiałach kontroli operacyjnej.

Summary

Marek Chrabkowski

THE LAWFULNESS OF PLANTING HOME BUGGING DEVICES

The article is devoted to the analysis of the law with regard to the possibilities of planting bugging devices in places protected by the peace of home. Striving for obtaining secretly hidden information leads to the increase of the attractiveness of home bugging devices. That raises the question about the lawful extent of state interference in the legally protected peace of home. In the first part, the protection of peace at home has been discussed as the fundamental right of a human, specified in international and constitutional law. In this chapter both relevant regulations and the interdependencies between them have been presented. In the second part, the author has focused on the analysis of the lawfulness of state interference in the peace of home in the course of

performing legal actions, including, in particular, technical operations related to the planting of bugging devices. In the summary, the conclusions concerning the evaluation of evidence coming from home tapping have been included.

KEY WORDS: evidences, discreet surveillance, protect of home's peace, cover policing, crime case, bugging devices

POJĘCIA KLUCZOWE: dowody, kontrola operacyjna, ochrona miru domowego, praca operacyjna, sprawa karna, urządzenia podsłuchowe

Ariel Falkiewicz

KILKA UWAG O EUROPEJSKIM NAKAZIE ARESztOWANIA – UWAGI POLEMICZNE W ZWIĄZKU Z ARTYKUŁEM JAKUBA ŻURKA

1. UWAGI WSTĘPNE

Opublikowany w lipcowo-sierpniowym numerze „Palestry” artykuł J. Żurka pt. *Europejski nakaz aresztowania jako przykład naruszenia wspólnej tradycji europejskiej* zasługuje z pewnością na uwagę i skłania do refleksji.

Pierwszą refleksją, która była *spiritus movens* niniejszego artykułu, było stwierdzenie przez autora niniejszego tekstu, że artykuł J. Żurka ukazał się o kilka lat za późno.

Przyjęcie decyzji ramowej Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi¹ (dalej: decyzja ramowa 2002/584/WSiSW), a wcześniej błyskawiczne jej przygotowanie w ramach prac Rady (*de facto* państw członkowskich), szło w parze z ożywioną dyskusją na gruncie zarówno polskiego, jak i europejskiego piśmiennictwa. Podnoszone wówczas głosy krytyczne miały podobny (ale nie identyczny) charakter do tych, które wyłożył w swoim artykule J. Żurek. Wydawać by się mogło, że w czasach nam współczesnych krytyka odnosić się będzie jedynie do funkcjonowania ENA, a nie do jego istoty i założeń.

Właśnie dlatego uważam za zasadne podjęcie polemiki w stosunku do tez zawartych w artykule J. Żurka, które właśnie odnoszą się do istoty ENA.

2. GENEZA ENA

J. Żurek słusznie, za M. Plachtą², zwraca uwagę na ścisły związek przyjęcia decyzji ramowej w sprawie ENA z zamachem na World Trade Center z 11 września 2001 r.

¹ Dz.U. UE L 190 z 18 lipca 2002 r., s. 1–20.

² M. Plachta, *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa rewolucja w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3, s. 55.

Dyskusyjne może być jednak to, czy atak na WTC był bezpośrednim powodem, czy też tylko pretekstem do radykalnego uproszczenia procedury ekstradycyjnej między państwami członkowskimi UE. Rozważania na ten temat wykraczałyby jednak poza ramy niniejszego artykułu, wymagałyby ponadto wiedzy na temat politycznych aspektów prac w ramach Rady UE w ówczesnym czasie.

Niezależnie jednak od powyższej kwestii w artykule J. Żurka kompletnie zmarginalizowana została kwestia Programu z Tampere³, przyjętego na posiedzeniu Rady Europejskiej w październiku 1999 r.

Punkt 33 Programu z Tampere stwierdzał, że fundamentem („kamieniem węgielnym”) europejskiej współpracy w sprawach cywilnych i karnych powinna stać się zasada wzajemnego uznawania. Pomimo że w chwili uchwalenia Programu z Tampere wzajemne uznawanie nie było kojarzone bezpośrednio z procedurą ekstradycyjną – odnosiło się bardziej do „przepływu dowodów” między państwami członkowskimi UE⁴ – trudno nie przeceniać znaczenia tejże zasady dla funkcjonowania ENA.

3. WSPÓLNA TRADYCJA EUROPEJSKA A EKSTRADYCJA

Clou artykułu J. Żurka była kwestia „kolizji”⁵ postanowień decyzji ramowej 2002/584/WSiSW z podstawowymi zasadami klasycznego systemu ekstradycyjnego. Chyba nieco górnolotnie nazywa je Autor „wspólną tradycją europejską”. Dla porządku będę jednak używał tego sformułowania.

Prima facie zestawienie słów „ekstradycja” i „tradycja” jest sprzecznością samą w sobie. Tym niemniej taka prosta konstatacja, niepoparta rzeczowymi argumentami, w dyskursie prawniczym nie powinna mieć miejsca. W związku z powyższym zasadne wydaje się szczegółowe odniesienie do przedmiotowej kwestii.

Zakaz wydawania własnych obywateli, wbrew temu, co wydaje się twierdzić J. Żurek, nie był regułą⁶. Państwa, które przewidywały w swoich ustawach zasadniczych zakaz wydawania własnych obywateli, trudno zaliczyć do państw europejskich⁷, a po drugie, bez trudu można je policzyć na palcach dwóch rąk⁸. Z państw europejskich, członków Unii Europejskiej przed 2002 r., tylko konstytucje RFN (do nowelizacji Kon-

³ Szerzej na temat Programu z Tampere: A. Gruszczak, *III filar Unii Europejskiej po Tampere: wnioski i perspektywy*, „Studia Europejskie” 2000, nr 3, s. 1–20.

⁴ Paradoksalnie, do dzisiaj koncepcja „swobodnego przepływu dowodów” pozostaje postulatem *de lege ferenda*, który zapewne nieprędko (o ile w ogóle) zostanie wdrożony w ramy współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej. Na temat tejże koncepcji zob. np. S. Gless, *Free movement of evidence*, (w:) M. T. Armenta Deu, F. Gascon Inchausti, L. Bachmaier Winter, M. Cedenon Hernan (red.), *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madryt 2006, s. 121–130.

⁵ Cudzośćłów zamierzony z uwagi na to, że nie chodzi przecież o klasyczną kolizję przepisów prawnych, którą można rozwiązać drogą wykładni.

⁶ Zob. bardzo dobre omówienie historii zasady niewydawania własnych obywateli: A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 2010, s. 156–181.

⁷ J. Żurek podaje przykłady m.in. Ekwadoru, Brazylii, Turcji i Wenezueli.

⁸ Do państw wymienionych przez J. Żurka można doliczyć, jak podaje M. Płachta, również m.in. Panamę, Honduras, Peru, Kolumbię, Jordanię i Etiopię. Zob. M. Płachta, *Zakaz ekstradycji obywatela polskiego w Konstytucji i nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, z. 3, s. 32.

stytucji w 2000 r.) i Portugalii przewidywały bezwzględny zakaz wydawania własnych obywateli. W przypadku RFN było to przypuszczalnie związane, jak podaje Z. Knypl⁹, z chęcią ochrony zbrodniarzy wojennych, przebywających po II wojnie światowej na terenie RFN.

Oczywiście zakaz wydawania własnych obywateli był i jest regulowany nie tylko przez przepisy konstytucyjne, ale również przez ustawodawstwo wewnętrzne¹⁰, o czym wspomina J. Żurek¹¹. Nie oznacza to jednak, że można uznać ów zakaz za wspólną tradycję czy „zwyczaj”¹².

Z analizy zastrzeżeń i oświadczeń do art. 6 Konwencji o ekstradycji z 1957 r.¹³ wynika, że grono państw, które bezwzględnie nie wydawały (lub nie wydają) własnych obywateli, jest umiarkowanie liczne: Andora, Armenia, Austria, Azerbejdżan, Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Czarnogóra, Francja, Grecja, Lichtenstein, Litwa, Luksemburg, Macedonia, Mołdawia, Polska, Portugalia, Republika Federalna Niemiec, Rosja, San Marino i Ukraina.

„Podwójny standard”¹⁴, tj. zakaz ekstradycji do państw spoza swojego grona, przewidywały (lub przewidują) ustawodawstwa państw nordyckich: Danii, Islandii, Finlandii, Norwegii i Szwecji.

Pod pewnymi warunkami zgodę na wydanie własnych obywateli wyrażały (lub wyrażają): Albania, Estonia, Gruzja, Holandia, Rumunia, Szwajcaria, Węgry, Wielka Brytania, Włochy¹⁵.

⁹ Z. Knypl, *Ekstradycja jako instrument prawa międzynarodowego i wewnętrznego*, Warszawa 1975, s. 41. Autor ten podaje przykład odmowy wydania Francji byłego generała SS Heinza Lammerdinga.

¹⁰ Jako przykład można podać art. 118 k.k. z 1969 r., który stanowił o zakazie ekstradycji obywateli polskich.

¹¹ Niestety Autor nie wymienia państw, które ów zakaz w swoich ustawodawstwach przewidują lub przewidywały, odsyłając w tym zakresie do innych publikacji.

¹² J. Żurek ostrożnie, ale jednak, stwierdza o pewnych cechach wspólnych „tradycji” i prawa zwyczajowego. Trzeba jednak podkreślić, że w zakresie ekstradycji trudno wykazać istnienie jednolitego, zgodnego działania w tym zakresie (*usus*), co prowadzi do wniosku, że doszukiwanie się analogii między „tradycją” i prawem zwyczajowym jest w tym przypadku chybione.

¹³ Pełna lista zastrzeżeń i oświadczeń dostępna na stronie: <http://conventions.coe.int> (dostęp: 3 października 2012 r.).

¹⁴ Określenia tego używa M. Płachta, *Zakaz ekstradycji*, s. 39.

¹⁵ Wydanie obywatela Albanii jest możliwe, gdy tak stanowi umowa międzynarodowa, której stroną jest Albania. Do ekstradycji obywatela Estonii konieczna była (a w wypadku ekstradycji do państwa spoza UE – jest) jego zgoda. Gruzja zastrzegła możliwość odmowy wydania własnego obywatela w wypadku zagrożenia dla porządku publicznego, moralności i ze względów bezpieczeństwa. Holandia uzależnia dopuszczalność ekstradycji obywatela od jego zwrotnego przekazania w wypadku skazania, w celu odbycia kary w Holandii. Rumunia uzależnia wydanie własnego obywatela od bycia stroną traktatu ekstradycyjnego, który by taką możliwość przewidywał, jednakże wydanie jest możliwe po spełnieniu jednego z czterech warunków: zwrotnego przekazania obywatela w wypadku skazania, bycia obywatelem innego państwa, przebywania na stałe w państwie wnioskującym o ekstradycję lub popełnienia przestępstwa terrorystycznego w państwie UE, w sytuacji gdy wnioskującym państwem jest państwo UE. Węgry dopuszczały (a w relacjach z państwami stronami Konwencji z 1957 r., które nie są członkami UE, dopuszczają) możliwość ekstradycji obywatela Węgrów, w przypadku gdy posiada on również obywatelstwo innego kraju i przebywa na stałe w innym kraju. Niezależnie od tego możliwe jest i było wydanie obywatela Węgrów z zastrzeżeniem zwrotnego przekazania go do Węgier w celu odbycia orzeczonej w innym państwie kary. Doktryna anglosaska uważa tę przeszkodę wręcz za wyraz „ksenofobii prawnej”. Zob. S. A. Williams, *Nationality, Double Jeopardy, Prescription and Death*

W skali światowej proporcje układały się podobnie. Na początku lat 70. jeden z autorów zadał sobie trud zbadania wszystkich umów ekstradycyjnych zamieszczonych we wszystkich tomach Serii Traktatowej Ligi Narodów oraz w 550 tomach Serii Traktatowej ONZ. Z analizy tej wynikało, że 98 umów przewidywało bezwzględny zakaz wydawania własnych obywateli, 57 umów dopuszczało możliwość wyrażenia odmowy wydania własnego obywatela, 8 umów przewidywało ekstradycję niezależnie od obywatelstwa osoby ściganej¹⁶.

Wracając jednak do państw europejskich, to trudno mówić tutaj o wspólnej tradycji europejskiej. Każde państwo, które hołdowało zasadzie zakazującej wydawania własnych obywateli, nie czyniło tego przecież z uwagi na istnienie identycznych regulacji w innych państwach.

Wynikało to bardziej z nieufności do innych systemów prawnych, a miało swoją genezę w okresie, który S. Waltoś nazywa pełnym państwowym egoizmem ścigania karnego¹⁷. W piśmiennictwie zagranicznym podnoszono argument, że obowiązkiem państwa jest zapewnienie ochrony prawnej dla własnych obywateli, a ekstradycja koliduje z tym obowiązkiem¹⁸. Jako argument przeciwko ekstradycji własnych obywateli podnoszono również argumenty praktyczne: niezajomość języka, przepisów prawnych, co w konsekwencji prowadzić mogło do naruszenia praw obywatelskich¹⁹.

Przeciwnicy zasady niewydawania własnych obywateli również wysuwali argumenty na rzecz swojego poglądu. Stwierdzano, że tylko przed sądem właściwym ze względu na miejsce popełnienia przestępstwa jest możliwe pełne ustalenie prawdy materialnej. Ponadto ważny jest również cel i istota kary, która ma zaspokajać poczucie sprawiedliwości w społeczeństwie, którego porządek prawny naruszono²⁰. Praktyczny argument zwolenników wydawania własnych obywateli wart jest również przytoczenia: prowadzenie postępowania w znacznej odległości od miejsca popełnienia przestępstwa powoduje wzrost kosztów i formalności związanych z potencjalną pomocą prawną państwa, któremu odmówiono ekstradycji.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że niezależnie od tego, który pogląd przyjmiemy, niewątpliwe jest istnienie rozbieżności co do zakazu wydawania własnych obywateli. Rozbieżności te wskazują na niemożliwość przyjęcia, że omawiana zasada jest wspólna dla państw członkowskich Unii Europejskiej²¹.

Uwagi J. Żurka co do kwestii obywatelstwa UE pomijają jeden, moim zdaniem klu-

Sentence As Bases for Refusing Extradition, „International Review of Penal Law” 1991, t. 62, s. 259 – za: P. Hofmański, *Konstytucyjne problemy europejskiego nakazu aresztowania*, (w:) *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2008, s. 70. Zgodnie z art. 13 włoskiego k.k. ekstradycja obywatela włoskiego jest możliwa, o ile tak stanowi umowa międzynarodowa. Nie istnieje więc w tym kraju bezwzględny zakaz wydawania własnych obywateli.

¹⁶ Dane podaję za M. Płachtą, *Zakaz ekstradycji*, s. 39–40.

¹⁷ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 597.

¹⁸ Zob. np. W. Bausback, *Art. 16 II GG und die Auslieferung Deutscheran den neuen Internationalen Strafgerichtshof*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1999, s. 3320. W doktrynie niemieckiej sformułowano pojęcie „obowiązek wierności” państwa wobec jego obywateli (*Treupflicht*). Zob. A. Górski, *Europejskie*, s. 164.

¹⁹ B. Wierzbicki, *O azylach i ekstradycji przestępców*, Warszawa 1982, s. 111–112.

²⁰ Tamże, s. 112.

²¹ Większość doktryny prawa międzynarodowego odmawia zasadzie zakazującej ekstradycji własnych obywateli statusu zasady prawa międzynarodowego czy zwyczaju międzynarodowego. Zob. D. Poncet, P. Gul-

czowy, aspekt: obywatelstwo UE umożliwia realizację unijnej swobody przepływu osób. Modelowo, w przypadku posiadania obywatelstwa Unii nieistotne jest to, jakiego kraju obywatelem jest dana osoba. Ustawodawca unijny jest w tym wypadku konsekwentny: przy tworzeniu unijnych aktów prawnych (w dawnym III filarze, jak i obecnie) kwestia obywatelstwa również nie jest relewantna dla stosowania aktów prawa unijnego. Mówiąc bardziej obrazowo – umożliwiając podejrzanym swobodne przemieszczanie się w obszarze Unii Europejskiej, trzeba było również ustanowić adekwatne remedium na to zjawisko.

4. ENA A ZASADA SUPREMACJI

Rozważania J. Żurka o „lekceważącym stosunku organów UE do postanowień konstytucji państw członkowskich” obarczone są poważnym błędem już na samym wstępie. Zgodnie bowiem z art. 34 ust. 2 lit. b Traktatu o Unii Europejskiej (w wersji amsterdamskiej²²) przy przyjmowaniu decyzji ramowych konieczna była jednomyślność w Radzie. Jednomyślność tę łatwiej było osiągnąć w gronie 15 państw (przyjęcie decyzji ramowej 2002/584/WSiSW nastąpiło przed rozszerzeniem Unii) niż w gronie 25 czy 27 państw. Żadne państwo „piętnastki” sprzeciwu jednak nie podniosło – nawet RFN czy Francja, hołdujące wówczas zakazowi wydawania własnych obywateli.

Nie było też wtedy mowy o uwspólnotowaniu współpracy w sprawach karnych, co wydaje się sugerować J. Żurek, nietrafnie powołując się na pogląd E. Piontka. Ten drugi Autor, mówiąc o uwspólnotowaniu III filaru („wypieraniu metody międzyrządowej”), miał na myśli przeniesienie mocą traktatu amsterdamskiego spraw wizowych, azylu imigracji i współpracy w sprawach cywilnych do tzw. I filaru²³.

Nietrafna jest moim zdaniem krytyka judykatu ETS w sprawie *Pupino*²⁴, w której ETS dokonał oceny charakteru prawnego decyzji ramowych. W żadnym punkcie orzeczenia w sprawie *Pupino* ETS nie stwierdził o bezpośrednim skutku decyzji ramowych – jak twierdzi J. Żurek.

Stwierdzono w tym orzeczeniu o konieczności dokonywania wykładni prawa krajowego, na ile to tylko możliwe, w świetle brzmienia i celów decyzji ramowej²⁵.

Kompletnie niezrozumiałe jest dla mnie łączenie tego orzeczenia z kwestią pierwszeństwa prawa unijnego. Zresztą sam J. Żurek przytacza pogląd ETS, że wykładnia prounijna nie może prowadzić do wykładni *contra legem* przepisów krajowych²⁶.

W sprawie *Pupino* w ogóle nie było mowy o jakimkolwiek naruszeniu włoskiej konstytucji, dlatego wniosek J. Żurka, a właściwie predykcja co do kierunku rozwoju pra-

ly-Hart, *Extradition: the European Model*, (w:) M. Ch. Bassiouni, *International Criminal Law*, Boston 1986, s. 486, za: A. Górski, *Europejskie*, s. 169.

²² J. Żurek w swoim artykule nie zaznacza, o który Traktat o Unii Europejskiej mu chodzi. Przykładowo na s. 298 w stosunku do TUE używa czasu teraźniejszego, co w świetle zmiany TUE może być mylące.

²³ E. Piontek, *Europejski Nakaz Aresztowania*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 4, s. 34.

²⁴ Wyrok ETS z 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03, *Postępowanie karne przeciwko Marii Pupino*, Zb. Orz. 2005, s. I-05285. Zob. również głosę J. Barcza, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 3, s. 297–301.

²⁵ Pkt 43 wyroku w sprawie *Pupino*.

²⁶ Pkt 47 wyroku w sprawie *Pupino*.

wa europejskiego, jest w mojej ocenie zbyt daleko idąca. Świadczy o tym chociażby wprowadzenie do Traktatu o Unii Europejskiej art. 4 ust. 2 – rozbudowanej, względem poprzedniego traktatu, klauzuli o poszanowaniu tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich.

Kolejnym błędem jest twierdzenie, że „skutkiem, jaki odniosło to orzeczenie [*Pupino* – przyp. A. F.] w przypadku ENA, była próba usunięcia «pozornej sprzeczności» za pomocą sztucznego rozróżnienia między przekazaniem obywatela na podstawie ENA a wydaniem na podstawie ekstradycji”. Wystarczy nadmienić, że wyrok polskiego TK w sprawie oceny konstytucyjności ENA²⁷ zapadł przed wydaniem wyroku w sprawie *Pupino*.

Kwestia zasady supremacji w kontekście współpracy w sprawach karnych może nastrożać wiele problemów natury konstytucyjnej, ale argumenty, których użył J. Żurek, są mało przekonujące. Co więcej, Autor w ogóle nie wspomniał o zmianie charakteru współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych – z międzyrządowej na wspólnotową. Co za tym idzie, cały dorobek ETS (m.in. kwestie pierwszeństwa prawa UE) z ówczesnego I filaru może być po 1 grudnia 2009 r. odnoszony również do materii prawnokarnej. Oczywiście w stosunku do instrumentów, które zostały przyjęte po wejściu w życie Traktatu z Lizbony.

5. ENA JAKO INSTRUMENT HARMONIZACJI PRAWA KARNEGO?

W artykule J. Żurka znalazł się punkt pt. „Wady ENA”. Autor negatywnie odnosi się w nim m.in. do treści art. 2 ust. 2 decyzji ramowej, w którym zawarto katalog 32 przestępstw²⁸, w stosunku do których państwo wykonujące ENA zwolnione jest z wymogu badania podwójnej karalności czynu.

Pogląd, że katalog ten zmierza do „harmonizacji i ujednoczenia prawa karnego”²⁹, jest moim zdaniem nietrafny. Należy w tym miejscu odesłać do wyroku ETS w sprawie *Advocatenvoor de Wereld*³⁰, w którym belgijskie stowarzyszenie adwokatów w sprawie, w której skierowano pytanie prejudycjalne, również podnosiło taki argument. Argument ten polegał właśnie na zarzucie naruszenia zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar z tego powodu, że art. 2 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW wymienia nie przestępstwa o wystarczająco jasnej i precyzyjnej treści normatywnej, lecz jedynie niejasne kategorie niepożądanych zachowań³¹.

²⁷ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P1/05.

²⁸ Na marginesie należy zauważyć, że to twórcy decyzji ramowej stworzyli katalog 32 przestępstw. Pojawił się on, w prawie identycznym kształcie, już w 1995 r. jako załącznik do Konwencji o Europolu.

²⁹ W mojej ocenie harmonizacja i ujednoczenie stoją ze sobą w sprzeczności, choć zaawansowana harmonizacja może być w przyszłości użyta jako argument dla unifikacji. Jednak na dzień dzisiejszy albo przepisy karne harmonizujemy (zbliżamy), albo ujednoczamy – unifikujemy. Nie można, moim zdaniem, mówić więc o harmonizacji i ujednoczeniu prawa karnego. Gdyby dodać do tego fakt, że zasada wzajemnego uznawania miała być w pierwotnym zamierzeniu alternatywą dla harmonizacji, powstaje mozaika różnorodnych modeli współpracy, w których sam ustawodawca unijny nierzadko się gubi. Rozważania na ten temat przekraczają jednak ramy tego opracowania.

³⁰ Wyrok ETS z 3 maja 2007 r. w sprawie C-303/05, *Advocatenvoor de Wereld* VZW, Zb. Orz. 2007, s. I-03633.

³¹ Pkt 13 wyroku w sprawie *Advocatenvoor de Wereld*.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że katalog przestępstw z art. 2 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW nie ma na celu harmonizacji typów przestępstw w ramach UE. Definicja przestępstw i kar należy do państw członkowskich³².

Przytaczana przez J. Żurka możliwość naruszenia zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, w wypadku zniesienia wymogu podwójnej karalności, została już podważona w piśmiennictwie. Po pierwsze, decyzja o przekazaniu w ramach ENA (czy ogólnie mówiąc – ekstradycji) nie jest postępowaniem w przedmiocie odpowiedzialności karnej³³. Ewentualne przypisanie odpowiedzialności następuje na podstawie prawa państwa, które wydało ENA. Po drugie, nie należy demonizować znaczenia katalogu z art. 2 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. Nawet gdyby go nie było, to z niewielkimi wyjątkami zachowania w nim opisane są kryminalizowane we wszystkich państwach członkowskich Unii³⁴.

6. ZASADA WZAJEMNEGO UZNAWANIA

Zasada wzajemnego uznawania jest zasadą traktatową od wejścia w życie Traktatu z Lizbony³⁵. Sporny jest czasem jej charakter i nawet treść normatywna, bo pomimo wyniesienia tej zasady na poziom traktatowy brak jest jej definicji legalnej³⁶.

Realizacja tej zasady oznacza w praktyce ograniczone możliwości odmowy wykonania ENA. Może to powodować nierzadko kontrowersje w państwie wykonującym – bardzo cenna jest w tym zakresie działalność organizacji pozarządowych, takich jak *Fair Trials* czy *Statewatch*. Niemniej jednak to nie pojedyncze przypadki powinny decydować o ogólnej ocenie przyjętych rozwiązań.

Zasada wzajemnego uznawania ma na celu ułatwienie obrotu międzynarodowego w sprawach karnych. Ceną nie może być oczywiście łamanie praw podstawowych, jednakże na płaszczyźnie prawa karnego na zarzut takiego naruszenia jest się narażonym w szczególnie sposób.

J. Żurek podaje w wątpliwość sens istnienia zasady wzajemnego uznawania w świetle uchwały SN z 20 lipca 2006 r.³⁷ oraz postanowienia SN z 8 grudnia 2008 r.³⁸

W obu tych orzeczeniach SN przedstawił wyważone stanowisko co do możliwości badania podstaw wydania ENA przez sąd państwa wykonującego ENA. Z obu tych orzeczeń wynika, że w wyjątkowych wypadkach możliwe jest zbadanie, ograniczone do kwestii formalnych, czy wydanie ENA było zgodne z przepisami państwa wydają-

³² Pkt 52 wyroku w sprawie *Advocaten voor de Wereld*.

³³ P. Hofmański, *Konstytucyjne problemy*, s. 66.

³⁴ Tamże.

³⁵ Zob. art. 67 ust. 4 i art. 82 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 83 z 30 marca 2010 r., s. 47.

³⁶ Z uwagi na ograniczone ramy opracowania odsyłam w tym miejscu do cennej monografii Z. Barwiny, *Zasada wzajemnego uznawania w sprawach karnych*, Warszawa 2012. Autor ten uważa, że bardziej adekwatne byłoby używanie określenia „model wzajemnego uznawania”, gdyż termin „zasada wzajemnego uznawania” błędnie sugeruje, iż jest to zasada w rozumieniu przyjętym w teorii prawa.

³⁷ Sygn. I KZP 21/06. Zob. również głosę aprobowującą A. Lacha, OSP 2007, z. 6, poz. 70, s. 425–426.

³⁸ Sygn. V KK 332/08, LEX nr 524238.

cego. Co nie może jednak prowadzić do zbędnej formalizacji postępowania w sprawie wykonania ENA³⁹.

Po wejściu w życie Traktatu z Lizbony powstaje jednak pytanie: czy takie wyważone stanowisko sądów krajowych ma uzasadnienie normatywne? Jak już wspomniano wyżej, zasada wzajemnego uznawania otrzymała podstawę traktatową w art. 82 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Od 1 grudnia 2009 r. pozostaje już nie tylko polityczną deklaracją, ale wiążącym zobowiązaniem, i pomimo wciąż niejasnego charakteru omawianej zasady trudno zaakceptować pogląd, że badanie podstaw wydania ENA (nawet wyjątkowe) jest możliwe w kraju wykonania ENA.

7. ENA A TYMCZASOWE ARESZTOWANIE

Kwestią, również w mojej ocenie dyskusyjną, do której odniósł się w swoim artykule J. Żurek, jest instytucja tzw. aresztu ekstradycyjnego w związku z ENA. Słusznie zauważa ten Autor, że przepis art. 607k § 3a k.p.k. jest lustrzanym odbiciem „klasycznego” aresztu ekstradycyjnego uregulowanego w art. 605 § 2 k.p.k. Sformułowany przez J. Żurka zarzut niekonstytucyjności dwóch powyższych przepisów jest jednak bardzo ogólnikowy – Autor nie podaje, z jakimi przepisami Konstytucji miałyby te przepisy pozostawać w sprzeczności. Wypada dodać, że areszt ekstradycyjny (zarówno poprzedzający złożenie formalnego wniosku, jak i areszt stosowany po formalnym wniesieniu wniosku) pozostaje również zgodny z Europejską Konwencją Praw Człowieka (art. 5 ust. 1 lit. f EKPC), o ile jest przewidziany przez ustawodawstwo krajowe.

Powstaje więc pytanie nie o konstytucyjność omawianych przepisów, ale o kwestię, czy podejmując decyzję co do aresztowania osoby ściganej ENA przed wpływieniem nakazu, konieczne jest badanie istnienia podstaw ogólnych (art. 249 k.p.k.) i szczególnych (art. 258 k.p.k.) stosowania tymczasowego aresztowania.

W odniesieniu do klasycznej ekstradycji w piśmiennictwie i orzecznictwie zwraca się uwagę na konieczność odpowiedniego stosowania przepisów art. 249 § 1 i art. 258 k.p.k.⁴⁰ – zarówno co do aresztu w trybie art. 605 § 1, jak i art. 605 § 2 k.p.k.

Jednakże w odniesieniu do ENA zasadne jest odstąpienie od badania istnienia przesłanek z art. 249 § 1 k.p.k. i ograniczenie się do stwierdzenia istnienia jednej z przesłanek z art. 258 k.p.k. Orzecznictwo sądów polskich wydaje się potwierdzać to twierdzenie⁴¹, jednakże nie można wykluczyć, że w niektórych stanach faktycznych możliwe będzie odstąpienie od stosowania tymczasowego aresztowania w związku z ENA⁴².

Takie sytuacje powinny być jednak absolutnym wyjątkiem z uwagi na deklarowane wzajemne zaufanie i traktatową zasadę wzajemnego uznawania.

³⁹ M. Wąsek-Wiaderek, *Dopuszczalność badania przesłanek wystąpienia z europejskim nakazem aresztowania przez sąd orzekający o jego wykonaniu*, Studia i Analizy Sądu Najwyższego, t. II, Warszawa 2008, s. 148.

⁴⁰ Zob. B. Nita, *Podstawy stosowania tymczasowego aresztowania w związku z ENA*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 7, s. 10.

⁴¹ Zob. np. postanowienie SA w Lublinie z 15 października 2008 r. (II AKz 468/08); postanowienie SA w Katowicach z 25 października 2006 r. (II AKz 685/06); postanowienie SA w Warszawie z 2 lipca 2010 r. (II AKz 517/10). Orzeczenia podają za B. Nitą, *Podstawy*, s. 5 i n.

⁴² B. Nita, *Podstawy*, s. 10.

8. PODSUMOWANIE

Europejski nakaz aresztowania niewątpliwie zrewolucjonizował europejski (unijny) system ekstradycyjny. Rewolucyjność powinna być oceniana nie na podstawie tytułów opracowań naukowych (*sic!*), ale poprzez charakterystykę współpracy w zakresie przekazywania podejrzanych/skazanych między państwami członkowskimi UE.

Charakterystyka ta uwypukla również wady ENA, które jednak nie powinny rzucać na ogólną ocenę podstawowego instrumentu wzajemnego uznawania. Ma rację J. Żurek, wskazując potrzebę wprowadzenia swoistej zasady „oportunizmu” czy „proporcjonalności” przy wydawaniu ENA⁴³. Pogląd taki jest szczególnie wart uwagi w Polsce – kraju, który wydaje najwięcej nakazów. Pojawia się tutaj również problem kosztów, które ponosi państwo wykonujące ENA, nierzadko w sprawach, które mogą wzbudzić jedynie uśmiech⁴⁴.

Nie wydaje się jednak trafny postulat zniesienia art. 2 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW i wprowadzenia zasady podwójnej karalności. W dotychczasowym orzecznictwie ETS nie odnajdziemy żadnego orzeczenia, w którym sąd krajowy (wykonujący ENA) miałby wątpliwość co do określenia typu przestępstwa w państwie wydania ENA. Jak już wspomniano wyżej, katalog z art. 2 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW niewiele też zmienia z uwagi na istniejące podobieństwa w zakresie typów czynów zabronionych, penalizowanych w poszczególnych państwach członkowskich UE.

Nieprzystający do etapu rozwoju współpracy w sprawach karnych jest w mojej ocenie również postulat możliwości odmowy wykonania ENA w wypadku „uzasadnionych przypuszczeń, że dowody świadczące o winie osoby poszukiwanej zostały zdobyte z naruszeniem prawa”. Do powstania takich przypuszczeń konieczna byłaby przecież szczegółowa znajomość akt sprawy, w związku z którą wydano ENA. Spowolniłoby to szybką ścieżkę ekstradycyjną i zniweczyłoby w sposób zupełny istotę wzajemnego uznawania. Wymagałoby to ponadto szczegółowej wiedzy na temat porządku prawnego państwa wydania ENA – zakładając, że Autorowi chodziło o naruszenie prawa państwa wydającego ENA.

Problem, który wskazuje J. Żurek – brak wzajemnego zaufania – jest przeszkodą we współpracy i w realizacji zasady wzajemnego uznawania. Jest zresztą znamienne, że proces, który powinien, moim zdaniem, poprzedzać wdrożenie zasady wzajemnego uznawania – harmonizacja przepisów karnoprosesowych odnoszących się do praw podstawowych jednostki – został rozpoczęty w okresie⁴⁵, w którym zasada wzajemnego

⁴³ Propozycję taką wysunął m.in. A. Górski, *ENA między zasadą proporcjonalności a zasadą legalizmu*, (w:) *Problemy penologii i praw człowieka. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Hołdy*, red. B. Stańdo-Kawicka, K. Krajewski, Warszawa 2011, s. 168–172. Należy jednak dodać, że zarówno „proporcjonalność”, jak i „oportunizm” powinny być rozumiane jako swoista „klauzula zdrowego rozsądku”.

⁴⁴ Zob. A. Górski, *Między zasadami legalizmu, a proporcjonalności, „Rzeczpospolita”* z 7 kwietnia 2010 r., <http://www.rp.pl/artukul/457808.html?print=tak&p=0> (dostęp: 12 września 2012 r.).

⁴⁵ Podczas szczytu Rady Europejskiej w Sztokholmie 10–11 grudnia 2009 r. doszło do przyjęcia dokumentu „Otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli” (Program Sztokholmski), do którego dołączony został harmonogram działań mających na celu umocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym. Pierwszym krokiem, który realizował założenia Programu Sztokholmskiego, było przyjęcie dyrektywy 2010/64/UE z 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego

uznawania stała się już *sui generis* zasadą ustrojową⁴⁶ unijnej współpracy w sprawach karnych.

Wracając jednak do rozważań, które przedstawił w swoim artykule J. Żurek, ponownie nawiążę do refleksji, o której wspomniałem na początku opracowania. Tekst J. Żurka ukazał się niestety kilka lat za późno, w sytuacji gdy system ekstradycyjny oparty na wzajemnym uznawaniu funkcjonuje od kilku lat i pomimo wielu kontrowersji jest stale wykorzystywany w ramach współpracy w ściganiu karnym. Fundamentalne przeobrażenie systemu ekstradycyjnego, które proponuje J. Żurek w swoim artykule, o ile teoretycznie możliwe, jest prakseologicznie nieuzasadnione.

i pisemnego w postępowaniu karnym. Obecnie trwają prace nad kolejnymi instrumentami, również bezpośrednio związanymi z ENA.

⁴⁶ Określenia tego używa A. Górski, *Europejskie*, s. 39.

Ważne dla praktyki

Leszek Wilk

POJĘCIE „NIERZETELNOŚĆ” W ODNIESIENIU DO DOKUMENTÓW W PRAWIE KARNYM

Nie ulega żadnej wątpliwości, że we współczesnym świecie dokumenty odgrywają istotną rolę zarówno w funkcjonowaniu jednostek, jak i różnego typu podmiotów zbiorowych. Zresztą i w języku potocznym pojęcie dokumentu kojarzy się z czymś ważnym, mogącym mieć wpływ na czyjeś prawa czy potwierdzającym pewne okoliczności¹. Współcześnie pojęcie dokumentu ewoluuje w kierunku określonej treści utrwalonej na piśmie, co stanowi jego cechę charakterystyczną, rzadziej zaś odnoszone jest do innych przedmiotów. Na gruncie terminologii naukowej dokument definiowany jest jako materialnie utwalony wyraz myśli ludzkiej².

Tak rozumiany dokument odgrywa istotną rolę i jest niezbędnym warunkiem sprawności i bezpieczeństwa obrotu prawnego. Sprawność tego obrotu, polegającego na wykonywaniu czynności prawnych, osiąga się przez ich dokumentowanie. Dokument ze względu na jego formę odznaczającą się trwałością jest dobrym dowodem powstania faktu prawnego, określenia jego istoty i konsekwencji prawnych.

Czasy najnowsze przyniosły nowe techniki utrwalania czynności. Bezpieczeństwo obrotu prawnego osiąga się zaś przez zapewnienie mu warunków wiarygodności, co oznacza dbałość o to, aby w obrocie znalazły się tylko znaki i symbole dopuszczone przez prawo, natomiast dokumenty odzwierciedlały prawidłowo treść utrwalonych w nich czynności. Z tego też powodu od dawna bezpieczeństwo obrotu prawnego znajduje się pod ochroną prawa karnego. Jedną z wartości mogących spełniać rolę rodzajowego przedmiotu ochrony jest wiarygodność dokumentów, na podstawie której wyodrębnia się w kodeksach karnych stosowny rozdział części szczególnej.

W ustawodawstwach karnych, jeśli idzie o penalizację fałszerstw dokumentów, występują podobne tendencje. Obejmuje się penalizacją fałsz materialny, polegający na podrobieniu lub przerabianiu dokumentu w celu użycia za autentyczny oraz fałsz inte-

¹ J. Błachut, *Dokument jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, Warszawa 2011, s. 15.

² Tamże.

lektualny, polegający na sporządzeniu przez osobę uprawnioną, w szczególności przez funkcjonariusza publicznego, dokumentu zawierającego nieprawdziwe dane (tzw. fałsz intelektualny bezpośredni) albo też na wyłudzeniu od takiej osoby działającej w dobrej wierze poświadczenia nieprawdy (tzw. fałsz intelektualny pośredni)³.

Różnice pomiędzy ustawodawstwami w tym zakresie sprowadzają się do stopnia ogólności przepisów, co też wiąże się z ich liczbą. Im bardziej syntetyczne są przepisy, tym jest ich mniej, ale za to zwiększa się rola definicji dokumentu. Definicje te bywają ustawowe lub ustalane przez orzecznictwo i doktrynę. Im bardziej natomiast kazuistyczne są przepisy, tym jest ich więcej, stosownie do różnych kategorii dokumentów i przedmiotów przestępstw, wówczas też definicja dokumentu jako przedmiotu przestępstwa fałszerstwa staje się zbędna⁴.

Samo pojęcie „dokument” należy do szczególnie wieloznacznych. Wiadomo, że na gruncie języka potocznego z dokumentami kojarzy się wszelkiego rodzaju pisma, bez względu na źródło ich pochodzenia, mające znaczenie prawne. Daje się zauważyć skłonność do używania nazwy „dokument” w znaczeniu zbliżonym do „dowodu” (np. dowód tożsamości, czy też w formie czasownikowej, gdy „udokumentować” znaczy tyle, co „udowodnić”)⁵.

Na gruncie całości systemu prawa w przedmiocie istoty pojęcia dokumentu też nie ma jednoznaczności. Występuje tendencja, by tworzyć pojęcie dokumentu na użytek poszczególnych dziedzin prawa. Przejawem tej tendencji są ustawowe, tzw. autentyczne definicje dokumentu w ustawach karnych. W obecnym naszym Kodeksie karnym definicja dokumentu zawarta jest w art. 115 § 14. Identyczna definicja dokumentu znajduje się w Kodeksie karnym skarbowym w art. 53 § 20. W pierwszej wersji tego Kodeksu karnoskarbową definicja dokumentu wykazywała pewne różnice w stosunku do definicji z art. 115 § 14 k.k., jednak w ramach obszernej nowelizacji k.k.s. dokonanej ustawą z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 178, poz. 1479) ustawodawca zdecydował się dostosować karnoskarbową definicję dokumentu do jej pierwowzoru w prawie karnym powszechnym, a także w prawie wykroczeń (zob. art. 47 § 8 k.w.), co zostało ocenione przez doktrynę jako posunięcie słuszne⁶.

Tak więc obecnie wszystkie wspomniane kodeksy definiują pojęcie dokumentu tak samo – jako każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym związane jest określone prawo albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne.

³ *System prawa karnego*, t. IV, cz. 2, pod red. I. Andrejewa, L. Kubickiego, J. Waszczyńskiego, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 799.

⁴ Tamże.

⁵ Tamże, s. 805.

⁶ G. Łabuda, T. Razowski, *Wybrane zagadnienia noweli Kodeksu karnego skarbowego z 28 lipca 2005*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna*, z. 34, Warszawa 2006, s. 215–216. Jak trafnie zauważyli autorzy, w miejsce kazuistycznie opisanej „każdej informacji utrwalonej na nośniku do jej zapisu w postaci cyfrowej lub na taśmie elektromagnetycznej, jak również na elektronicznym nośniku danych” wprowadzono syntetycznie ujęty „inny (wobec przedmiotu) zapisany nośnik informacji”. Nie tylko więc skrócono karnoskarbową definicję dokumentu, ale przede wszystkim określono mianem dokumentu już nie informację, ale nośnik informacji, dostosowując przez to karnoskarbową definicję dokumentu do jej odpowiednika w art. 115 § 14 k.k. i czyniąc ją – jak się wydaje – odporną na niebezpieczeństwo dezaktualizacji z uwagi na postęp cywilizacyjny.

Można więc powiedzieć, że pojęcie dokumentu jest systemowo jednolicie rozumiane w obszarze całego szeroko rozumianego prawa karnego (*sensu largo*).

Kodeks karny w art. 303 § 1 posługuje się także pojęciem „dokumentacja”. We wskazanym przepisie jest mowa o dokumentacji działalności gospodarczej. Pojęcie „dokumentacja” jest niewątpliwie pochodne od pojęcia „dokument”, aczkolwiek – jak trafnie zauważa literatura – jest ono od tego ostatniego pojęcia szersze⁷. Dokumentacja zatem składa się nie tylko z dokumentów (choć z tych ostatnich w szczególności), obejmuje również inne przedmioty i różnego rodzaju zapisy dotyczące działalności gospodarczej, które tę działalność „dokumentują” (np. plany, listy, spisy itp.)⁸.

Ochronę wiarygodności dokumentów zapewnia tak prawo karne skarbowe, jak i prawo karne powszechne, każde w odpowiednim zakresie, wzajemnie się uzupełniając w obrębie systemu prawa. Wiarygodność dokumentów może zostać naruszona lub zagrożona przez fałszerstwa materialne (tj. podrobienie lub przerobienie)⁹, używanie w obrocie prawnym fałszykatów jako dokumentów autentycznych¹⁰ oraz przez fałszerstwa intelektualne zarówno bezpośrednie (tj. podawanie w tych dokumentach nieprawdziwych danych)¹¹, jak i pośrednie (tj. wyłudzenie ich od osób działających w dobrej wierze)¹².

W opisach czynów zabronionych jako przedmioty czynności wykonawczych występują dokumenty podrobione, przerobione, stwierdzające (poświadczające) nieprawdę, wreszcie – nierzetelne. To ostatnie określenie (pojęcie „nierzetelność”) w odniesieniu do dokumentów, czy też szerzej – dokumentacji, interesuje nas w tym opracowaniu. Występuje ono zarówno w Kodeksie karnym (art. 297 § 1 k.k., art. 303 § 1 k.k.), jak i w Kodeksie karnym skarbowym (art. 61 § 1 k.k.s., art. 62 § 2 k.k.s.).

W k.k.s. pojęcie „nierzetelność” ma swoją definicję ustawową w art. 53 § 22. Odnosi się ona wprawdzie do „księgi”, czyli konkretnego rodzaju dokumentu, nie ma jednak żadnych racjonalnych przeciwwskazań do odnoszenia tej definicji nierzetelności także do innego rodzaju dokumentów, np. faktur (w art. 62 § 2 k.k.s.), tym bardziej że to samo pojęcie powinno być w obrębie całego aktu normatywnego, w którym występuje, jednolicie rozumiane, o ile z treści poszczególnych przepisów nie wynika wyraźnie coś innego.

Karnoskarbowa definicja nierzetelności zawarta w art. 53 § 22 k.k.s. jest bardzo prosta. Nierzetelność według niej oznacza niezgodność ze stanem rzeczywistym.

Z kolei Kodeks karny, który – jak wspomniano – również posługuje się pojęciem „nierzetelność” (w art. 297 § 1 i art. 303 § 1), nie zawiera ustawowej definicji tego pojęcia.

Powstaje zatem pytanie – czy na gruncie Kodeksu karnego możemy skorzystać z definicji karnoskarbowej. Żeby odpowiedzieć na to pytanie, musimy wpieryw zwrócić baczną uwagę na literalną treść przepisów art. 297 § 1 oraz art. 303 § 1 k.k.

W pierwszym z wymienionych przepisów występuje pojęcie dokumentu „poświad-

⁷ Zob. A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, komentarz do art. 222–316, Warszawa 2006, s. 1406; podobnie A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2008, s. 758.

⁸ A. Zoll (red.), *Kodeks*.

⁹ W k.k. zob. art. 271 § 1, w k.k.s. zob. art. 67 § 1.

¹⁰ W k.k. zob. art. 271 § 1, art. 273, w k.k.s. zob. art. 62 § 2, art. 66.

¹¹ W k.k. zob. art. 271, w k.k.s. zob. art. 61 § 1, art. 62 § 2.

¹² W k.k. zob. art. 272, w k.k.s. zob. art. 85 § 1, art. 97 § 1.

czającego nieprawdę albo nierzetelnego”. Ustawodawca rozróżnia zatem pojęcia „nieprawdziwość” oraz „nierzetelność”.

Powstaje pytanie o kryterium tego rozróżnienia. Podobne rozróżnienie pojawia się także w treści art. 303 § 1 k.k., w którym jest mowa o prowadzeniu dokumentacji działalności gospodarczej w sposób „nierzetelny lub niezgodny z prawdą”. Z kolei należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do oświadczenia, będącego wedle treści art. 297 § 1 k.k. drugim obok dokumentu przedmiotem czynności wykonawczej, przepis ten mówi tylko o oświadczeniu „nierzetelnym”, nie zaś – o niezgodnym z prawdą (nieprawdziwym).

Jeżeli przyjmiemy, że „prawda” oznacza rzeczywisty stan rzeczy, to niezgodność z prawdą oznacza z kolei niezgodność z rzeczywistym stanem rzeczy. Wydaje się to na tyle oczywiste, że nie potrzebuje bliższej definicji. Tej ostatniej wydaje się potrzebować pojęcie „nierzetelność”, albowiem według ujęć słownikowych może ono oznaczać m.in. niezgodność z prawdą¹³, a jeśli tak – to „nieprawdziwość” może być utożsamiana z „nierzetelnością”, co przy użyciu obu tych pojęć w treści przepisu prawa obok siebie w alternatywie rodzi poważny problem interpretacyjny (zakładając racjonalność ustawodawcy). Ponadto w niektórych słownikach określenie „nierzetelnie” jest opisywane jako „nie tak jak należy”¹⁴, co jest bardzo ogólne i niewystarczające z punktu widzenia standardów dokładnej typizacji w prawie karnym.

W Kodeksie karnym (jego „słowniczku” – art. 115 k.k.) nie znajdziemy jednak definicji nierzetelności. Taką definicję posiada natomiast – jak już była o tym mowa – Kodeks karny skarbowy, który pojęciem „nierzetelność” posługuje się m.in. w odniesieniu do ksiąg (zob. art. 61 k.k.s.), a także faktur (zob. art. 62 § 2 k.k.s.). Kodeks ten – jak wspomniano – w art. 53 § 22 (w karnoskarbowym „słowniczku”) definiuje „księgę nierzetelną” jako księgę prowadzoną „niezgodnie ze stanem rzeczywistym”. Krótko mówiąc, w ujęciu k.k.s. „nierzetelność” oznacza „niezgodność ze stanem rzeczywistym”, czyli „niezgodność z prawdą”. Kodeks ten dodatkowo wyróżnia pojęcie „wadliwość” księgi, stanowiąc, że księga „wadliwa” to księga prowadzona niezgodnie z przepisami prawa (zob. art. 53 § 23 k.k.s.).

Na gruncie Kodeksu karnego ze wskazanej karnoskarbowej definicji nierzetelności nie możemy jednak skorzystać przy wykładni art. 297 § 1 k.k., czy też art. 303 § 1 k.k. Jeżeli bowiem przyjąć, że „nierzetelny” to tyle, co „niezgodny z prawdą” (niezgodny z rzeczywistością), to wymienienie „nierzetelności” w alternatywie z „nieprawdziwością” (niezgodnością z prawdą) zaprzeczałoby tezie o racjonalności ustawodawcy, prowadząc do takiego rezultatu procesu wykładni przepisu karnego, przy którym miałyby się okazać, że pewna jego część jest zbędnym powtórzeniem innej.

Należy przy tym dodać, że podobnie jak Kodeks karny skarbowy ujmują pojęcie „nierzetelność” także pozakarne gałęzie prawa. Można tu wskazać art. 24 ust. 2 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości¹⁵, czy też art. 193 § 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹⁶. Zawarte w tych przepisach definicje nierzetelności są w swej istocie analogiczne do przytoczonej wcześniej karnoskarbowej definicji nierzetelności

¹³ Zob. A. Wujastyk, *Przestępstwa tzw. oszustw kredytowych w ustawie oraz praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 2011, s. 140.

¹⁴ Tamże, s. 141.

¹⁵ Dz.U. nr 121, poz. 591 ze zm.

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.

wyrażonej w art. 53 § 22 k.k.s. (przy pominięciu różnicy czysto stylistycznej – k.k.s. bowiem zawiera definicję nierzetelności, natomiast ustawa o rachunkowości i Ordynacja podatkowa – rzetelności; jest to jednak tylko stylistyczne odwrócenie konstrukcji, co do swej istoty przecież takich samych).

Tak więc pojęcie „nierzetelność” w odniesieniu do dokumentów – urzędów ewidencyjnych stosowanych w obrocie i działalności gospodarczej – jawi się jako jednolicie systemowo zdefiniowane wszędzie, poza Kodeksem karnym, gdzie – jak wspomniano – takiej definicji nierzetelności nie można przyjąć, albowiem jej zastosowanie do wykładni art. 297 § 1 k.k., czy też art. 303 § 1 k.k. doprowadzi interpretatora do wniosku, że pewna część tych przepisów (fragmenty alternatyw) staje się zbędnym powtórzeniem innego fragmentu, co przeczy założeniu racjonalności ustawodawcy. Stawia to w kłopotie zwłaszcza zwolenników koncepcji pełnej zależności znaczeniowej tych samych pojęć w obrębie całego systemu prawa. Przypomnijmy z problematyki ogólnej wykładni prawa karnego, że koncepcja pełnej zależności znaczeniowej (czy też jednolitości terminologicznej) postuluje, aby w ramach jednego systemu prawa dany termin miał jednakowe znaczenie. Na uzasadnienie tego postulatu używa się argumentów genetycznych, normatywnych oraz historycznych¹⁷, których wszakże bliższe przytoczenie nie jest w tym akurat miejscu konieczne.

Wracając zaś do rozumienia znaczenia pojęcia „nierzetelność” użytego w alternatywie do pojęcia „nieprawdziwość” (niezgodność z prawdą, czyli ze stanem rzeczywistym), warto zwrócić uwagę na koncepcję interpretacyjną autorstwa W. Wróbla¹⁸, która chociaż dotyczyła przepisu art. 9 § 1 nieobowiązującej już ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego, to jednak wobec użycia identycznych sformułowań w art. 303 § 1 obecnego k.k. zachowuje nadal pełną aktualność.

Zdaniem wspomnianego autora, jeżeli na gruncie art. 303 § 1 k.k. znamię „nierzetelności” nie jest zbędnym powtórzeniem znamienia „niezgodności z prawdą”, co musi zakładać racjonalna interpretacja przepisu, to „nierzetelność” musi obejmować inne jeszcze kryteria oceny dokumentacji niż tylko jej zgodność ze stanem faktycznym. Autor ten doszedł do wniosku, że „zgodność z prawdą” stanowi kryterium oceny tych danych, które są w dokumentacji, natomiast „rzetelność” należy odnieść do wymaganego poziomu kompletności danych. Dokumentacja może być zatem uznana za nierzetelną, chociaż zawiera dane prawdziwe¹⁹. Przy takim ujęciu „nierzetelność” oznacza niepełne dane, w istocie rzeczy sprowadza się więc po prostu do zatajenia czegoś, w efekcie czego można uznać, że określona dokumentacja zawiera prawdę, lecz niepełną.

Z uznaniem patrząc na przytoczony przykład zręczności interpretacyjnej, trudno się jednak powstrzymać od przewrotnego i żartobliwego pytania – czy „połowa prawdy” to przypadkiem nie „całe kłamstwo”, oraz od całkiem już poważnego pytania – dlaczego ustawodawca w treści art. 303 § 1 k.k. posłużył się pojęciem „nierzetelność” ustawowo zdefiniowanym, i to w sposób jednolity w kilku ustawach, zamiast wyraźnie napisać, że chodzi o podawanie nieprawdy lub zatajenie prawdy w dokumentacji.

¹⁷ Zob. S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 312–313.

¹⁸ W. Wróbel, *Przestępstwo nierzetelnego prowadzenia dokumentacji działalności gospodarczej*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 7–8, s. 37.

¹⁹ Tamże.

Powyższe uwagi dotyczą tak samo przepisu art. 297 § 1 k.k. *De lege lata* zatem należy podzielić pogląd, według którego dokument nierzetelny w rozumieniu art. 297 § 1 k.k. jest dokumentem autentycznym (o ile jest wydany przez uprawnionego i w odpowiedniej formie), w którym pominięto niektóre dane lub w którym zostały zawarte informacje „sugerujące stan inny, niż istniejący w rzeczywistości”²⁰.

Przedmiotem czynności wykonawczej w świetle treści art. 297 § 1 k.k. oprócz podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu może być także nierzetelne pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego w tym przepisie wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia.

O ile w przypadku dokumentu przepis wyraźnie odróżnia dokument „poświadczający nieprawdę” od „nierzetelnego”, o tyle gdy chodzi o oświadczenie – użyte zostało w stosunku do niego wyłącznie określenie „nierzetelne” (nie zaś „nieprawdziwe”, czy też „stwierdzające nieprawdę”). Biorąc pod uwagę powyższe rozważania na temat różniczenia pojęć: „nierzetelność” oraz „niezgodność z prawdą” w odniesieniu do dokumentu (a także dokumentacji – na gruncie art. 303 § 1 k.k.) oraz akceptując wyrażony w literaturze postulat interpretacyjny, aby w obrębie jednego aktu prawnego te same pojęcia posiadały jednakowe znaczenie (gdyż w przeciwnym razie konieczne jest zaznaczenie w ustawie ich odmiennej interpretacji, czego Kodeks karny nie czyni)²¹, należy zgodzić się z poglądem, że „nierzetelne pisemne oświadczenie” w rozumieniu art. 297 § 1 k.k. to takie oświadczenie, które pomija niektóre informacje lub sugeruje treści nieprawdziwe, nie zawiera zaś informacji nieprawdziwych²².

Nie sposób wszakże nie zauważyć, że taka interpretacja, zgodna – jak się wydaje – z literalną treścią omawianego przepisu i zasadą racjonalności ustawodawcy, może jednak budzić wątpliwości natury kryminalnopolitycznej, wyrażające się w pytaniu – dlaczego przedkładanie oświadczeń zawierających nieprawdziwe dane w celu uzyskania np. kredytu lub zamówienia publicznego ma pozostawać poza zakresem kryminalizacji.

De lege ferenda należałoby postulować, aby ustawodawca uznał tożsamość pojęć „niezgodność z prawdą” oraz „nierzetelność” i dał temu wyraz poprzez odpowiednią zmianę treści przepisu art. 297 § 1 k.k. oraz art. 303 § 1 k.k. Polegałaby ona w takim razie na usunięciu znamienia „nierzetelności” z treści tych przepisów, a ponadto – gdy chodzi o art. 297 § 1 k.k. – na zastąpieniu określenia „nierzetelne pisemne oświadczenie” sformułowaniem „nieprawdziwe pisemne oświadczenie”.

Przy okazji, jak sądzę, warto byłoby uporządkować także terminologię k.k.s. Jak wspomniano, występuje w nim pojęcie „nierzetelność” ustawowo zdefiniowane w taki sposób, że oznacza ono niezgodność ze „stanem rzeczywistym” (czyli w istocie – z prawdą).

Jednocześnie jednak w tym samym Kodeksie występują znamiona podania w deklaracji, oświadczeniu lub informacji podsumowującej nieprawdy lub zatajenia prawdy (art. 56 § 1–3, art. 80a § 1) oraz złożenia nieprawdziwej informacji podatkowej (art. 80 § 3). Brak alternatywy pomiędzy „nieprawdziwością” a „nierzetelnością”, tak jak to jest

²⁰ A. Wujastyk, *Przestępstwa*, s. 147.

²¹ Tamże, s. 146.

²² Tamże, s. 147.

np. w art. 303 § 1 k.k., nie zmusza nas na gruncie k.k.s. do dokonywania tak subtelnych zabiegów interpretacyjnych jak te, które opisano wyżej na gruncie k.k.

Jak się wydaje, ustawodawca w k.k.s. w odniesieniu do ksiąg i faktur posłużył się pojęciem „nierzetelność” w celu zsynchronizowania znamion odpowiednich typów czynów z aparaturą pojęciową Ordynacji podatkowej, która także posługuje się tym pojęciem. Powstaje jednak pytanie o sens utrzymywania w k.k.s. pojęcia „nierzetelność”, skoro tożsamy z nim pojęcie „nieprawdziwość” (niezgodność ze stanem rzeczywistym) jest kompatybilne z terminologią Ordynacji podatkowej. Jeżeli w myśl Ordynacji podatkowej „nierzetelność” oznacza tyle, co niezgodność z prawdą, to zastąpienie w k.k.s. „nierzetelności” „nieprawdziwością” (obejmującą podawanie nieprawdy lub zatajenie prawdy) niczego nie zmienia merytorycznie. Natomiast rezultatem proponowanych w niniejszym opracowaniu zabiegów byłoby ujednoczenie terminologii w omawianej kwestii w obrębie całego prawa karnego *sensu largo*.

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. 1)

Znaczenie praktyczne niniejszego opracowania sprowadza się do konstatacji, że ze względu na prawo konstytucyjne i unijne nie można stosować sankcji karnych z art. 183 odnośnie do czynności sprawczej z art. 39 ust. 2 pkt 1–2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (manipulacji instrumentami finansowymi).

TEZY

Artykuł 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹ (dalej: ustawa) nie nadaje się na element sankcjonowany normy karnej (czyli nie nadaje się do penalizacji) z następujących przyczyn:

1. Ze względu na nieprecyzyjność czynności sprawczej – i związaną z tym nieprzewidywalność przepisów określających ową czynność – w zakresie nefakultatywnego odesłania do uchwały Komisji Nadzoru Finansowego, wydanie której Komisja uznaje za zbędne, a która (zgodnie z wolą ustawodawcy krajowego i unijnego) ma wypełniać blankiet z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in fine* i pkt 2 *in fine* w zw. z art. 44 ust. 1 ustawy implementującym art. 1 ust. 5 akapit pierwszy 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)².

2. Kontratypy wykorzystywane w rekonstrukcji znamion czynności sprawczej (art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2) mają charakter domniemania bezprawności, które jako takie na sprawcę przerzuca ciężar dowodu, co pozostaje w sprzeczności z zasadą domniemania niewinności i z zasadą *in dubio pro reo*; takie domniemanie byłoby dopuszczalne, gdyby naru-

¹ Dz.U. nr 183, poz. 1538 ze zm.

² Dz.Urz. UE L.2003.96.16.

zenie ustrojowej zasady domniemania niewinności i związanej z nią zasady *in dubio pro reo* uzasadniała potrzeba ochrony wartości ustrojowej, tak jak to ma miejsce odnośnie do ochrony czci zewnętrznej.

3. Może dojść do postawienia zarzutu karnej manipulacji zdefiniowanej w art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* ustawy, nawet jeśli sprawca nie obejmuje jej swoją świadomością, przepisy dyrektywy 2003/6/WE, w tym art. 8 (odpowiednik w art. 39 ust. 3 ustawy) nie zawierają bowiem w tym zakresie szczególnego wymogu co do celu i związanych z tym następstw tego zachowania. Kraje unijne, które implementując dyrektywę, zdecydowały się na sankcje karne (dyrektywa tego nie wymaga), wprowadziły tutaj dodatkowy standard w postaci przestępstwa kierunkowego z *dolus coloratus*.

4. W związku z powyżej określonymi deficytami funkcji gwarancyjnej przepisów stauujących przestępstwo manipulacji, kierując się zasadą proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (im większa surowość sankcji, tym wyższy poziom gwarancji proceduralnych), za konieczną należy uznać nowelizację polegającą na zastąpieniu sankcji karnej z art. 183 ust. 1 ustawy sankcją administracyjną z przepisów Działu VIII ustawy.

I. STAN PRAWNY

1. PRZEWIDYWALNOŚĆ PRZEPISÓW PRAWA KARNEGO

Wzorcem legalności dla norm prawa karnego jest w szczególności zasada *nullum crimen sine lege*, obecna w dwóch systemach prawa obowiązujących w RP: art. 42 ust. 1 Konstytucji i art. 7 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³. Celem jest przewidywalność konsekwencji wynikających z naruszeń przepisów prawa karnego. Artykuł 7 Konwencji stosuje również orzecznictwo luksemburskie (składające się na trzeci autonomiczny system prawa obowiązującego w RP), np. w celu wskazania następującej granicy wykładni prounijnej: „gdy interpretacja taka skutkowałaby, na podstawie tej dyrektywy i niezależnie od ustawy przyjętej dla implementacji tej dyrektywy, ustanowieniem lub zaostrzeniem odpowiedzialności karnej” – wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS) z 12 grudnia 1996 r. w połączonych sprawach C-74/95 i C-129/9, *postępowanie karne przeciwko X*⁴.

³ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

⁴ ECR 1996/12/I-06609, teza 2, tł. LEX nr 115183: „Obowiązek po stronie sądu krajowego interpretowania i stosowania obowiązujących przepisów swojego prawa krajowego tak dalece, jak to możliwe, w świetle brzmienia i celu dyrektywy, którą przepisy te implementują, dla uzyskania skutku, do którego osiągnięcia dyrektywa ta dąży, i tym samym do zachowania trzeciego akapitu art. 189 Traktatu, nie jest nieograniczony, w szczególności wówczas, gdy interpretacja taka skutkowałaby, na podstawie tej dyrektywy i niezależnie od ustawy przyjętej dla implementacji tej dyrektywy, ustanowieniem lub zaostrzeniem odpowiedzialności karnej osób, które działały z naruszeniem jej przepisów. Gdy konieczne jest określenie zakresu odpowiedzialności w prawie karnym, wynikającej z ustawy przyjętej w konkretnym celu implementowania dyrektywy, zasada, że przepis prawa karnego nie może być stosowany szeroko, ze szkodą dla oskarżonego, która wynika z zasady legalności w odniesieniu do przestępstwa i kary, i bardziej ogólnie z zasady pewności prawnej, wyklucza wszczęcie postępowania karnego w stosunku do czynu nieuznanego wyraźnie na mocy ustawy za czyn zagrożony karą. Zasada ta, która jest jedną z ogólnych zasad prawnych leżących u podstaw tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, jest także chroniona w wielu umowach międzynarodowych, w szczególności w art. 7 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Sąd kra-

Wyjaśnijmy: przepisy, na których podstawie są nałożone sankcje, to przepisy sankcjonowane; przepisy zawierające sankcje karne – przepisy sankcjonujące. Wzmoczony rygor ustawowej określoności (ustawowej wyłączności) dotyczy, mówiąc najkrócej, normy sankcjonującej⁵, a raczej elementów sankcjonujących (chodzi o sankcję karną), składających się wraz z elementami sankcjonowanymi (od naruszenia których zależy bezprawność danego czynu) na jedną normę prawną, dekodowaną w procesie stosowania prawa; wyjaśnijmy, że Trybunał Konstytucyjny dokonuje kontroli konstytucyjności norm, jego orzeczenie skierowane jest zaś wobec przepisów wysławiających te normy⁶.

Rygorystycznie podchodzimy do zasady ustawowej określoności kary i formy winy (postać strony podmiotowej). Jednak wymogu ustawowej określoności i związanej z tym przewidywalności przepisów prawa karnego nie można zaniechać także odnośnie do strony przedmiotowej, na co zwraca uwagę wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) z 19 września 2008 r., *Korbely v. Węgry*⁷: „Artykuł 7 Konwencji nie może być interpretowany w sposób zakazujący stopniowego objaśniania zasad odpowiedzialności karnej w drodze interpretacji sądowej dokonywanej w poszczególnych sprawach, z tym zastrzeżeniem, iż wynikający stąd rozwój jest zgodny z istotą czynu zagrożonego karą i można w sposób rozsądny go przewidzieć (...)” – z § 71.

Rygor bezwzględny dotyczy bezpośredniego stosowania dyrektywy unijnej (zakaz bezpośredniego stosowania dyrektywy w relacjach wertykalnych, jeśli dyrektywa nakłada obowiązki na jednostkę, w szczególności o charakterze prawnokarnym⁸), co akcentuje ETS⁹.

Orzecznictwo konstytucyjne pozostawia możliwość większego luzu interpretacyjnego, zwłaszcza odnośnie do czynności sprawczej: „Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia” – wyrok TK z 20 lutego 2001 r., P. 2/00¹⁰.

jowy musi tym samym zapewnić, że zasada ta jest przestrzegana przy dokonywaniu interpretacji, w świetle brzmienia i celu tej dyrektywy, ustawy krajowej przyjętej w celu jej implementacji” (wszystkie podkreślenia moje – W. G.).

⁵ Szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 133–134; P. Burzyński, *Ustawowe określenie sankcji karnej*, Warszawa 2008, s. 89 i n.; W. Gontarski, *Toksyczne opcje walutowe. Zarys teorii prawa na przykładzie polskich opcji walutowych*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2009, s. 161 i n.

⁶ Szerzej M. Wiącek, *Pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 306.

⁷ Skarga nr 9174/02.

⁸ Szerzej W. Gontarski, *Toksyczne opcje*, s. 159 i n. oraz powołane tam orzecznictwo.

⁹ „Trybunał zaznaczył, że w tych szczególnych okolicznościach, gdy organy państwa członkowskiego w stosunku do jednostki w ramach postępowania karnego powołują się na dyrektywę, nie może ona samoistnie skutkować, niezależnie od wewnętrznej ustawy państwa członkowskiego wydanej w celu jej wykonania, **ustaleniem lub zastrzeżeniem odpowiedzialności karnej** osób, które naruszyły tę dyrektywę (zob. w szczególności wyroki: z 8 października 1987 r. w sprawie 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, Rec. str. 3969, pkt 13 i z 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-60/02 X, Rec. str. I-651, pkt 61 i powołane tam orzecznictwo)” – wyrok ETS z 3 maja 2005 r., *postępowanie karne przeciwko Silvio Berlusconiemu (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) i Marcello Dell’Ultri i innym (C-403/02)*, pkt 74, 2005 ECR I-0000; <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pl>

¹⁰ OTK 2001, nr 2, poz. 32.

Doktryna posługuje się tutaj pojęciem „szczegółowe dookreślenie”¹¹. Dopuszczalne jest niezupełne sformułowanie w ustawie karnej przedmiotowo ujmowanych znamion czynu zabronionego (czyn zabroniony jako bezprawność karna, czyli jako czyn obiektywnie naruszający nakazy/zakazy prawnokarne), tj. znamion określających czynność sprawczą. Może to odbywać się poprzez odesłanie do przepisów pozakarnych. W szczególności chodzi o 1. przepisy uzupełniające (precyzujące, dookreślające) stronę przedmiotową, które to przepisy mogą stanowić właśnie element sankcjonowany (mający postać zakazu/nakazu¹²); innym rodzajem odesłań w przepisach składających się na normę sankcjonowaną są 2. znamiona ocenne. Uznanie za niedopuszczalne takich technik legislacyjnych, mających na celu uczynienie z przepisów karnych regulacji adekwatnych (uelastycznienie prawa), oznaczałoby, że sięganie np. po pozasystemową (pozaprawną) zasadę dobrego menedżera (dawniej zasada dobrego gospodarza)¹³, służącą do dekodowania ocennych znamion ustawowych przestępstw karnej niegospodarności z art. 296 k.k., okazałoby się zabiegiem interpretacyjnym o charakterze *contra legem*. Doktryna dopuszcza możliwość dekodowania elementu prawnokarnej normy sankcjonowanej z: 1. aktów pozaustawowych (np. akty wykonawcze wydane przez egzekutywę), czy nawet z aktów indywidualno-konkretnych, jakimi są decyzje administracyjne, albo ze zbiorów norm deontologii zawodowych (etycznych) oraz 2. klauzul normatywnych, tj. znamion czynu zabronionego odsyłających do ustaleń faktycznych¹⁴ (pozaustawowych); przez klauzule normatywne na potrzeby niniejszej publikacji rozumie się właśnie odesłania zewnętrzne, czyli klauzule generalne¹⁵. W pierwszej sytuacji mamy do czynienia z niezupełną normą prawną, w drugiej – z zupełną.

Również według orzecznictwa Sądu Najwyższego: „Dopuszczalne, a niekiedy nawet konieczne jest doprecyzowanie znamion ustawowych niektórych czynów zabronionych w aktach rangi podustawowej, to jest w rozporządzeniach. Takie działanie ustawodawcy nie narusza zasady *nullum crimen sine lege* zawartej w art. 1 § 1 k.k.” – teza postanowienia SN z 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08¹⁶. W uzasadnieniu SN oparł się na założeniu, że istnieje wprawdzie adresowany do ustawodawcy nakaz maksymalnej określoności typów przestępstw i nakaz typizacji czynów zabronionych wyłącznie na drodze ustawy, ale dopuszcza się wyjątki od tych nakazów; wyjątkiem jest m.in. forma odesłania specyfikującego, polegającego na tym, że skompletowanie znamion czynu zabronionego wymaga sięgnięcia do wskazanych w ustawie przepisów, w tym przepisów zawartych w innych aniżeli ustawa aktach prawnych; według doktryny tutaj „przez «ustawę» należy rozumieć cały obowiązujący w chwili czynu stan prawny”¹⁷. Przepisy wymagające takiego uzupełnienia za pomocą uregulowań z innego

¹¹ Tak M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. 4, (w:) M. Cieślak, *Dziela wybrane*, t. 3, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 58.

¹² Tak W. Wróbel, *Zmiana normatywna*, s. 66; por. też, M. Cieślak, *Polskie prawo*, s. 57–58.

¹³ Szerzej W. Gontarski, *Toksyczne opcje*, w szczególności s. 154–156.

¹⁴ Por. tak W. Wróbel, *Zmiana normatywna*, s. 129–130 i s. 133, przyp. 159 oraz s. 137.

¹⁵ Niejasne rozróżnienie między „klauzulami normatywnymi” („stanowiącymi źródła ustaleń faktycznych”, a więc – wydawałoby się – ustaleń pozaustawowych) a „odesłaniami zewnętrznymi” (czyli – wydawałoby się – pozaustawowymi), tamże, s. 129–130.

¹⁶ OSNKW 2009, nr 2, poz. 15.

¹⁷ R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 108.

aktu normatywnego nazywamy blankietowymi (odesłania blankietowe)¹⁸. „Zespół znamion przestępstwa skompletować można więc dopiero przez wypełnienie blankietu zawartego w przepisie karnym” – to po pierwsze (stąd wspomniana niezupełność), a po drugie – od przepisów blankietowych należy odróżnić odesłania zewnętrzne, tj. znamiona czynów zabronionych opisanych przez ustawodawcę za pomocą klauzul normatywnych, które „stanowią – wobec swojej ogólności i niedookreśloności – istotnie w dużej mierze nakaz oceniania skierowany do organu wydającego orzeczenie”¹⁹; klauzule normatywne nie są blankietem, lecz kompletnym sformułowaniem znamion czynu zabronionego, aczkolwiek w formie ocennej (przepisy o nieostrym zakresie znamion).

W związku z tym SN w ww. postanowieniu, powołując piśmiennictwo i swoje wcześniejsze judykaty, stwierdził w uzasadnieniu: „(...) norma prawa karnego sformułowana jest zwykle przez pełny opis znamion zabronionego (i karalnego) zachowania. Taka budowa normy prawnej jest regułą, co łączy się z zasadą określoności przestępstwa w ustawie karnej. Prawo karne zna jednak sytuacje, w których opis czynu zabronionego nie jest kompletny i wymaga dopełnienia (uzupełnienia) w przepisie odrębnym, **zamieszczonym w innym akcie prawnym**. Nie musi to być przy tym zawsze akt prawny zaliczany do prawa karnego, w ścisłym ujęciu”.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 lipca 2003 r., P. 10/02²⁰, stwierdził: „(...) art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraża szereg fundamentalnych zasad prawa represyjnego. Po pierwsze, w myśl tego przepisu, czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego). Rola aktu podustawowego polega w tym przypadku na dookreśleniu pewnych elementów czynu zabronionego, który zabroniony został przez ustawodawcę. Po drugie, podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł zorientować na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zasada określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego). Po trzecie, Konstytucja ustanawia zakaz karania za czyn, który nie był zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w chwili jego popełnienia (zasada *lex poenalis retro non agit*)”.

Zdaniem piśmiennictwa nawet *soft law* nie ma jedynie charakteru zobowiązań moralno-politycznych²¹. Z takiego założenia wychodzi też orzecznictwo konstytucyjne wydane na podstawie art. 42 ust. 1 Konstytucji: „Trybunał w niniejszym wyroku akceptuje dominujący w doktrynie pogląd, iż w standardzie konstytucyjnym wyznaczonym przez zasadę *nullum crimen sine lege* mieści się możliwość wyjątkowego odesłania w przepisie ustawy (również konkludentne) nie tylko do innej ustawy czy też rozporządzenia, ale także do umowy międzynarodowej, przepisów prawa europejskiego, zaleceń, jak rów-

¹⁸ Tak Z. Ziemiński, (w:) S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 154.

¹⁹ R. Dębski, *O przepisach blankietowych w prawie karnym. Uwagi wprowadzające*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1991, nr 47, s. 30 i 40–41.

²⁰ OTK-A 2003, nr 6, poz. 62.

²¹ Szerzej W. Gontarski, *Ustawa lustracyjna w standardach Rady Europy*, „Gazeta Sądowa” 2005, nr 1, s. 5 i n.

niez aktów tzw. miękkiego prawa międzynarodowego” – wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08²².

Warunek konieczny: **przewidywalność**. Jak wskazuje TK w tym wyroku, powołując swoje wcześniejsze orzecznictwo: „(...) wymaganie określoności dotyczyć musi zarówno materialnych elementów czynu, jak i elementów kary, tak by czyniło to zadość wymaganiu przewidywalności. Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania”²³.

Krótko mówiąc, zgodnie z orzecznictwem konstytucyjnym oraz orzecznictwem luksemburskim i strasburskim, a także orzecznictwem Sądu Najwyższego – odnośnie do znamienia określającego czynność sprawczą istnieje stosunkowo duży luz interpretacyjny, chyba że dany przepis prawa karnego wyklucza to bądź w określonym zakresie ogranicza. Jeśli tych wykluczeń lub ograniczeń nie weźmiemy pod uwagę, dokonamy wykładni *contra legem*. W każdym razie blankietowości nie można mylić z klauzulą generalną (i zastępować nią).

2. KONSTYTUCYJNOŚĆ ART. 183 UST. 1 W ZW. Z ART. 39 UST. 2 PKT 1–2 ORAZ W ZW. Z ART. 44 UST. 1 USTAWY Z DNIA 29 LIPCA 2005 R. O OBRODZIE INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI

2.1. Alternatywne kontraty

W myśl art. 183 ust. 1 ustawy: „Kto dokonuje manipulacji, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 1–3, pkt 4 lit. a lub pkt 5–7, podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie”.

Przepis zawarty w ust. 2 art. 183 ustawy zabrania samego wejścia w porozumienie mające na celu dokonanie ww. manipulacji („Kto wchodzi w porozumienie z inną osobą mającą na celu manipulację, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 1–3, pkt 4 lit. a lub pkt 5–7, podlega grzywnie do 2 000 000 zł”).

Artykuł 39 ust. 1 ustawy: „Zakazana jest manipulacja instrumentem finansowym, zwana dalej «manipulacją». Artykuł 39 ust. 2 pkt 1: „Manipulację stanowi: **składanie zleceń lub zawieranie transakcji** 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 lub zawarte transakcje nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym**”; ust. 1 pkt 2: „Manipulację stanowi: 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 lub zawarte transakcje nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym**”.

W zakresie karalnej manipulacji z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in princ.* i pkt 2 *in princ.* ustawodawca statuuje więc podwójny (dwuczęściowy) kontrakt ogólny w formie blankietowej (nie mylić z klauzulą generalną), ale oparty na **domniemaniu bezprawności** (tak jak w art. 213 k.k. – kontrakt krytyki dozwolonej; dotyczy ochrony czci zewnętrznej), który zawiera się w stwierdzeniu zawartym w pkt 1 *in fine* i w pkt 2 *in fine* ust. 2 art. 39: „**chyba**

²² OTK ZU 2010, nr 5A, poz. 50, Uzasadnienie, Pkt III.9.5.

²³ Tamże, Uzasadnienie, Pkt III.5.1.2.

że [1.] powody tych działań były uprawnione, a [2.] złożone zlecenia lub zawarte transakcje nie naruszyły przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym”.

W systemie polskim taka konstrukcja normatywna, polegająca na odwróceniu ciężaru dowodu, istnieje na gruncie prawa cywilnego odnośnie do domniemania bezprawności naruszenia dóbr osobistych, w tym dobrego imienia (art. 24 § 1 zd. pierwsze k.c.: „Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, **chyba że** nie jest ono bezprawne”)²⁴. Istnieje ona także wyjątkowo w odniesieniu do ochrony w prawie karnym, też przy ochronie dobrego imienia, jako wspomniany kontratyp zniesławienia (art. 213 § 1 k.k.: „Nie ma przestępstwa określonego w art. 212 § 1, **jeżeli** zarzut uczyniony niepublicznie jest prawdziwy”; § 2 *in princ.*: „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 212 § 1 lub 2, kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut”)²⁵.

W ust. 3 art. 39 ustawy zawarte są kontratyipy szczegółowe, za pomocą których wypełnia się blankiet pierwszej części ww. kontratypu ogólnego („chyba że powody tych działań były uprawnione”), zgrupowane w trzech punktach²⁶.

Ze względu na ustawową dychotomię zlecenia i transakcje w doktrynie wyodrębnia się dwa typy manipulacji i w ślad za tym dwa typy przestępstw: „manipulację poprzez realizację **zleceń i transakcji**; manipulację poprzez składanie zleceń”²⁷. Zwrot „zleceń i transakcji” ma tutaj charakter koniunkcji opisowej, a nie logicznej (w tej drugiej każdej ze składników koniunkcji oddzielnie wzięty stanowi warunek konieczny, ale nie jest wystarczający) – co z logicznego punktu widzenia oznacza alternatywę, tak jak w wyrażeniu ustawowym „składanie zleceń lub zawieranie transakcji”.

Taką też formę logiczną ma ww. kontratyp ogólny, który został wyrażony za pomocą dwuczłonowej koniunkcji opisowej z „a”, co z logicznego punktu widzenia dało ogólne kontratyipy alternatywne. W art. 1 ust. 2a *in fine* MAD, tj. *Directive 2003/6/EC of*

²⁴ „Przepis art. 24 § 1 k.c. rozkłada ciężar dowodu w ten sposób, że na powoda nakłada obowiązek udowodnienia, że pozwany naruszył jego dobra osobiste. Przepis formułuje również domniemanie prawne bezprawności naruszenia dóbr osobistych. Na pozwanym zatem ciąży obowiązek udowodnienia, że jego działanie naruszające dobra osobiste powoda nie było bezprawne” – z tezy wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 19 października 2005 r., I ACa 353/05, LEX nr 175202.

²⁵ „Zważywszy, że chodzi o znamiona kontratypu, a nie znamiona czynu zabronionego, analizowany przepis przenosi ciężar dowodu na osobę sprawcy, który dla zapewnienia sobie bezkarności musi udowodnić prawdziwość zarzutów, czyli to, czy odpowiadają one stanowi faktycznemu” – wyrok TK z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 5, pkt III.7.1.

²⁶ Art. 39 ust. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi: „Przepisów ust. 2 nie stosuje się do: 1) nabywania akcji własnych przez spółkę publiczną lub podmiot działający na jej rachunek lub w jej imieniu, pod warunkiem że nabywanie to odbywać się będzie w trybie, terminie i na warunkach określonych w przepisach rozporządzenia Komisji (WE) nr 2273/2003 z dnia 22 grudnia 2003 r. wykonującego dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do zwolnień dla programów odkupu i stabilizacji instrumentów finansowych (Dz. Urz. WE L 336 z 23.12.2003); 2) transakcji służących realizacji ustawowych zadań w zakresie polityki pieniężnej lub dewizowej państwa albo zarządzania długiem publicznym, zawieranych przez osoby uprawnione do reprezentowania właściwych organów państwowych lub Narodowego Banku Polskiego, a także przez Europejski System Banków Centralnych; 3) nabywania instrumentów finansowych w celu stabilizacji ich ceny w obrocie na rynku regulowanym, pod warunkiem że nabywanie to odbywać się będzie w trybie, terminie i na warunkach określonych w przepisach, o których mowa w pkt 1”.

²⁷ 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. 2180.

the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse)²⁸, czyli dyrektywy 2003/6/WE – występuje jako odpowiednik polskiego „a”, implementowany poprzez omawianą tutaj konstrukcję, łącznik: *and* (*unless the person who entered into the transactions or issued the orders to trade establishes that his reasons for so doing are legitimate and that these transactions or orders to trade conform to accepted market practices on the regulated market concerned*).

Koniunkcja opisowa z art. 39 ust. 2 pkt 1 *in fine* i pkt 2 *in fine* ustawy i z art. 1 ust. 2a *in fine* MAD nie jest więc koniunkcją *sensu stricto* (tj. koniunkcją logiczną, gdzie każdy z członów stanowi warunek konieczny, ale nie jest wystarczający). Zdaniem doktryny: „Zgodnie z dyrektywą Market Abuse, ustawa o obrocie przewiduje **dwie możliwości uniknięcia odpowiedzialności** za zachowanie uważane za manipulację zgodnie z art. 39 ust. 2 pkt 1–2: gdy powód działań był uprawniony, gdy złożone zlecenia lub zawarte transakcje nie naruszają przyjętych praktyk rynkowych na danym rynku regulowanym”²⁹.

Pierwszy z tych członów („powody tych działań były uprawnione”) o tyle składa się na okoliczność wyłączającą bezprawność (stanowi to o wtórnym braku bezprawności, a nie pierwotnym), o ile uchyla inne ustawowe zakazy/nakazy w tej materii. Jest blankietowy, gdyż musi być wypełniony przez inne przepisy/przepisy szczegółowe ustawy (kontratypy szczegółowe). Nie jest klauzulą generalną (zwrotem niedookreślonym, czyli odesłaniem do wartości pozaprawnych), lecz oznacza: „działania (...) zgodne z prawem”. W ten sposób został przetłumaczony w polskiej wersji przepisu zawartego w art. 1 ust. 2a *in fine* MAD następujący zwrot z wersji ang.: *reasons (...) are legitimate* [dosłownie: „powody (...) są **uprawnione**”³⁰]; *reasons* – także przyczyny³¹.

Wyjaśnijmy, że „uprawnienia” to „jedna z dwóch stron medalu” (obok „obowiązków”) składających się na pochodzący z XIX w. termin „prawo podmiotowe”³², które to prawo dekodujemy z prawa przedmiotowego, czyli z przepisów prawa składających się na dany system. Tymczasem polska doktryna odnośnie do pierwszego członu ww. koniunkcji kontratypowej sugeruje klauzulę generalną [„Ustawodawca nie sprecyzował natomiast pojęcia uprawnionego powodu działania (...)”³³], podczas gdy doktryna anglojęzyczna (na gruncie ww. konstrukcji normatywnej z art. 1 ust. 2a *in fine* MAD) odsyła w tym kontekście do przepisów zawierających kontratypy szczegółowe, regulujących okoliczności wyjątkowe (ustawowe okoliczności wyłączające bezprawność), takie jak odkup i praktyki stabilizacyjne³⁴ (odpowiednik art. 39 ust. 3 ustawy).

Samo słowo „powód” wskazuje na intencję (zamiar), czyli na coś subiektywnego, co wydaje się być błędnym rozwiązaniem. Znajdujemy się na gruncie strony zewnętrznej

²⁸ Official Journal L 096, 12/04/2003 P.0016–0025.

²⁹ M. Sucharski, *Prawnokarna ochrona giełdowego obrotu papierami wartościowymi*, Toruń 2006, s. 146.

³⁰ *Legitimate* – uprawniony, tak: *Słownik angielsko-polski Cambridge*, red. A. Duszak, K. Hejwowski, P. Ci-chawa, Warszawa 2003, hasło „*legitimate*”, s. 813.

³¹ Tamże, hasło „*reasons*”, s. 1178; tak też E. Oźga, *Słownik terminologii prawniczej. Część 2 angielsko-polska*, Bydgoszcz 2000, hasło „*reasons*”, s. 527.

³² Por. np. K. Opalek, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957, szczególnie s. 150 i 345–345; *Prawa człowieka. Wprowadzenie. Wybór źródeł*, w oprac. K. Motyki, Lublin 1999, s. 13.

³³ A. Błachnio-Parzych, (w:) *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2012, s. 874, teza 15.

³⁴ Tak A. G. Ferrarini, *The European Market Abuse Directive*, „*Common Market Law Review*” 2004, nr 3, s. 711.

ludzkiego zachowania, a nie strony wewnętrznej, tj. stosunku psychicznego sprawcy do czynu; nie chodzi o przyczynowość mentalną, tylko o jej skutki zewnętrzne. Należy więc brać pod uwagę przedmiotowy (obiektywny, a nie subiektywny, czyli mentalny) związek przyczynowy. Za taką tezę przemawia okoliczność, że konkretne zachowanie może odpowiadać ustawowemu „powodowi”, nawet jeśli będzie wykonane przez podmiot określany jako *furiosus* (art. 31 § 1 k.k. – wykluczenie zdolności do przyczynowości mentalnej) i np. wypełni dyspozycje kontratypów szczegółowych (art. 39 ust. 3). Dodajmy – w polskiej wersji MAD występuje tutaj termin „przyczyny” (co wydaje się być rozwiązaniem bardziej adekwatnym niż ustawowy „powód”), w angielskiej zaś *ww. reasons*.

Drugi człon ogólnej koniunkcji kontratypowej z art. 39 ust. 2 pkt 1–2: „przyjęte praktyki rynkowe” – również nie jest klauzulą generalną (normatywną)³⁵. Został bowiem określony w art. 44 ust. 1 ustawy (jest blankietem wypełnianym przez ten przepis, czyli nie zawiera odesłania do wartości występujących poza systemem prawa, dookreślanych przez doktrynę i judykaturę), który to przepis stanowi: „**Przyjętymi praktykami rynkowymi** są zachowania, których zasadnie można oczekiwać na jednym lub wielu rynkach finansowych i które są, **w drodze uchwały, akceptowane przez Komisję zgodnie z wytycznymi określonymi w art. 45 ust. 1**”. Ustęp 2 art. 44: „Uchwała, o której mowa w ust. 1, podlega ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Komisji Nadzoru Finansowego”. Ustęp 5 art. 1 MAD przynosi definicję legalną przyjętych praktyk rynkowych, zawartą w trzech akapitach³⁶.

Może się zdarzyć, że drugi człon owej koniunkcji kontratypowej („przyjęte praktyki rynkowe”), zdefiniowany przepisem zawartym w art. 44 ust. 1 ustawy (art. 1 ust. 5 akapit pierwszy MAD), wyłączy bezprawność dekodowaną z uwzględnieniem pierwszego [*reasons (...) are legitimate*]. Z jednej strony pod „przyjęte praktyki rynkowe” nie podpadają każde praktyki rynkowe; przeciwna interpretacja oznaczałaby m.in. naruszenie art. 91 ust. 2 Konstytucji (ponadustawowa ranga unijnego prawa traktatowego, a z tego prawa wynika obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego³⁷). Z drugiej strony „przyjęte praktyki rynkowe” nie muszą oznaczać praktyk zdefiniowanych bezpośrednio przez szczegółowe regulacje ustawowe. W przeciwnym razie zbędne byłoby odesłanie obligatoryjne do uchwał KNF z art. 44 ustawy (do praktyk przyjmowanych w trybie art. 1 ust. 5 MAD).

Artykuł 44 ustawy nie zawiera zwrotu fakultatywnego (byłoby: „mogą być akceptowane przez Komisję”) – jak twierdzi Prokurator Generalny w stanowisku z 6 października

³⁵ Tak A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 327–330.

³⁶ „«Przyjęte praktyki rynkowe» oznaczają praktyki w sposób racjonalny oczekiwane na jednym lub więcej rynków i **akceptowane przez odpowiednie władze** zgodnie ze wskazówkami przyjętymi przez Komisję, zgodnie z procedurą regulacyjną połączoną z kontrolą, określoną w art. 17 ust. 2a. Europejski Urząd Nadzoru (Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych) (zwany dalej «EUNGiPW») ustanowiony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1095/2010 może opracowywać projekty wykonawczych standardów technicznych, aby zapewnić jednolite warunki stosowania aktów przyjętych przez Komisję, zgodnie z niniejszym artykułem w odniesieniu do przyjętych praktyk rynkowych. Komisja jest uprawniona do przyjmowania wykonawczych standardów technicznych, o których mowa w akapicie drugim, zgodnie z art. 15 rozporządzenia (UE) nr 1095/2010”.

³⁷ Szerzej M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, w szczególności Rozdział IV.3., *Podstawa obowiązku dokonywania prowsólnotowej wykładni*, s. 163–165.

2011 r., wydanym w sprawie zawisłej przed Trybunałem Konstytucyjnym, P. 11/11³⁸; ani nie ma też w przepisach art. 44 katalogu otwartego (nie ma zwrotu „w szczególności”). Krótko mówiąc, ustawodawca eliminuje luz interpretacyjny odnośnie do znamienia czynności sprawczej karalnej manipulacji (w części drugiej koniunkcji kontraktypowej z art. 39 ust. 2 pkt 1–2) poprzez dookreślenie zawarte w art. 44 ustawy (odesłanie do obligatoryjnej uchwały KNF). Dopiero art. 45 ust. 4 ustawy zawiera fakultatywność: „Określona, w **szczególności nowa lub kształtująca się**, praktyka rynkowa **może być stosowana**, nawet jeżeli **nie została zaakceptowana przez Komisję**”.

Jednak w związku z zakazem dokonywania wykładni rozszerzającej przepisów prawa karnego (zob. m.in. wyrok TK z 6 lipca 1999 r., P. 2/99³⁹) fakultatywności tej nie można odnieść do konstrukcji art. 183 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy. W art. 39 ust. 2 pkt 1 i 2 mowa jest o „**przyjętych praktykach rynkowych**” (katalog zamknięty) – zaakceptowanych uchwałą przez KNE, opublikowaną w odpowiednim organie promulgacyjnym, czyli jest to blankiet. Natomiast w art. 45 ust. 4 ustawy występuje „**określona, w szczególności nowa lub kształtująca się praktyka rynkowa**” (inny niż poprzedni i na dodatek otwarty katalog, który jest inny, bo nie: „**przyjęte praktyki rynkowe**”, tylko: „**określona, nowa lub kształtująca się praktyka rynkowa**”) – praktyka niezaakceptowana przez KNE, co blankietem nie jest, gdyż ustawodawca nie wskazał podmiotu uprawnionego do ustalenia, co kryje się pod pojęciem owej określonej praktyki. Tę różnicę nie dostrzega Prokurator Generalny, dokonując wykładni tych przepisów i powołując m.in. art. 45 ust. 4⁴⁰.

Krótko mówiąc, „przyjętych praktyk rynkowych” (blankiet, który jako taki może być wypełniony jedynie przez określony akt normatywny, tutaj przez określoną uchwałę KNF) nie można zastąpić „określoną, w szczególności nową lub kształtującą się praktyką rynkową”, stanowiącą klauzulę normatywną (odesłanie zewnętrzne do stanów faktycznych). Skoro te pierwsze składają się na kontratyp, to bez nich nie można zrekonstruować zgodnie z wolą ustawodawcy całości normy karnej.

³⁸ Stanowisko Prokuratora Generalnego z 6 października 2011 r. (PG VIII TK 26/11), s. 26 i 28 – 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

³⁹ OTK ZU 1999, nr 5, poz. 103.

⁴⁰ Stanowisko Prokuratora Generalnego z 6 października 2011 r., s. 26 i 28.

Punkty widzenia

Mieczysław Szaciński

AUTORZY I ODBIORCY DÓBR KULTURY WSPÓŁCZEŚNIE. ASPEKTY PRAWNE

Projekt międzynarodowego traktatu ACTA o zwalczaniu handlu podróbkami i naruszaniu praw autorskich stał się przyczyną ostrych polemik i demonstracji publicznych. Stawiano zarzuty, że projekt traktuje dzieła kultury i wiedzy jak towar dostępny dla tego, kto go może kupić, a także iż interes producentów sprzętu umożliwiającego zwielokrotnienie, przekazywanie i odbiór utworów oraz interes pośredników między twórcami i odbiorcami dzieł kultury postawiony został ponad prawami konsumentów. Kolizje interesów między autorami oraz odbiorcami dóbr kultury nie są niczym nowym¹, ale ich intensywność związana jest z rozwojem techniki. Gdy twórczość chroniona prawem autorskim udostępniana była jedynie w formie publikacji spektakli, dzieł muzycznych i plastycznych, do czego w XIX wieku doszedł kinematograf, ciężar zainteresowania spoczywał na twórcach, a w szczególności na ich trudnej sytuacji materialnej w czasie I wojny światowej i bezpośrednio po jej zakończeniu. Sprzyjało to ekstensyfikacji pojęcia utworu stanowiącego przedmiot prawa autorskiego, wprowadzaniu szczególnych środków ochrony, przedłużaniu czasu trwania prawa autorskiego, a także zmniejszaniu wymagań co do wkładu twórczego.

Ograniczenie wymagań co do wkładu twórczego prowadziło do odejścia od koncepcji utworu wyrażającego osobowość twórcy do indywidualności dzieła, a także do jego – sformułowanej w doktrynie niemieckiej – jednorazowości statystycznej (*Statistische Einmaligkeit*).

Ta ewolucja znalazła swój wyraz w Polsce w orzecznictwie Sądu Najwyższego już na podstawie ustawy o prawie autorskim z 29 marca 1926 r. W orzeczeniu z 8 listopada 1932 r., II IK 1092/32 (Zb. Orz. z 1933 r., poz. 1) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że wszelkie dzieło piśmiennictwa: kolekcje afiszów lub ogłoszeń, kalendarze, katalogi, kolejowe rozkłady jazdy, książki kucharskie, formularze mogą być przedmiotem prawa autorskiego, jeżeli ich forma opracowania lub układ mają charakter samodzielny i indywidualny.

¹ H. Mortkowicz-Olczakowa, *Pod znakiem kłosa*, PIW 1962, s. 265.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 23 czerwca 1936 r., 1 K 336/36 (niepubl.), uznając za przedmiot praw autorskich kalendarze, rozkłady jazdy, księgi adresowe o samoistnym układzie lub samodzielny opracowaniu. Kontynuacją tych poglądów były orzeczenia Sądu Najwyższego wydane na podstawie ustawy o prawie autorskim z 10 lipca 1952 r. i ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W orzeczeniu z 31 marca 1953 r., II C 834/52 (niepubl.), Sąd Najwyższy stwierdził, że pod ochroną prawa autorskiego znajduje się również dzieło stworzone dla celów praktycznych, jeżeli przynajmniej pod względem formy wykazuje pewne elementy twórcze, choćby minimalne.

Z kolei wyrokiem z 25 stycznia 2006 r., I CK 281/05 (niepubl.), Sąd Najwyższy uznał, że utworem w rozumieniu art. 1 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych może być kompilacja wykorzystująca dane powszechnie dostępne, pod warunkiem że ich wybór, segregacja i sposób przedstawienia mają znamiona oryginalności.

Szerokie ujęcie przedmiotu prawa autorskiego stało się dominujące w ustawodawstwie, orzecznictwie i doktrynie.

W celu wyodrębnienia dzieł podlegających prawu autorskiemu uwzględnia się przede wszystkim cechy szczególne występujące w procesie twórczym, przynależność rodzajową utworów i zaspokajanie określonych potrzeb społecznych. Wypowiedzi doktryny kwestionujące zbyt szerokie ujęcie dzieł chronionych prawem autorskim miały przeważnie charakter sporadyczny. Zdaniem niektórych autorów na szczególną ochronę nie zasługują utwory niezawierające treści estetycznej, artystycznego kształtu, wewnętrznej wartości dzieła sztuki².

Dzieła podlegające prawu autorskiemu powinny spełniać funkcje kulturalne³ i zmieścić do pomnażania dorobku kultury i rozwoju społecznego⁴.

Na określenie przedmiotu prawa autorskiego przez przynależność rodzajową utworu i zaspokojenie określonych potrzeb społecznych wpływ ma stopień wymaganego wkładu twórczego. Jego minimalizacja nasuwa wątpliwości co do zasadności objęcia dzieł z nikłym wkładem szczególną ochroną prawa autorskiego. Odchodzenie od koncepcji *Kleine Münze* znalazło ustawowo swój wyraz w niektórych orzeczeniach sądowych krajów Unii Europejskiej, jak i USA, odmawiających ochrony prawem autorskim dzieł w postaci tabel i zestawień⁵.

Postęp w technice tworzenia dzieł, ich zwielokrotniania, przekazywania i odbioru zwiększył możliwość szerokiego korzystania społecznego. Reakcją na występujące trudności stał się ruch na rzecz powszechnej dostępności prac naukowych oraz domaganie się ustalenia sfery twórczości nieodpłatnej.

Postulat umożliwienia korzystania społecznego z twórczości chronionej znajdował wyraz już w doktrynie dawniejszej. Gottlieb Planck w swoich wykładach na temat własności intelektualnej podkreślał, że „utwory umysłu powinny służyć całej ludzkości i dlatego prawo autorskie może być uznane, jeżeli pozwala na to dobro ogólne”⁶.

² B. Samson, *Die Topik im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, UFITA 1975, t. 74, s. 142.

³ C. Schraube, *Der Schutz der „Kleinen Münze“ im Urheberrecht*, UFITA 1971, t. 61, s. 143.

⁴ W. Machala, *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 252.

⁵ Ch. Handig, *Durch freie kreative Entscheidungen zum europäischen urheberrechtlichen Werkbegriff*, GRUR. Int. 2012, nr 11, s. 977.

⁶ S. Meder, *Gottlieb Plancks Vorlesungen über „Immaterialgüterrecht“ und das „Geistige Eigentum“*, UFITA 2012, t. 1.

Także w doktrynie współczesnej zwraca się uwagę na potrzebę zapewnienia w przepisach równowagi między indywidualnymi interesami podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich a interesami społecznymi⁷.

Problemy powyższe są także przedmiotem rozważań i zaleceń w prawie międzynarodowym i prawie Unii Europejskiej.

W dyrektywie 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 maja 2001 r. sformułowany został w pkt 5 postulat dostosowania i uzupełnienia prawa w zakresie praw autorskich i pokrewnych w celu uwzględnienia takich realiów ekonomicznych, jak pojawienie się nowych form eksploatacji⁸.

W preambule traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim z 20 grudnia 1996 r. zamieszczono zalecenie utrzymania równowagi między prawami autorów i ogólnym interesem publicznym.

Dla odbiorców dóbr kultury nie bez znaczenia jest okres ochrony dzieł po śmierci autora. W krajach europejskich, gdy w pierwszej połowie XIX wieku dyskutowano nad przedłużeniem okresu ochrony dzieł zmarłego autora z lat 30 do 50, wypowiedane były poglądy negujące celowość tego przedłużenia. Podkreślano, że zainteresowanie utworami zmarłego autora, z wyjątkiem dzieł wybitnych, stopniowo zanika. Natomiast utrudniony pozostaje dostęp społeczny. Przedłużenie okresu ochrony prowadziłoby do uprzywilejowania dalszych krewnych, niezwiązanych emocjonalnie z autorem, a ponadto prawo autorskie nie powinno pełnić funkcji przyznanych opiece społecznej⁹.

Niektóre argumenty nadal zdają się być aktualne.

Zapewnienie szerokiego dostępu społecznego do dzieł chronionych prawem autorskim wymaga działań kompleksowych, znajdujących wyraz w ustawodawstwie, orzecznictwie i doktrynie.

Legislacyjnie dostęp do dóbr kultury może być realizowany przede wszystkim w przepisach o dozwolonym użytku publicznym i w licencjach ustawowych. Szczególne społeczne znaczenie ma umożliwienie korzystania z dzieł istotnych dla rozwoju wiedzy bez zgody podmiotu praw autorskich.

Tempo doskonalenia technik powstawania, przekazu i korzystania z utworów chronionych powoduje, że wskazane jest, aby ustawa o prawie autorskim zawierała stosowną delegację umożliwiającą wydawanie przepisów w określonym zakresie, adekwatnych do tych zmian, z pominięciem długotrwałego postępowania parlamentarnego.

⁷ E. Traple, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 1995, s. 177.

⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, t. 2, Warszawa 2005, s. 482.

⁹ L. Gieseke, *Urheberrechtliche Schützfristen-Regelungen und Begründungen seit dem 19 Jahrhundert und kritische Betrachtung heute*, UFITA 2012, t. 1, *passim*.

Łukasz Panasiuk

EUROPEJSKIE POSTĘPOWANIE NAKAZOWE – PROBLEMY PRAKTYCZNE

Europejskie postępowanie nakazowe istnieje w polskim systemie prawnym już od ponad 4 lat¹. W tym okresie było już ono omawiane przez doktrynę, zwłaszcza przez komentatorów Kodeksu postępowania cywilnego, ale nie doczekało się opublikowanego orzecznictwa. A tymczasem doświadczenia autora niniejszego artykułu ujawniają liczne praktyczne problemy związane ze stosowaniem przepisów regulujących to postępowanie. Celem niniejszego artykułu jest właśnie zwrócenie uwagi na te praktyczne problemy i zaproponowanie pewnych ich rozwiązań.

PROBLEM PIERWSZY – KOSZTY WNIESIENIA SPRZECIWU

Adwokat, który otrzymuje zlecenie przygotowania pisma, takiego jak sprzeciw od europejskiego nakazu zapłaty, rozpocznie od zadania dwóch praktycznych pytań – jaki jest termin do wniesienia sprzeciwu i czy należy wnieść opłatę. O ile kwestia terminu jest dość wyraźnie uregulowana w rozporządzeniu, o tyle kwestia opłaty od sprzeciwu nie jest w nim w ogóle uregulowana. Pozwala to uznać, że przepisy rozporządzenia 1896/2006 nie wykluczają możliwości wprowadzenia w prawie krajowym opłaty od sprzeciwu.

Obowiązująca obecnie regulacja kosztów sądowych w sprawach cywilnych² jest oparta na zasadzie, że „opłacie podlega pismo, jeżeli przepis ustawy przewiduje jej pobranie” (art. 3 ust. 1 u.k.s.c.). W praktyce oznacza to, że ustalenie, czy dane pismo podlega opłacie, wymaga przeszukania przepisów tej ustawy w celu ustalenia, czy pismo to nie jest tam wymienione.

Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych o europejskim postępowaniu nakazowym wspomina tylko dwa razy – w art. 19 ust. 1 oraz w art. 79 ust. 1 pkt 2 lit. d. Pierwszy z tych przepisów dotyczy wniosku o uchylenie europejskiego nakazu zapłaty, drugi – kwestii zwrotu opłaty od pozwu. Żaden nie wymienia sprzeciwu od

¹ Przepisy weszły w życie 12 grudnia 2008 r.

² Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. nr 167, poz. 1398 z późn. zm.), w tekście powoływana jako u.k.s.c.

europiejskiego nakazu zapłaty. Pozwala to uznać, że przepisy tej ustawy nie przewidują pobrania opłaty od sprzeciwu (art. 3 ust. 1 u.k.s.c. *a contrario*). Jednocześnie zestawienie regulacji zawartej w art. 79 ust. 1 pkt 2 lit. d u.k.s.c. z brzmieniem art. 79 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz z art. 19 ust. 1 pkt 3 w zw. z ust. 4 tej ustawy ujawnia, że europejskie postępowanie nakazowe nie mieści się w pojęciu postępowania nakazowego ani upominawczego. Rozwiązanie dotyczące europejskiego postępowania nakazowego jest zresztą analogiczne do rozwiązania dotyczącego postępowania upominawczego – czyli powód wnosi całą opłatę, a w razie uprawomocnienia się nakazu otrzyma zwrot 3/4 opłaty.

Piszący niniejsze słowa zgadza się co do zasady z przyjętym rozwiązaniem, polegającym na niepobieraniu opłaty od sprzeciwu, krytycznie natomiast ocenia sposób jego wprowadzenia. Ustalenie, że sprzeciw nie podlega opłacie, wymaga w zasadzie przeszukania całości tej ustawy w celu sprawdzenia, czy jakiś przepis nie przewiduje jej pobrania (art. 3 ust. 1 u.k.s.c.) oraz dokonania powyższych rozumowań prawniczych. Dla polskiego prawnika nie stanowią one oczywiście wielkiego problemu, ale pamiętać trzeba, że europejskie postępowanie nakazowe było pomyślane jako dogodne narzędzie, którym posługiwać się będą także prawnicy z innych państw UE, a także osoby bez prawniczego przygotowania. Stawianie ich wobec konieczności kompleksowej analizy przepisów polskiego prawa wydaje się być w sprzeczności z celem wprowadzenia regulacji na poziomie europejskim, którym było „wprowadzenie ujednoczonego postępowania w całej Unii Europejskiej”³.

PROBLEM DRUGI – DORĘCZENIE SPRZECIWU

Omówienie niniejszego zagadnienia rozpocząć wypada od argumentów mających już walor historyczny. Otóż obowiązujący do 2 maja 2012 r. art. 479⁹ § 1 zd. 1 k.p.c. przewidywał obciążający fachowych pełnomocników obowiązek doręczania pism procesowych w toku sprawy bezpośrednio stronie przeciwnej. W § 2 tego przepisu zawarto listę wyjątków, w których pominięto sprzeciw od europejskiego nakazu zapłaty. Pominięcie to nie oznaczało jednak, że omawiana zasada miała zastosowanie do tego pisma.

Mianowicie z art. 505¹⁵ § 2 k.p.c., a także ze zdania drugiego art. 479^{1a} k.p.c., wynikało, że w europejskim postępowaniu nakazowym nie stosuje się przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Oczywiście przepisy te miały zastosowanie od momentu wniesienia sprzeciwu z mocy art. 505¹⁹ § 1 zdanie drugie k.p.c., ale powołane przepisy ujawniają, że art. 479⁹ k.p.c. nie miał zastosowania do momentu wniesienia sprzeciwu. Wypada więc uznać, że sam sprzeciw od europejskiego nakazu zapłaty był wnoszony do sądu. A zatem, choć brzmienie art. 479⁹ § 2 k.p.c. nie zostało zmienione, katalog pism, do których nie stosowała się zasada z art. 479⁹ § 1, nie obejmował sprzeciwu od europejskiego nakazu zapłaty⁴.

³ K. Jasińska, (w:) K. Jasińska, A. Lejko, *Komentarz do art. 505¹⁹ Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX, teza 23.

⁴ Wypada krytycznie ocenić bardzo zawily sposób wprowadzenia tej – w sumie prostej – regulacji. W szczególności zdanie drugie art. 479^{1a} k.p.c. było w jego ocenie niemal niemożliwe do zrozumienia dla osoby nieposiadającej wiedzy o historii i celu tej regulacji.

W doktrynie wskazuje się przy tym, że powodem nowelizacji art. 479^{1a} oraz dodania art. 505¹⁵ § 2 k.p.c. „była także obawa przed utratą jednolitego charakteru europejskiego postępowania nakazowego, która mogłaby nastąpić w wyniku uzupełniania regulujących je przepisów przepisami dotyczącymi innych postępowań odrębnych, w zależności od charakteru konkretnej sprawy, a które byłyby ewidentnie sprzeczne z celami rozporządzenia nr 1896/2006, mającym za zadanie wprowadzenie ujednoczonego postępowania w całej Unii Europejskiej”⁵. Czyli chodziło m.in. o to, by nie zaskakiwać podmiotów zagranicznych obowiązującymi w Polsce szczególnymi zasadami doręczania pism.

Wobec powyższego z pewnym zdziwieniem przyjąć należy fakt, że wprowadzając do k.p.c. przepisy o europejskim postępowaniu nakazowym, ustawodawca nie zmienił brzmienia art. 132 § 1¹ k.p.c. Powołany przepis nie wymienia bowiem sprzeciwu od europejskiego nakazu zapłaty jako pisma, które doręcza się bezpośrednio do sądu. Oznacza to, że ma do niego zastosowanie zasada określona w art. 132 § 1 k.p.c. – fachowy pełnomocnik pozwanego powinien przesłać sprzeciw bezpośrednio pełnomocnikowi powoda. Biorąc pod uwagę podobieństwa między sprzeciwem w europejskim postępowaniu nakazowym a sprzeciwem w postępowaniu upominawczym i zarzutami w postępowaniu nakazowym, a także fakt dokonania (okreśną drogą, ale jednak) nowelizacji rozwiązania zawartego w art. 479⁹ k.p.c., należy stwierdzić, że pominięcie sprzeciwu od europejskiego nakazu zapłaty w art. 132 § 1¹ k.p.c. stanowi ewidentny błąd ustawodawcy. Na pewno pozostawienie tego przepisu w jego dotychczasowym brzmieniu jest niespójne z wyżej wskazanym celem tej regulacji.

PROBLEM TRZECI – PISMO PRZEWODNIE DO SPRZECIWU

Piszący te słowa stoi na stanowisku, że w praktyce sprzeciwowi od europejskiego nakazu zapłaty wnoszonemu przez fachowego pełnomocnika zawsze powinno towarzyszyć pismo przewodnie. Ta praktyczna konieczność wynika z art. 126 § 1 pkt 5 w zw. z § 3 k.p.c. Otóż sprzeciw powinien być wniesiony na formularzu, którego wzór został ustalony w załączniku do rozporządzenia 1896/2006⁶. Formularz ten nie przewiduje miejsca na żadną inną treść oprócz samej woli sprzeciwu. W szczególności nie ma tam miejsca na wymienienie załączników, a w polskiej procedurze cywilnej obligatoryjne jest załączenie do pierwszego pisma w sprawie dokumentów udowadniających istnienie pełnomocnictwa. Oznacza to, że w praktyce konieczne jest przesłanie razem ze sprzeciwem pisma przewodniego wskazującego na fakt wstąpienia do sprawy w charakterze pełnomocnika wraz z załączonym samym pełnomocnictwem. Inaczej nie da się zachować dyspozycji obu tych przepisów.

Oczywiście w piśmie przewodnim znajdują się też wszelkie inne treści, na które nie ma miejsca w samym sprzeciwie. Na tym etapie będą to zapewne głównie zarzuty formalne, mogące doprowadzić do odrzucenia pozwu, wymienione w art. 11 rozporządzenia 1896/2006. Na pierwsze miejsce wysuwa się tu zarzut braku właściwości sądów polskich.

⁵ K. Jasińska, (w:) K. Jasińska, A. Lejko, *Komentarz*, teza 23.

⁶ Trzeba tu jednak zauważyć, że – w przeciwieństwie do innych pism w tym postępowaniu – sprzeciw może być wniesiony w postaci innej niż na formularzu. Wynika to z preambuły do rozporządzenia 1896/2006.

Zgodnie ze zdaniem pierwszym art. 202 k.p.c. zarzut ten może być podniesiony wyłącznie przed wdnaniem się w spór.

Z drugiej strony zdanie pierwsze art. 24 rozporządzenia 44/2001, z mocy odesłania zawartego w art. 6 ust. 1 rozporządzenia 1896/2006 mające zastosowanie w europejskim postępowaniu nakazowym, stanowi, że: „Jeżeli sąd Państwa Członkowskiego nie ma jurysdykcji na podstawie innych przepisów niniejszego rozporządzenia, uzyskuje on jurysdykcję, jeżeli pozwany przed sądem tym wda się w spór”.

W nauce zauważa się przy tym, że „pojęcie «wdania się w spór» podlega wykładni autonomicznej. Obejmuje ono każdą obronę pozwanego zmierzającą bezpośrednio do negatywnego załatwienia powództwa. Na uwagę zasługuje fakt, że art. 24 zd. 1 mówi ogólnie o wdnaniu się pozwanego w spór, nie jest więc konieczne, aby było to wdnanie się w spór co do istoty sprawy. Pozwany wda się więc w spór nie tylko przez podniesienie zarzutów merytorycznych, ale także przez podniesienie zarzutów formalnych, takich jak np. zarzut zawisłości tej samej sprawy przed innym sądem, zarzut powagi rzeczy osądzonej, czy zarzut niewłaściwości miejscowej lub rzeczowej pozwu”⁷.

Powyższe oznacza, że w europejskim postępowaniu nakazowym wdnanie się w spór następuje już w momencie wniesienia sprzeciwu⁸. Zgodnie z brzmieniem art. 202 k.p.c. po tym momencie nie można już podnieść zarzutu braku jurysdykcji, nie da się go także zawrzeć w samym sprzeciwie. Jak więc w takim układzie podnieść zarzut braku jurysdykcji?

Odpowiedź zawiera zdanie drugie art. 24 rozporządzenia 44/2001. Stanowi ono, że „zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli pozwany wdaje się w spór w tym celu, aby podnieść zarzut braku jurysdykcji”. Na gruncie tego przepisu w doktrynie zauważono, iż „z orzecznictwa ETS wynika (...), że podniesienie przez pozwanego zarzutu braku jurysdykcji i jednocześnie (ewentualne, posiłkowe) wdnanie się w spór co do istoty sprawy nie oznacza ustanowienia jurysdykcji sądu danego państwa członkowskiego”⁹.

Pewnego wyjaśnienia wymaga jednak kwestia powołanego orzecznictwa ETS. Chodzi mianowicie o wyrok z 24 czerwca 1981 r. w sprawie *Elefanten Schuh v. Jacqmain*, Rs 150/80¹⁰, w którego treści ETS uznał, że można wnieść zarzuty merytoryczne i skutecznie podnieść zarzut braku jurysdykcji, o ile tylko zarzut ten jest podniesiony najpóźniej równocześnie z zarzutami merytorycznymi. Z kolei w orzeczeniach z 22 października 1981 r. w sprawie *Rohr v. Ossberger*, Rs 27/81¹¹, z 31 marca 1982 r. w sprawie *CHW v. GJH*,

⁷ Tak K. Weitz, (w:) A. Wróbel (red.) i inni, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Zakamycze 2005, s. 556–557.

⁸ Pogląd ten, choć trafny na gruncie obowiązujących przepisów, prowadzi jednak do skutków, które trudno zaakceptować. Mianowicie w praktyce wymaga się, by zarzuty formalne podniesione zostały przez pozwanego w sytuacji, w której otrzymał on jedynie sporządzone na formularzu pozew oraz nakaz zapłaty (taka korespondencja została pozwanemu przesłana w sprawie zakończonej postanowieniem SA w Gdańsku o sygnaturze I ACz 2038/11). W skrajnym przypadku powód może nie być w stanie podnieść zarzutów formalnych z powodu braku wiedzy co do istoty sporu. Wystarczy, że powód ograniczy się do wskazania błędnego numeru umowy i numerów faktur, których pozwany nigdy nie otrzymał.

⁹ Tak K. Weitz, (w:) A. Wróbel (red.) i inni, *Stosowanie prawa*, s. 557–558.

¹⁰ LEX nr 132529; por. również K. Weitz, *Autonomiczna wykładnia europejskiego prawa procesowego cywilnego – wprowadzenie i wyrok ETS z 24.06.1981 r. w sprawie 150/80 Elefanten Schuh GmbH przeciwko Pierre Jacqmain*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 10, s. 56, LEX nr 91602.

¹¹ LEX nr 132631.

Rs 25/81¹², oraz z 14 lipca 1983 r. w sprawie *Gerling v. Amministrazione del tesoro dello Stato*, Rs 201/82¹³, ETS orzekł, że pozwany może jednocześnie wnieść zarzut braku jurysdykcji oraz w charakterze obrony ewentualnej wdać się w spór.

Wspomniane wyroki nie mogły oczywiście dotyczyć brzmienia art. 24 rozporządzenia 44/2001, jako że wydane zostały dwie dekady przed jego wydaniem. W rzeczywistości zapadły one na gruncie art. 18 konwencji brukselskiej¹⁴, który był odpowiednikiem art. 24 rozporządzenia 44/2001. Polska nigdy nie była stroną tej konwencji i nie została ona oficjalnie przetłumaczona na język polski. Tym niemniej brzmienie art. 18 tej konwencji w innych językach jest identyczne z brzmieniem art. 24 rozporządzenia 44/2001. Kwestia aktualności powołanych orzeczeń na gruncie art. 24 rozporządzenia 44/2001 nie budzi również wątpliwości w polskiej doktrynie¹⁵.

Wypada zatem uznać, że powyższy sposób rozumienia zasad ustanowienia jurysdykcji przez wdanie się w spór na gruncie prawa europejskiego jest w orzecznictwie ETS ugruntowany i stanowi część tzw. *acquis communautaire*, które z kolei stanowi część prawa polskiego nawet mimo tego, że Polska nigdy nie miała okazji być stroną konwencji brukselskiej.

Uwzględniając zatem wszystko, co napisano powyżej, zarzut braku jurysdykcji tych sądów podnieść da się w zasadzie tylko w piśmie przewodnim, do którego załączony jest sam sprzeciw, przy jednoczesnym stwierdzeniu w treści pisma, że sprzeciw ma charakter ewentualny i jest wnoszony na wypadek, gdyby sąd nie uwzględnił zarzutu braku jurysdykcji. W każdym razie taką praktykę, wyraźnie zakwestionowaną przez powoda, za właściwą uznał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w sprawie I ACz 2038/11 z 20 grudnia 2011 r.

Na koniec wypada jeszcze skomentować kwestię doręczenia pisma przewodniego do sprzeciwu od europejskiego nakazu zapłaty. Otóż piszący te słowa uważa, że pismo to powinno być dostarczane tak samo jak sam sprzeciw (czyli z zastosowaniem art. 132 § 1¹ k.p.c.¹⁶). Pośrednio przyznał to Sąd Apelacyjny w Gdańsku w powołanej już sprawie I ACz 2038/11. Sprawa ta miała charakter gospodarczy, stąd sprzeciw podlegał doręczeniu w trybie zwykłym (art. 128 § 1 k.p.c.), natomiast późniejsze pisma fachowy

¹² LEX nr 131854.

¹³ LEX nr 131613; por. również K. Weitz, *Autonomiczna wykładnia europejskiego prawa procesowego cywilnego – wprowadzenie i wyrok ETS z 14.07.1983 r. w sprawie 201/82 Gerling Konzern Spezial Kreditversicherung A.G. i inni przeciwko Amministrazione del Tesoro dello Stato*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 10, s. 54.

¹⁴ Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 27 września 1968 r., Dz. U. WE z 1998 r., C27, s. 1.

¹⁵ Aktualność tego orzecznictwa potwierdzają K. Weitz w artykułach powołanych powyżej oraz A. Adamek i A. Frań, *Komentarz do Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych* (Dz.U. UE. L.01.12.01), LEX/el 2004, teza 7 i 8 do art. 24.

¹⁶ Autor niniejszego artykułu postuluje zmianę art. 132 § 1(1) k.p.c. przez dodanie do listy wyjątków sprzeciwu od europejskiego nakazu zapłaty. Może to prowadzić do absurdalnej sytuacji, w której sam sprzeciw będzie wnoszony w trybie zwykłym (art. 128 § 1 k.p.c.), zaś pismo przewodnie do niego – w trybie z art. 132 § 1 k.p.c. Pozostaje mieć nadzieję, że nowelizacja albo rozwiąże i ten problem, albo że orzecznictwo pójdzie w kierunku uznania pisma przewodniego do sprzeciwu za część sprzeciwu. Jeżeli tak się nie stanie, pozostanie odstąpić od stosowania formularza F (Sprzeciw od europejskiego nakazu zapłaty; załącznik VI do rozporządzenia) i korzystać z opcji wnoszenia sprzeciwu w dowolnej formie przewidzianej w zdaniu drugim ustępu (23) preambuły do rozporządzenia 1896/2006.

pełnomocnik zobowiązany był wysłać bezpośrednio drugiej stronie (art. 505¹⁹ § 1 zd. 2 w zw. z art. 479⁹ k.p.c.). Sąd ten uznał za skutecznie wniesiony zarzut braku jurysdykcji podniesiony w piśmie przewodnim do sprzeciwu i doręczonym razem ze sprzeciwem do sądu.

PROBLEM CZWARTY – ZASKARŻALNOŚĆ POSTANOWIENIA O ODRZUCENIU POZWU

Punktem wyjścia jest tu pogląd wyrażony przez SA w Gdańsku w uzasadnieniu postanowienia I ACz 2038/11 z 20 grudnia 2011 r. Otóż Sąd ten uznał, że „zgodnie z art. 17 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1896/2006 (...) po wniesieniu sprzeciwu od nakazu zapłaty postępowanie odbywa się przed właściwymi sądami w państwie członkowskim wydana zgodnie z przepisami regulującymi zwykle postępowanie cywilne. Skoro zatem pozwana wniosła sprzeciw, postępowanie w niniejszej sprawie toczy się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którymi od postanowienia odrzucającego pozew przysługuje zażalenie (art. 394 k.p.c.). A zatem zażalenie powoda należało uznać za dopuszczalne”.

Z poglądem tym trudno się zgodzić. Przepisy k.p.c. z mocy powołanego przez SA przepisu mogą mieć zastosowanie jedynie w takim zakresie, w jakim dana kwestia nie jest uregulowana przez samo rozporządzenie. A przecież kompletna i autonomiczna regulacja kwestii zaskarżalności postanowienia o odrzuceniu pozwu jest zawarta w art. 11 ust. 2 rozporządzenia 1896/2006. Przepis ten stanowi, że „od odrzucenia pozwu nie przysługuje odwołanie”. Regulacja ta, z mocy art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, ma pierwszeństwo w razie kolizji z ustawami. Stąd art. 11 ust. 2 rozporządzenia 1896/2006 wyłącza stosowanie w niniejszej sprawie „głowy” § 1 art. 394 k.p.c. Kwestia ta nie budzi też wątpliwości w jurejurisprudencji¹⁷.

W tym miejscu omówienia wymaga też brzmienie ust. (17) preambuły do rozporządzenia 1896/2006. Stanowi on, że „od odrzucenia pozwu nie powinno przysługiwać odwołanie. Nie wyklucza to jednak możliwości weryfikacji orzeczenia o odrzuceniu pozwu przez sąd tej samej instancji zgodnie z prawem krajowym”. Zdanie pierwsze powołanego fragmentu w pełni koresponduje z brzmieniem art. 11 ust. 2 rozporządzenia, natomiast zdanie drugie wymaga pewnego komentarza w świetle obowiązującej w Polsce zasady względnej dewolutywności zażaleń.

Odnosnie do możliwości weryfikacji orzeczenia o odrzuceniu pozwu w europejskim postępowaniu nakazowym przez sąd tej samej instancji w doktrynie¹⁸ podnosi się, że:

¹⁷ Tak uważają: K. Jasińska, (w:) K. Jasińska, A. Lejko, *Komentarz do ustawy z 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2009, teza 18 do art. 505¹⁸; D. Zawistowski, (w:) H. Dolecki (red.) i inni, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II. Artykuły 367–505³⁷, LEX 2010, teza 4 do art. 505¹⁶; K. Weitz, (w:) T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, Część druga. Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2009, LexisNexis, teza 16 do art. 505¹⁵; P. Telenga, (w:) A. Jakubecki (red.) i inni, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, LEX/el. 2011, teza 1 do art. 505¹⁶; J. Pisuliński, *Orzeczenia sądu w europejskim postępowaniu nakazowym*, „Europejski Przegląd Sądowy”, styczeń 2009, s. 4 i 7 oraz J. Zatorska, *Komentarz do Rozporządzenia Parlamentu i Rady (WE) nr 1896/2006 ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty*, LEX/el. 2009, teza 4 do art. 11.

¹⁸ K. Jasińska, (w:) K. Jasińska, A. Lejko, *Komentarz*, teza 18 do art. 505¹⁸.

„Takie rozwiązanie na gruncie prawa polskiego nie zostało przewidziane”. Jest to pogląd trafny. Zażalenie jest co do zasady środkiem dewolutywnym, a przewidziana w zdaniu pierwszym § 2 art. 395 k.p.c. możliwość uwzględnienia na zasadzie wyjątku zażalenia przez sąd pierwszej instancji dotyczy tylko takich zażaleń, które są dopuszczalne i oczywiście uzasadnione. Innymi słowy, za przepisem tym kryje się myśl, że gdy jest oczywiste, iż sąd odwoławczy i tak uwzględni zażalenie, w imię szybkości postępowania powinien to móc zrobić też sąd pierwszej instancji. Względy te nie mogą natomiast dotyczyć zażaleń niedopuszczalnych, czyli takich, co do których jest oczywiste, że sąd odwoławczy nie może ich uwzględnić. Stąd środek przewidziany w zdaniu pierwszym § 2 art. 395 k.p.c. nie stanowi środka, o którym mowa w zdaniu drugim ustępu (17) preambuły do rozporządzenia 1896/2006.

Na koniec należy jeszcze dodać, że omawiana regulacja nie budzi w doktrynie wątpliwości pod kątem swej zgodności z konstytucyjną zasadą dwuinstancyjności¹⁹. Podstawą tego poglądu jest brzmienie art. 11 ust. 3 rozporządzenia, który stanowi, że „odrzucenie pozwu nie zamyka powodowi możliwości dochodzenia roszczenia w nowym pozwie o wydanie europejskiego nakazu zapłaty lub przy zastosowaniu dowolnej innej procedury przewidzianej prawem państwa członkowskiego”. Oznacza to, że odrzucenie pozwu nie rodzi skutku w postaci prawomocności materialnej i powód ma otwartą możliwość dochodzenia swoich roszczeń w zwykłym trybie²⁰. Nie bez znaczenia jest też to, że europejskie postępowanie nakazowe ma charakter fakultatywny, a jego zastosowanie uzależnione jest od woli powoda [ustęp (10) preambuły oraz art. 1 ust. 2 rozporządzenia 1896/2006]. Innymi słowy, powód nie ma obowiązku korzystać z tego środka, a jeżeli się na to decyduje – powinien mieć świadomość skutków prawnych takiej decyzji (*ignorantia iuris nocet*).

¹⁹ J. Pisuliński, *Orzeczenia sądu*, s. 7 oraz J. Zatorska, *Komentarz do Rozporządzenia*, teza 5 do art. 11.

²⁰ K. Jasińska, (w:) K. Jasińska, A. Lejko, *Komentarz*, teza 18, 22 i 23 do art. 505¹⁸.

P Praktyczne zagadnienia prawne

Karol Weitz

KOSZTY PRZEJAZDU DO SĄDU PEŁNOMOCNIKA BĘDĄCEGO ADWOKATEM JAKO SKŁADNIK KOSZTÓW NIEZBĘDNYCH DO CELOWEGO DOCHODZENIA PRAW I CELOWEJ OBRONY

I. W praktyce adwokat będący pełnomocnikiem często ponosi koszty przejazdów do sądu, w którym rozpatrywana jest sprawa jego mocodawcy. W zależności od okoliczności mogą to być koszty mające realną wysokość. Mogą one obejmować nie tylko koszty samego transportu do siedziby sądu, ale także koszty ewentualnego noclegu w miejscowości, gdzie znajduje się siedziba sądu. Powstaje w związku z tym zagadnienie, czy tego rodzaju koszty – w razie wygranej – mogą zostać zaliczone do kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c., a tym samym podlegać zwrotowi od strony przeciwnej. Problem jest obecny w polskiej doktrynie od okresu międzywojennego, a w ostatnim czasie znowu stał się przedmiotem ożywionego zainteresowania w związku z niejednorodną judykaturą Sądu Najwyższego.

II. W dawnym Kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r. (d.k.p.c.), podobnie jak w obowiązującym Kodeksie, nie było żadnej szczególnej regulacji, która traktowałaby specjalnie o problemie kosztów przejazdu do siedziby sądu adwokata występującego w charakterze pełnomocnika¹. W art. 98 d.k.p.c. wprowadzono zasadę odpowiedzial-

¹ W okresie prac nad d.k.p.c. zaproponowano, aby do zakresu „kosztów koniecznych dla celowego powództwa lub obrony prawnej” zaliczane były „należności i wydatki jednego zastępcy prawnego”, natomiast kwestia, czy i w jakiej mierze należeć się miał stronie wygrywającej również zwrot kosztów podróży zastępcy prawnego, niemieszkającego w siedzibie sądu, miała być oceniona przez sąd zgodnie z ogólną regułą nakładającą na stronę przegrywającą obowiązek zwrotu przeciwnikowi „kosztów koniecznych dla celowego powództwa lub obrony prawnej”, por. art. 1 i 3 projektu przygotowanego przez S. Gołąba, *Koszta procesowe*, (w:) *Polska procedura cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem*, przedruk wyczerpanych druków z roku 1921 i 1923, Warszawa 1928, t. 1, s. 77 i 85. Rozwiązanie to, inspirowane po części treścią ówczesnego § 41 ust. 1 i 3 austr. ZPO oraz § 91 ust. 2 niem. ZPO, nie znalazło odzwierciedlenia w d.k.p.c., por. S. Gołąb, *Projekty polskiej procedury cywilnej. Powstanie – uzasadnienie – zdania odrębne*, Kraków 1930, s. 68.

ności za wynik procesu i zasadę kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony, a treść art. 99 § 1 d.k.p.c. ograniczono do reguły, że do niezbędnych kosztów procesu zaliczało się „należności i wydatki” jednego adwokata. Jednak w przepisach wykonawczych² wydanych na podstawie art. 8 pkt 3 rozporządzenia ustawy z 7 października 1932 r. – Prawo o ustroju adwokatury³ w ramach kategorii wydatków przewidziano, że adwokatowi należał się zwrot opłat pocztowych, telegraficznych i telefonicznych i innych wydatków, które wyłożył przy wykonywaniu zlecenia, a w razie wyjazdu do innej miejscowości, na zlecenie klienta, należał się mu, oprócz zwykłych stawek wynagrodzenia, zwrot kosztów podróży oraz wynagrodzenie specjalne⁴. W doktrynie okresu międzywojennego na gruncie art. 98 i art. 99 § 1 d.k.p.c. przyjmowano, że koszty podróży adwokata z jego siedziby do siedziby sądu „mogą być niekiedy także uznane za celowe i niezbędne”; sąd miał oceniać celowość takiego wydatku w danym przypadku, tj. w konkretnej sprawie⁵.

W okresie powojennym stan prawny w omawianym zakresie na poziomie ustawowym nie uległ zmianom pod rządami d.k.p.c. (art. 97 i art. 98 § 1 oraz art. 99 d.k.p.c. według numeracji obowiązującej od 1950 r.)⁶, jednak ewolucji podlegały wydawane kolejno po sobie przepisy wykonawcze określające stawki wynagrodzenia adwokatów⁷. Ostatecznie w tych ostatnich przewidziano, że adwokatowi należał się zwrot wydatków poniesionych w związku z prowadzeniem sprawy. W wypadku wyjazdu do innej miejscowości na zlecenie klienta adwokatowi należał się oprócz wynagrodzenia zwrot kosztów przejazdów i noclegów oraz diety, przy czym w wypadku wyjazdu do innej miejscowości w kilku sprawach koszty przejazdów, noclegów i diety dzieliło się stosunkowo. Ponadto adwokatowi, który miał siedzibę poza miejscem stałego zamieszkania, nie należały się koszty przejazdu, noclegu i diety za czynności dokonane w miejscowości

² Zob. § 23 i 24 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 1 kwietnia 1933 r. w sprawie wynagrodzenia adwokatów za wykonywanie czynności zawodowych (Dz.U. nr 24, poz. 201 ze zm.).

³ Dz.U. nr 86, poz. 733.

⁴ Dodać należy, że dawny Kodeks postępowania cywilnego został oparty na założeniu, iż co do zasady strona prowadząca swój proces osobiście nie miała prawa do wynagrodzenia „swych trudów osobistych”, a wyjątek stanowiła sytuacja, w której jej stawiennictwo w sądzie wynikało z wezwania przez sąd. Jedyne wówczas strona mogła bowiem żądać zwrotu kosztów podróży i wynagrodzenia za utracony zarobek (art. 100 d.k.p.c.). Zob. S. Gołąb, *Koszta*, s. 83–84 (Autor proponował odmienne rozwiązanie, por. art. 2 jego projektu, s. 77).

⁵ Tak wypowiedzieli się wyraźnie J. J. Litauer, *Komentarz do procedury cywilnej*, Warszawa 1933, art. 99, uw. 5, s. 59; W. Piasecki, J. Korzonek, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Miejsce Piastowe 1931, art. 99, uw. 5, s. 383; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza*, t. 1, art. 99, uw. 1f), s. 284; Ś. Kruzelnicki, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Poznań (b.r.w.), art. 99, uw. 5, s. 143. Zob. ponadto także M. Richter, *Kodeks postępowania cywilnego*, Przemyśl–Warszawa (b.r.w.), art. 98, uw. 1, s. 75; E. Muszalski, *Koszta procesu cywilnego (ciąg dalszy)*, „Wileński Przegląd Prawniczy” 1935, nr 2, s. 41.

⁶ Ustalonej na podstawie ustawy z 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. nr 43, poz. 394 ze sprost.).

⁷ Por. § 10 i 11 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 1950 r. w sprawie norm i zasad wynagrodzenia adwokatów za wykonywanie czynności zawodowych (Dz.U. nr 35, poz. 319), § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19 sierpnia 1953 r. w sprawie wynagrodzenia adwokatów za wykonywanie czynności zawodowych (Dz.U. nr 40, poz. 176 ze zm.), § 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 kwietnia 1961 r. w sprawie wynagrodzenia adwokatów za wykonywanie czynności zawodowych (Dz.U. nr 24, poz. 118), wydanych na podstawie art. 8 ustawy z 27 czerwca 1950 r. o ustroju adwokatury (Dz.U. nr 30, poz. 275 ze zm.).

zamieszkania i w miejscowości, w której miał siedzibę⁸. W doktrynie K. Lipiński⁹, mając na względzie zarówno regulacje ustawowe, jak i przepisy wykonawcze dotyczące wynagrodzenia za czynności adwokatów¹⁰, przyjął, że z faktu, iż art. 98 § 1 d.k.p.c. do niezbędnych kosztów procesu zaliczał „należności i wydatki jednego adwokata”, nie można było wyciągać wniosku, że ustawa zakłada z góry, iż wszelkie wydatki pełnomocnika są celowe. Ocena, czy wydatki pełnomocnika były niezbędne do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony, miała należeć do sądu¹¹. Miało się to odnosić również do kosztów przejazdu pełnomocnika. Przeciwna wykładnia prowadziłaby do niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że strona może w każdym wypadku wybrać jakiegokolwiek adwokata w Polsce, np. takiego, który ma siedzibę w miejscowości oddalonej od siedziby sądu, w którym sprawa się toczy, i zlecać mu przyjazd na każde posiedzenie, a sąd obowiązany byłby od przegrywającego przeciwnika zasądzić wszystkie koszty dojazdów takiego adwokata¹².

III. Kodeks postępowania cywilnego z 1964 r. w kwestii zakresu podlegających zwrotowi kosztów adwokackich nie wprowadził istotniejszych zmian¹³. Przez bardzo długi okres niewielkim zmianom podlegały przepisy wykonawcze dotyczące stawek wynagrodzenia za czynności zawodowe adwokatów¹⁴. Od 1998 r. przepisy te nie zawierają

⁸ Zob. § 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 kwietnia 1961 r. w sprawie wynagrodzenia adwokatów za wykonywanie czynności zawodowych (Dz.U. nr 24, poz. 118)

⁹ K. Lipiński, *Zasądzenie należności adwokatów w postępowaniu cywilnym. Wydatki i koszty wyjazdu do innej miejscowości*, NP 1955, nr 2, s. 65 i n.

¹⁰ Autor odnosił się do treści § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19 sierpnia 1953 r. w sprawie wynagrodzenia adwokatów za wykonywanie czynności zawodowych (Dz.U. nr 40, poz. 176 ze zm.).

¹¹ W tym kierunku wypowiedział się także SN w uchwale z 1 grudnia 1955 r., 4 CO 38/55, NP 1957, nr 5, s. 118. Zob. jednak W. Formański, *Wynagrodzenie adwokackie jako element kosztów procesu*, NP 1959, nr 10, s. 1237, który nie dość jasno stwierdzał, że „ustawa usuwa spod kontroli sądu ocenę celowości należności i wydatków jednego adwokata”.

¹² K. Lipiński, *Zasądzenie należności*, s. 65. K. Lipiński zaproponował określone kryteria oceny celowości podróży pełnomocnika: a) ustanawiać należy pełnomocnika mającego siedzibę w miejscowości, w której ma siedzibę sąd rozpoznający sprawę, a w razie ustanowienia pełnomocnika mającego siedzibę w miejscu zamieszkania strony miałby on działać przez substytutę urzędującego w siedzibie sądu; w braku adwokata w siedzibie sądu lub gdy jedyny adwokat czynny w tej siedzibie działa za przeciwnika, strona miałaby ustanawiać adwokata mającego siedzibę w niewielkiej odległości; b) celowość wyjazdów adwokata dla zebrania materiału dowodowego (nie na posiedzenie sądu) musiałaby być uzasadniona zupełnie wyjątkowymi okolicznościami; c) adwokat, który prowadził sprawę w pierwszej instancji, powinien ją prowadzić także w drugiej instancji, wobec czego do wydatków niezbędnych należy zaliczać koszty wyjazdu adwokata urzędującego w siedzibie sądu pierwszej instancji na rozprawę w sądzie odwoławczym. K. Lipiński przyjął, że koszty podróży pełnomocnika, o ile sąd uznał je za celowe, czyli podlegające zwrotowi, powinny być zasądzone w ich rzeczywistej wysokości. Zob. też M. Piekarski, *Odpowiedź na pytanie prawne*, „Palestra” 1960, nr 10, s. 85 i n.; M. Szuldenfrei, *Odpowiedź na pytanie prawne*, „Palestra” 1963, nr 10, s. 55.

¹³ Natomiast zmiany wprowadzono w odniesieniu do kosztów procesu strony działającej osobiście lub przez pełnomocnika niebędącego adwokatem, radcą prawnym lub rzecznikiem patentowym. Odstąpiono od przyjętej w dawnym kodeksie zasady, że strona taka nie ma prawa do wynagrodzenia „swych trudów osobistych” (art. 98 § 2 k.p.c.). Por. M. Piekarski, M. Wilewski, *Z problematyki kosztów procesu cywilnego*, „Palestra” 1967, nr 1, s. 35.

¹⁴ Por. § 9 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 1967 r. w sprawie opłat za czynności zespołów adwokackich (Dz.U. nr 48, poz. 241 ze zm.), § 8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23 grudnia 1980 r. w sprawie opłat za czynności zespołów adwokackich (Dz.U. nr 28, poz. 132), § 8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 31 grudnia 1981 r. w sprawie opłat za czynności zespołów adwokackich (Dz.U. z 1982 r.

jednak żadnych postanowień co do wydatków adwokatów lub zespołów adwokackich¹⁵. Pod rządami art. 98 § 1 i 3 k.p.c. judykatura¹⁶ i doktryna¹⁷ przyjmowały założenie, że wydatki, o których mowa w art. 98 § 3 k.p.c., obejmują również koszty przejazdów adwokata, w tym przejazdów do sądu. Bliżej zagadnienie to rozważał T. Bukowski¹⁸, który odwoływał się do powoływanej wcześniej wypowiedzi K. Lipińskiego. Podniósł on, że ustawowe domniemanie niezbędności kosztów jednego adwokata nie zwalnia sądu od oceny, czy wydatki adwokackie były niezbędne również co do wysokości. Dotyczyć to miało przede wszystkim kosztów podróży adwokata¹⁹.

IV. W ostatnim okresie przedmiotowe zagadnienie oceniane było jednak rozbieżnie przez Sąd Najwyższy.

W postanowieniu z 8 kwietnia 2011 r., II CZ 137/10²⁰, przyjęto, że w skład kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia i celowej obrony nie wchodzi koszty przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem (art. 98 § 3 k.p.c.). Sąd Najwyższy zestawiał ze sobą treść art. 98 § 2, w którym uwzględniona jest kategoria kosztów przejazdów do

nr 1, poz. 9), wydanych na podstawie art. 108 pkt 3 ustawy z 19 grudnia 1963 r. o ustroju adwokatury (Dz.U. nr 57, poz. 309 ze zm.); § 7 i 8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 10 października 1985 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w postępowaniu przed organami wymiaru sprawiedliwości (Dz.U. nr 51, poz. 266), § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 14 lipca 1988 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w postępowaniu przed organami wymiaru sprawiedliwości (Dz.U. nr 25, poz. 180), § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 16 października 1989 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w postępowaniu przed organami wymiaru sprawiedliwości (Dz.U. nr 57, poz. 343), § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 20 lutego 1991 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w postępowaniu przed organami wymiaru sprawiedliwości (Dz.U. nr 17, poz. 76) oraz § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 4 czerwca 1992 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w postępowaniu przed organami wymiaru sprawiedliwości (Dz.U. nr 48, poz. 220 ze zm.), wydanych na podstawie art. 16 ustawy z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. nr 16, poz. 124 ze zm.).

¹⁵ Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 12 grudnia 1997 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. nr 154, poz. 1013 ze zm.) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1348 ze zm.). Wyjątek dotyczy zakresu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (zob. § 21 pkt 2 rozporządzenia z 12 grudnia 1997 r. oraz § 19 pkt 2 rozporządzenia z 28 września 2002 r.). Brak regulacji wydatków wynika, jak się wydaje, z faktu, że art. 16 ustawy z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze w istocie nie umocowuje do takiej regulacji.

¹⁶ Zob. postanowienia SN z 11 stycznia 1978 r., II CZ 120/77, „Palestra” 1978, nr 9, s. 97; z 25 stycznia 1978 r., II CZ 122/77, OSPiKA 1979, nr 4, poz. 73.

¹⁷ Por. M. Piekarski, M. Wilewski, *Z problematyki*, s. 40; W. Dąbrowski, *Odpowiedź na pytanie prawne*, „Palestra” 1966, nr 11, s. 60; tenże, *Odpowiedź na pytanie prawne*, „Palestra” 1967, nr 10–11, s. 49–50; J. Mokry, *Glosa do postanowienia SN z 25 stycznia 1978 r.*, II CZ 122/77, OSPiKA 1979, nr 4, poz. 73, s. 184; A. Zieliński, *Spis kosztów i jego wiążący charakter dla sądu procesowego*, „Palestra” 1977, nr 8–9, s. 21; tenże, *Glosa do postanowienia SN z 11 stycznia 1978 r.*, II CZ 120/77, „Palestra” 1978, nr 9, s. 97.

¹⁸ T. Bukowski, *Rozstrzygnięcie o kosztach procesu*, Warszawa 1971, s. 101–102.

¹⁹ Według T. Bukowskiego przy ocenie niezbędności kosztów podróży adwokata należałoby stosować takie kryteria, jak to, że: 1) niezbędne są wydatki adwokata urzędującego w siedzibie sądu albo w niewielkiej od niej odległości oraz koszty wyjazdu na posiedzenie wyznaczone przez sąd wezwany, 2) adwokat zamieszkały daleko od siedziby sądu powinien działać przez substytutę urzędującego w siedzibie sądu, 3) celowość wyjazdów adwokata w celu zebrania materiału procesowego (a więc nie na posiedzenia sądu) musiałaby być uzasadniona zupełnie wyjątkowymi okolicznościami i wreszcie że 4) celowe jest, aby adwokat, który prowadził sprawę w pierwszej instancji, prowadził ją nadal w instancji rewizyjnej, por. T. Bukowski, *Rozstrzygnięcie*, s. 102.

²⁰ OSNC-ZD 2011, nr C, poz. 71.

sądu strony działającej osobiście lub przez pełnomocnika niebędącego adwokatem, radcą prawnym lub rzecznikiem patentowym, i treść art. 98 § 3 k.p.c., w którym kategoria ta nie jest wyszczególniona, a mowa jest tylko ogólnie o wydatkach. Na tej podstawie Sąd Najwyższy przyjął, że ze względu na dokonane przez ustawodawcę rozróżnienie składników niezbędnych kosztów postępowania, których zwrotu strona wygrywająca sprawę może się domagać, w zależności od wybranego sposobu reprezentacji przed sądem, kosztów dojazdu adwokata, będącego pełnomocnikiem strony procesu, nie można uznać za koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw w rozumieniu art. 98 § 3 k.p.c.

Odmienny pogląd został przez Sąd Najwyższy wyrażony jednak w postanowieniu z 20 kwietnia 2011 r., I CZ 22/11²¹. Sąd przyjął bowiem w tym postanowieniu, że wydatkiem w rozumieniu art. 98 § 3 k.p.c., stanowiącym koszt procesu, jest również podróż pełnomocnika w celu wzięcia udziału w rozprawie. Sąd Najwyższy dodał, że nie ma obecnie uzasadnienia twierdzenie, iż podróż do sądu powinna odbywać się przy wykorzystaniu najtańszego środka transportu²². Za tym, aby koszty przejazdów adwokata do sądu objąć zakresem kosztów procesu podlegających zwrotowi na rzecz strony wygrywającej, Sąd Najwyższy opowiedział się także w postanowieniu z 16 lutego 2011 r., II CZ 202/10²³. Pogląd ten w doktrynie podzielił ostatnio J. Naworski²⁴.

V. W uchwale z 18 lipca 2012 r., III CZP 33/12²⁵, Sąd Najwyższy uznał, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi zastępowanemu przez pełnomocnika będącego adwokatem koszty jego przejazdu do sądu, jeżeli w okolicznościach sprawy były one niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony.

W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy podniósł, że brak precyzji językowej oraz niejednoznaczna stylizacja art. 98 § 2 i 3 k.p.c. nie dostarczają przekonujących argumentów na rzecz tezy, iż koszty przejazdu pełnomocnika będącego adwokatem nie mieszczą się w wydatkach, przez które należy rozumieć koszt pieniężny jakiegoś działania lub czynności. Przeciwnie, koszty przejazdu do sądu, czyli miejsca, w którym odbywają się posiedzenia sądowe, należy uznać za jeden z typowych wydatków adwokata reprezentującego stronę. Wyraźne wymienienie w art. 98 § 2 k.p.c. kosztów przejazdu nie pozwala na wnioskowanie *a contrario*, że tej kategorii kosztów nie obejmuje także art. 98 § 3 k.p.c. Formuła użyta w § 2 jest wynikiem założenia, że niezbędne koszty strony występującej osobiście lub przez pełnomocnika niezawodowego nie obejmują wszystkich wydatków, lecz tylko wydatek w postaci kosztów przejazdu do sądu, a ponadto równowartość utraconego zarobku i koszty sądowe. Nie przeczy temu to, że suma kosztów przejazdów i równowartość utraconego zarobku nie może przekraczać wynagrodzenia jednego adwokata, który wykonuje zawód w siedzibie sądu rozpoznającego sprawę; regulacja ta nie oznacza, że koszty przejazdu mieszczą się w pojęciu wynagrodzenia adwokata, lecz służy określeniu maksymalnej wysokości sumy kosztów przejazdów i równowartości utraconego zarobku. Powołując się na

²¹ Niepubl.

²² W konkretnym przypadku chodziło o koszt biletu lotniczego.

²³ Niepubl.

²⁴ J. Naworski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 2011 r., II CZ 137/10, „Palestra” 2012, nr 11–12, s. 151 i n.*

²⁵ Niepubl.; LEX nr 1211765.

rozwój regulacji w zakresie wynagradzania adwokatów, Sąd Najwyższy podkreślił, że zaliczenie kosztów przejazdu adwokata do sądu do kategorii wydatków ma uzasadnienie historyczne²⁶.

Zajmując powyższe stanowisko, Sąd Najwyższy podniósł jednocześnie, że włączenie kosztów przejazdów adwokata do sądu do wydatków, o których mowa w art. 98 § 3 k.p.c., nie oznacza jednak automatycznego zaliczenia ich do kosztów niezbędnych i celowych w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c.; ocena w tym zakresie należy do sądu orzekającego, który powinien uwzględnić wszystkie okoliczności konkretnej sprawy. Ustalenie w orzecznictwie uniwersalnych kryteriów tej oceny nie jest możliwe, zwłaszcza że różne mogą być powody przejazdów adwokata do sądu; w jednym wypadku są wynikiem wyboru przez stronę adwokata mającego kancelarię poza siedzibą sądu właściwego, w innym przejazdy stają się konieczne, gdyż dochodzi do przeniesienia sprawy do innego sądu już po ustanowieniu pełnomocnika, np. w toku instancji. Można jedynie ogólnie stwierdzić, że przedmiotem oceny sądu w omawianym zakresie powinno być to, czy w okolicznościach konkretnej sprawy – uwzględniając także jej przedmiot i stopień skomplikowania – uzasadnione było ustanowienie pełnomocnika (adwokata), który nie wykonuje zawodu w siedzibie sądu rozpoznającego sprawę. Jeżeli z tej oceny wynika, że ustanowienie takiego pełnomocnika było niezbędne, należy mu się zwrot kosztów w wysokości rzeczywiście poniesionej, chyba że wydatek w takiej właśnie wysokości nie był w ujęciu obiektywnym konieczny; wówczas może być ustalony na niższym poziomie, determinowanym przez kryterium konieczności.

Pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z 18 lipca 2012 r., III CZP 33/12, szybko został podchwycony przez sądownictwo powszechne²⁷.

VI. Zapatrywanie, że koszty przejazdu do sądu adwokata będącego pełnomocnikiem mogą – jako składnik jego wydatków (art. 98 § 3 k.p.c.) – być kosztami niezbędnymi do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (art. 98 § 1 k.p.c.), jest uzasadnione. Przemawia za nim взгляд na prawidłową wykładnię pojęcia „wydatki” w rozumieniu art. 98 § 3 k.p.c. – koszty przejazdu do sądu ze swej istoty mogą być objęte tym pojęciem. W żadnym razie nie przeczy temu treść art. 98 § 2 k.p.c., gdyż nie ma podstaw do wniosku *a contrario* przy zestawieniu tego przepisu z art. 98 § 3 k.p.c., co skrupulatnie i w pełni trafnie podniesiono już w doktrynie²⁸. Za rozwiązaniem, które przyjął Sąd Najwyższy w uchwale z 18 lipca 2012 r., III CZP 33/12, przemawiają także względy pragmatyczne i słusznościowe.

Podkreślić należy, że Sąd Najwyższy, opowiadając się za możliwością kwalifikacji kosztów przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem jako kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony, wyraźnie przyjął, że ocena, czy tego rodzaju kwalifikacja jest uzasadniona, powinna być dokonywana *ad casu* przez sąd. W tym zakresie także należy podzielić stanowisko Sądu Najwyższego. Wiąże się to z tym, że o ile art. 98 § 3 k.p.c. rozstrzyga generalnie, że do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wydatki jednego adwokata, o tyle

²⁶ Sąd Najwyższy powołał w tym zakresie odpowiednie przepisy wykonawcze przedstawione powyżej w tekście i przypisach.

²⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 września 2012 r., I ACa 334/12, niepubl., LEX nr 1220404.

²⁸ Por. J. Naworski, *Glosa*, s. 155.

pojęciu wydatków, do których zaliczyć można koszty przejazdu adwokata do sądu, towarzyszy immanentnie potrzeba oceny ich niezbędności w odniesieniu do konkretnej sprawy i jej okoliczności, a także każdego wyszczególnionego wydatku.

Okoliczności, w których powstają koszty przejazdów adwokata do sądu, mogą być różne w ramach poszczególnych spraw. Pierwszorzędne znaczenie ma tu kwestia wyboru przez stronę adwokata z innej miejscowości niż miejscowość, w której znajduje się siedziba sądu. Wprawdzie przepisy nie ograniczają strony w tym zakresie, wobec czego może ona wybrać sobie adwokata z jakiegokolwiek miejscowości i będzie mógł on ją reprezentować przed sądem, ale okoliczności tej nie można tracić z pola widzenia przy ocenie, czy wydatki poniesione na przejazd takiego adwokata do sądu powinny zostać zaliczone do niezbędnych kosztów procesu takiej strony. Przy tej ocenie sąd powinien wziąć pod uwagę to, dlaczego strona wybrała adwokata z innej miejscowości niż ta, w której znajduje się siedziba sądu. Z reguły za uzasadniony należałoby uznać taki wybór, gdyby strona zaangażowała adwokata mającego siedzibę w miejscowości, w której strona ma miejsce zamieszkania lub siedzibę. W takiej też sytuacji, jak się wydaje, uznać należałoby w zasadzie niezbędność kosztów przejazdu takiego adwokata do sądu. Nie można by zgodzić się z poglądem, że adwokat taki powinien działać przez dalszego pełnomocnika, wykonującego zawód w siedzibie sądu. Podobnie trzeba byłoby uznać za niezbędne koszty przejazdów adwokata do sądu drugiej instancji lub do Sądu Najwyższego, gdyby strona wybrała adwokata, który wykonuje zawód w miejscowości, w której strona ma miejsce zamieszkania lub siedzibę, bądź w miejscowości, w której siedzibę miał sąd pierwszej instancji, przy założeniu, że każdorazowo nie byłaby to miejscowość, w której siedzibę ma sąd drugiej instancji lub Sąd Najwyższy. Z kolei odwrotnie, co do zasady należałoby rozstrzygać wypadek, w którym strona wybrałaby adwokata wykonującego zawód w miejscowości trzeciej, tj. takiej, w której ani strona nie ma miejsca zamieszkania bądź siedziby, ani nie znajduje się siedziba sądu. W takim wypadku koszty przejazdów adwokata do sądu można by uznać za niezbędne koszty procesu tylko w wyjątkowych sytuacjach, np. gdyby wybór takiego adwokata uzasadniony był koniecznością z uwagi na brak adwokata w miejscowości, w której miejsce zamieszkania lub siedzibę ma strona, albo ewentualnie z uwagi na potrzebę zaangażowania adwokata specjalizującego się w danej kategorii spraw. Dodatkowo każdorazowo należałoby uwzględnić to, z jakiej miejscowości strona wybrałaby adwokata, tj. jak bardzo oddalonej od siedziby sądu²⁹. Wynika z tego, że przedmiotem oceny sądu rozstrzygającego, czy koszty przejazdów adwokata do sądu, będące kategorią wydatków w rozumieniu art. 98 § 3 k.p.c., stanowią niezbędne koszty procesu strony reprezentowanej przez tego adwokata, powinno być każdorazowo to, czy w okolicznościach konkretnej sprawy zasadne było zaangażowanie przez stronę adwokata, który nie wykonuje zawodu w siedzibie sądu, wobec czego jego udział w sprawie powiązany jest z powstaniem kosztów przejazdów do sądu³⁰.

²⁹ Zagadnienia te szczegółowo były rozpatrywane na tle prawa niemieckiego, por. A. Schulz, (w:) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, red. W. Krüger, Th. Rauscher, München 2013, t. 1, § 91, nb. 62–79, s. 638–644.

³⁰ Nie da się nie zauważyć, że ideę tę prawidłowo oddawał art. 3 projektu S. Gołąba, przedstawionego w okresie prac nad dawnym Kodeksem postępowania cywilnego. Por. w związku z tym przypis 1.

WPŁYW ZASIEDZENIA NA MOŻLIWOŚĆ DOCHODZENIA ROSZCZEŃ UZUPEŁNIAJĄCYCH (cz. 1)

Oczywistym skutkiem zasiedzenia jest nabycie własności rzeczy przez jej dotychczasowego posiadacza samoistnego (art. 172 k.c.). Mniej oczywisty jest wpływ zasiedzenia na możliwość dochodzenia przez poprzedniego właściciela roszczeń uzupełniających (art. 224–225 k.c.), przysługujących mu za okres poprzedzający zasiedzenie w stosunku do posiadacza, który następnie rzecz zasiedział. Problem ten dotyczyć może roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy, roszczenia o zwrot pożytków lub o zapłatę ich wartości, roszczenia o naprawienie szkody z powodu pogorszenia rzeczy, jak również przysługującego przeciwko poprzedniemu posiadaczowi (innemu niż ten, który rzecz zasiedział) roszczenia o naprawienie szkody z powodu utraty rzeczy, oczywiście pod warunkiem, że utrata nie wiąże się z unicestwieniem jej bytu prawnego (por. art. 224–225 k.c.)¹. We wszystkich wskazanych przypadkach chodzić może tylko o roszczenia przeciwko posiadaczowi w złej wierze albo posiadaczowi, który dowiedział się o wytoczeniu przeciwko niemu powództwa o wydanie rzeczy, przy czym praktyczna doniosłość drugiego przypadku jest znikoma, ponieważ wytoczenie wspomnianego powództwa prowadzi do przerwy biegu zasiedzenia.

Tak wytyczony zakres oddziaływania problemu pozostaje bardzo szeroki, a skutki jego rozstrzygnięcia – bardzo doniosłe. Dość wspomnieć, że stwierdzenie, iż zasiedzenie nie wyłącza możliwości dochodzenia roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy, oznaczałoby, że roszczenie to przysługiwałoby w każdym przypadku zasiedzenia przez posiadacza w złej wierze.

W dotychczasowych swych wypowiedziach doktryna skłaniała się jednak ku konkluzji przeciwnej.

Jeszcze pod rządem prawa rzeczowego z 1946 r. A. Kunicki wskazywał, że wraz z wygaśnięciem własności wskutek zasiedzenia wygasają również „wszelkie roszczenia” właściciela przeciwko posiadaczowi „wynikające z własności”² i wydaje się,

¹ W razie unicestwienia rzeczy (np. zniszczenia) – także wskutek zużycia – jej zasiedzenie nie wchodzi w rachubę i sygnalizowana kwestia w ogóle nie powstaje.

² A. Kunicki, *Zasiedzenie w prawie polskim*, Warszawa 1964, s. 80. Wątpliwości co do zapatrywania A. Kunickiego („w tak ogólnym ujęciu”) zasygnalizował pod rządem Kodeksu cywilnego J. S. Piątowski – zob.

iz w tak ogólnie ujętej formule mieściły się także roszczenia przewidziane onegdaj w art. 312 pr. rzecz.

Pod rządem Kodeksu cywilnego tożsamy pogląd wyraził E. Janeczko, zastrzegając wyraźnie, że skutkiem zasiedzenia jest m.in. to, iż osoba, która utraciła własność, nie ma żadnych roszczeń związanych z tym prawem³, i że: „Z chwilą utraty własności w wyniku zasiedzenia poprzedniemu właścicielowi nie przysługują względem posiadacza, który stał się właścicielem, roszczenia określone w art. 224, 225 k.c.”⁴. Zdaniem autora: „Takie ukształtowanie stosunków pomiędzy poprzednim właścicielem a nabywcą własności w drodze zasiedzenia wynika z pierwotnego charakteru nabycia, jakim jest zasiedzenie”⁵.

Zapatrywanie to zdaje się podzielać w całej rozciągłości S. Rudnicki, który stwierdza, że z chwilą zasiedzenia „następuje utrata przez dotychczasowego właściciela własności i roszczeń wynikających z własności”⁶. Wprawdzie w kontekście art. 224–225 k.c. autor wspomina jedynie o tym, że: „Ze względu na pierwotny charakter nabycia przez zasiedzenie wygasają także roszczenia **posiadaczy** oparte na przepisach art. 224 i 225 k.c. **przeciwko** dotychczasowemu **właścicielowi**”⁷ (wyróżnienia – R. T.), jednakże można się domyślać, iż mamy tu do czynienia z omyłką i w rzeczywistości autor miał na myśli regulowane w art. 224–225 k.c. roszczenia **właściciela przeciwko posiadaczowi** (na co wskazuje także nawiązanie w przypisie do poglądów E. Janeczki).

Doktryna wydaje się zatem zgodna co do tego, że zasiedzenie wyłącza możliwość dochodzenia roszczeń uzupełniających między właścicielem, który stracił rzecz w wyniku zasiedzenia, i posiadaczem, który własność tę nabył, co – stosownie do uzasadnienia E. Janeczki i S. Rudnickiego (A. Kunicki nie uzasadnił swego poglądu) – wynikać ma z pierwotnego charakteru nabycia własności w drodze zasiedzenia. Uzasadnienie to wypada uznać za nader zwięzłe, zwłaszcza jeżeli uwzględni się, że pierwotny charakter nabycia jest zazwyczaj kojarzony z wygaśnięciem obciążeń o charakterze rzeczowym – przypadek zasiedzenia stanowi zresztą w tym względzie wyjątek⁸ – a w zgodnej opinii doktryny i orzecznictwa roszczenia uzupełniające mają charakter obligacyjny⁹. W sferze prezentowanej dotychczas argumentacji mamy zatem do czynienia raczej

J. S. Piątowski, (w:) J. Ignatowicz (red.), *System prawa cywilnego*, tom II, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977, s. 340.

³ E. Janeczko, *Zasiedzenie*, Zielona Góra 2002, s. 211.

⁴ Tamże, s. 212.

⁵ Tamże.

⁶ S. Rudnicki, *Nabycie przez zasiedzenie*, Warszawa 2007, s. 118.

⁷ Tamże.

⁸ Por. A. Kunicki, *Zasiedzenie*, s. 65 i n.; J. S. Piątowski, (w:) J. Ignatowicz (red.), *System*, s. 340; E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Zakamycze 2001, s. 296; E. Janeczko, *Zasiedzenie*, s. 215; S. Rudnicki, *Nabycie*, s. 119; E. Skowrońska-Bocian, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do artykułów 1–449*¹¹, Warszawa 2008, s. 626; J. Ignatowicz, (w:) J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 108. Częściowo odmiennie A. Stelmachowski, (w:) T. Dybowski (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2003, s. 392. Zob. szerzej R. Trzaskowski, *Zasiedzenie własności w perspektywie kodyfikacyjnej*, (w:) A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 2011, s. 222 i n.

⁹ Zob. np. T. Dybowski, *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, Warszawa 1969, s. 184; E. Gniewek, (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2003, s. 506.

z „początkiem dowodu na piśmie” niż z wyczerpującym omówieniem albo choćby uchwyceniem węzłowych „momentów” zagadnienia.

W każdym razie to właśnie zgodnymi wypowiedziami przedstawicieli doktryny należy zapewne tłumaczyć to, że zasygnalizowany problem pozostawał długo uspiiony w orzecznictwie. Frontalne rozstrzygnięcie odnaleźć można dopiero w postanowieniu Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2011 r.¹⁰

Sąd uznał tam – w zgodzie z dotychczasowymi wypowiedziami doktryny – 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.

Co jednak interesujące, stanowisko Sądu w żaden sposób nie wynikało z tego, że zasiedzenie jest pierwotnym sposobem nabycia własności, a argument ten nie został nawet wspomniany w motywach do orzeczenia.

Punktem wyjścia argumentacji Sądu było natomiast przypomnienie, że roszczenia uzupełniające są w istotny sposób – choć nie bezwzględnie¹¹ – powiązane z roszczeniem windykacyjnym. Wyrazem tego powiązania jest wspólne źródło roszczeń – bezprawne pozbawienie właściciela posiadania rzeczy – oraz dwie przesłanki: przysługiwanie powodowi własności rzeczy oraz posiadanie rzeczy przez pozwanego¹². Ponadto, zdaniem Sądu, na powiązanie roszczeń uzupełniających z roszczeniem windykacyjnym „wskazuje wyraźnie art. 224 § 2 k.c., uzależniający powstanie tych roszczeń m.in. od wiedzy o wytoczeniu powództwa o wydanie rzeczy (...) a także (...) art. 229 § 1 zdanie pierwsze k.c., łączący początek biegu przewidzianego w nim terminu przedawnienia ze zwrotem rzeczy właścicielowi, czyli ze zdarzeniem stanowiącym sposób zaspokojenia roszczenia windykacyjnego”.

Bazując na tych ustaleniach, Sąd doszedł do wniosku – wyraźnie odbiegającego od dotychczasowego orzecznictwa (Sąd wspomniał w tym kontekście tylko o uchwale z 26 kwietnia 2002 r.¹³) – że co do zasady roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy nie może być dochodzone przed wytoczeniem powództwa windykacyjnego przeciwko aktualnemu posiadaczowi. Zdaniem Sądu: „Dopuszczalność takiego żądania podważałaby (...) założenia przyjętej w prawie polskim regulacji roszczeń uzupełniających roszczenie windykacyjne”. W szczególności nie byłoby jasne, „(...) jaki

¹⁰ III CZP 7/11, OSP 2012, z. 10, poz. 93, z krytyczną glosą M. Olczyk.

¹¹ Sąd dostrzegł, że już z art. 229 § 1 zd. 1 k.c. wynika, że roszczenia uzupełniające nie muszą być dochodzone jednym pozwem wraz z roszczeniem windykacyjnym. Zauważył ponadto, że może dojść do rozejścia się legitymacji bierniej związanej z dochodzeniem roszczeń uzupełniających z legitymacją bierną związaną z dochodzeniem roszczenia windykacyjnego. „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 w zakresie windykacji – mających jednak taką legitymację wcześniej”. Sąd zwrócił również uwagę na pewną niezależność roszczenia o odszkodowanie za utratę rzeczy.

¹² Por. T. Dybowski, *Ochrona własności*, s. 186.

¹³ III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149.

sens miałyby uzależnienie biegu przewidzianego w art. 229 § 1 zdanie pierwsze k.c. terminu przedawnienia roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy od chwili jej zwrotu, jeżeli wynagrodzenia tego można by żądać także bez uprzedniego dochodzenia wydania rzeczy. W przypadkach wystąpienia z takim żądaniem mogłoby być w ogóle wątpliwe, czy powodowi rzeczywiście chodzi o roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy oparte na art. 224 § 2 lub art. 224 § 2 w związku z art. 225 k.c., a nie o roszczenie mające swe źródło w łączącym strony szczególnym stosunku obligacyjnym". Z wcześniejszych wywodów zdaje się wynikać, że w podobny sposób Sąd ocenia możliwość dochodzenia roszczenia o zwrot pożytków (ich wartości) oraz o naprawienie szkody z powodu pogorszenia rzeczy¹⁴.

Wywód ten oznacza, że wyrazem dostrzeganego przez Sąd powiązania roszczeń uzupełniających z roszczeniem windykacyjnym jest również brak możliwości dochodzenia roszczeń z art. 224–225 k.c. (a w każdym razie roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy) przed wytoczeniem powództwa o wydanie rzeczy. Prostą zaś konsekwencją takiego ujęcia wydaje się być teza, że wygaśnięcie roszczenia wydobyczego (np. wskutek utraty własności przez właściciela) powoduje – co do zasady – brak możliwości dochodzenia roszczeń uzupełniających (skoro wytoczenie powództwa windykacyjnego jest już niemożliwe).

Z wywodów Sądu wynika, że wyjątek od tej zasady może dotyczyć jedynie sytuacji, w której ma miejsce utrata rzeczy w rozumieniu art. 224 i 225 k.c. Sąd bowiem zauważył, że roszczenie o odszkodowanie za utratę rzeczy może nie być roszczeniem uzupełniającym roszczenie windykacyjne, lecz roszczeniem zastępującym roszczenie windykacyjne, „a ma to miejsce wtedy, kiedy rzecz ulega zniszczeniu lub dochodzi do nabycia jej własności przez osobę trzecią, z czym związana jest utrata własności – i roszczenia windykacyjnego – przez dotychczasowego właściciela". Zdaniem Sądu: „w takiej sytuacji osoba będąca właścicielem rzeczy w chwili jej utraty może dochodzić – oprócz roszczenia o naprawienie szkody z powodu utraty rzeczy również roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy i o zwrot pożytków lub ich wartości za okres poprzedzający utratę rzeczy”.

Wychodząc z założenia – odpowiadającego wyjaśnieniom sformułowanym w literaturze przedmiotu – że utrata rzeczy to „każde ustanie władztwa posiadacza nad rzeczą uniemożliwiające zwrot rzeczy właścicielowi, bez względu na okoliczności, które spowodowały to”, Sąd doszedł do wniosku, że „w wyniku zasiedzenia rzeczy przez

¹⁴ Zdaje się o tym świadczyć ogólny charakter wywodów dotyczących związku między roszczeniami uzupełniającymi a roszczeniem windykacyjnym, a zwłaszcza następujące fragmenty uzasadnienia (wyróżnienia R. T.): „Powiązanie **roszczeń uzupełniających** z roszczeniem windykacyjnym nie ma jednak charakteru bezwzględnie. Z art. 229 § 1 zdanie pierwsze k.c. wynika, że roszczenia uzupełniające nie muszą być dochodzone jednym pozwem wraz z roszczeniem windykacyjnym. W świetle tego przepisu nie ma przeszkód do ich dochodzenia także odrębnym pozwem **po wytoczeniu powództwa o wydanie rzeczy**"; „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 w zakresie windykacji – mających jednak taką legitymację wcześniej”.

posiadacza taki stan oczywiście nie powstaje". Ta ostatnia, szczegółowa teza została następnie rozszerzona ogólnie na przypadki, „w których roszczenie windykacyjne staje się bezzasadne ze względu na nabycie przez posiadacza z mocy ustawy prawa własności”.

Sąd zastrzegł zarazem, że „w niektórych z tych przypadków nie można wykluczyć zastosowania przepisów przyznających roszczenie o odszkodowanie za utratę rzeczy, roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy i roszczenie o zwrot pożytków lub ich wartości” (jest charakterystyczne, że nie ma tu wprost mowy o roszczeniach uzupełniających). Istotne jest to, czy zgodnie z ustawą nabycie własności przez posiadacza jest wolne od jakichkolwiek rozliczeń z tego tytułu, czy też nie. W razie milczenia ustawy decydujące znaczenie powinna mieć analiza przepisów przewidujących nabycie własności przez posiadacza i ich funkcji.

Kierując się tego rodzaju analizą, Sąd doszedł do wniosku, że w przypadku zasiedzenia brak jest podstaw do zastosowania „przepisów przyznających roszczenie o odszkodowanie za utratę rzeczy, roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy i roszczenie o zwrot pożytków lub ich wartości”. Sąd przypomniał, że zasiedzenie jest instytucją, której funkcja polega na uporządkowaniu sytuacji prawnej przez usunięcie długotrwałej, wynikającej z niedochodzenia swych praw przez właściciela, niezgodności pomiędzy stanem posiadania a stanem prawnym i instytucja ta została uznana za zgodną z Konstytucją¹⁵ i art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁶. Wychodząc z założenia, że brak jest racji uzasadniających przyznanie byłemu właścicielowi przeciwko posiadaczowi, który stał się w wyniku zasiedzenia właścicielem, jakiegokolwiek roszczenia o zwrot wartości rzeczy, Sąd uznał, iż funkcja zasiedzenia sprzeciwia się także przyznaniu byłemu właścicielowi wobec posiadacza, który stał się właścicielem, wszelkich innych roszczeń, u których podstaw leży prawo własności, w tym roszczeń uzupełniających za okres poprzedzający datę zasiedzenia. „Ład, porządek prawny, stabilizacja stosunków w zakresie odnoszącym się do własności rzeczy, czyli wszystko to, do czego zapewnienia zmierza zasiedzenie, ulegałoby ponownie zakłóceniu przez spory dotyczące, związanego z roszczeniem windykacyjnym i tym samym uzależnionego przede wszystkim od kwestii własnościowych, roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy w okresie poprzedzającym datę zasiedzenia. Przyznanie byłemu właścicielowi takiego roszczenia wobec posiadacza, który stał się właścicielem, byłoby więc nie do pogodzenia z celem zasiedzenia”.

W tym kontekście warto wspomnieć, że Sąd dostrzegł, iż jego stanowisko jest trudne do uzgodnienia z uchwałą składu siedmiu sędziów z 26 maja 2006 r.¹⁷, jednakże uznał, że: „Odpowiedzią na ewentualny zarzut dysharmonii pomiędzy poglądem sprzeciwiającym się przyznaniu takiego roszczenia w przypadkach zasiedzenia a stanowiskiem orzecznictwa przyznającym je w przypadkach objętych zakresem zastosowania art. 73 p.w.r.a. powinien być postulat zmiany linii orzecznictwa dotyczącej tych ostatnich przypadków”.

¹⁵ Zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 14 grudnia 2005 r., SK 61/03, OTK-A 2005, nr 11, poz. 136 i z 25 maja 1999 r., SK 9/98, OTK 1999, nr 4, poz. 78.

¹⁶ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 30 sierpnia 2007 r. w sprawie *J. A. Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom*, nr 44302/02, LEX nr 292787, <http://www.echr.coe.int>

¹⁷ III CZP 19/06, OSNC 2006, nr 12, poz. 195.

Stanowisko Sądu można zatem streścić następująco: roszczenia uzupełniające są silnie (choć nie bezwzględnie) powiązane z roszczeniem windykacyjnym, co wyraża się także w tym, że co do zasady nie mogą być dochodzone przed wytoczeniem powództwa windykacyjnego (dotyczy to przynajmniej roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy). W rezultacie wygaśnięcie roszczenia windykacyjnego wyklucza – co do zasady – możliwość dochodzenia roszczeń uzupełniających. Inaczej jest jedynie w przypadku utraty rzeczy w rozumieniu art. 224–225 k.c., z utratą taką nie mamy jednak do czynienia w razie nabycia przez posiadacza z mocy ustawy prawa własności, co dotyczy także zasiedzenia. I choć – jak stwierdza Sąd – „w niektórych z tych przypadków” nie można wykluczyć zastosowania „przepisów przyznających roszczenie o odszkodowanie za utratę rzeczy, roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy i roszczenie o zwrot pożytków lub ich wartości”, to nie dotyczy to zasiedzenia, o czym przesądza analiza przepisów regulujących zasiedzenie i jego funkcja.

Trzeba w tym miejscu zauważyć, że znaczenie sformułowanego przez Sąd wyrazistego i stanowczego poglądu wykracza poza problematykę zasiedzenia rzeczy i ma poważne konsekwencje także dla zasiedzenia służebności. Wprawdzie w omówionym wyżej postanowieniu Sąd zakwestionował „zarysowującą się w orzecznictwie tendencję” do rozciągania stosowania przepisów art. 224, 225 i art. 230 na przypadki naruszeń własności, które uzasadniają roszczenie negatoryjne (art. 222 § 2 k.c.) – nie są tu bowiem spełnione przesłanki analogii, a zwłaszcza brak luki w prawie, gdyż wystarczającą podstawę roszczeń zapewniają przepisy o czynach niedozwolonych lub o bezpodstawnym wzbogaceniu – jednakże trzeba zwrócić uwagę, że w rzeczywistości linia orzecznicza dotycząca możliwości stosowania art. 224–225 k.c. w stosunkach między właścicielem a posiadaczem służebności (zwłaszcza służebności przesyłu albo o treści odpowiadającej służebności przesyłu) jest już mocno utrwalona w orzecznictwie¹⁸, a odmienne stanowisko pozostało odosobnione¹⁹. W rezultacie trzeba zaakcentować, że konsekwencją stanowiska zajętego przez Sąd jest także stwierdzenie, iż osobie, której władztwo nad rzeczą zostało ograniczone wskutek zasiedzenia przez posiadacza służebności przesyłu, nie przysługuje wobec niego roszczenie o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy bez tytułu prawnego w okresie poprzedzającym dzień zasiedzenia.

¹⁸ Możliwość taką zasygnalizował po raz pierwszy SN – nie przesądzając jednak zdecydowanie kwestii – w uzasadnieniu postanowienia z 22 października 2002 r., III CZP 64/02, LEX nr 77033; pogląd taki został wyraźnie przyjęty w późniejszym orzecznictwie – zob. wyrok SN z 14 grudnia 2004 r., II CK 255/04, LEX nr 277869; wyrok SN z 11 maja 2005 r., III CK 556/04, LEX nr 221731; wyroki SN z 8 czerwca 2005 r.: V CK 679/04, LEX nr 311353 oraz V CK 680/04, LEX nr 180843; uchwałę SN z 17 czerwca 2005 r., III CZP 29/05, OSNC 2006, nr 4, poz. 64; wyrok SN z 17 czerwca 2005 r., III CK 685/04, LEX nr 277065; wyrok SN z 24 lutego 2006 r., II CSK 139/05, LEX nr 201025; wyrok SN z 8 grudnia 2006 r., V CSK 296/06, LEX nr 359471; wyroki SN z 25 listopada 2008 r., II CSK 344/08, niepubl. oraz II CSK 346/08, LEX nr 484714; wyrok SN z 20 stycznia 2009 r., II CSK 229/08, LEX nr 527196; wyroki SN z 3 kwietnia 2009 r., II CSK 459/08, LEX nr 607254, II CSK 470/08, LEX nr 599755 oraz II CSK 471/08, LEX nr 607255; wyrok SN z 29 kwietnia 2009 r., II CSK 560/08, LEX nr 511039; wyrok z 16 lipca 2009 r., I CSK 511/08, LEX nr 584191; wyrok z 24 lipca 2009 r., II CSK 121/09, LEX nr 686359; wyrok SN z 20 sierpnia 2009 r., II CSK 137/09, LEX nr 578037; wyrok SN z 11 grudnia 2009 r., V CSK 175/09, LEX nr 688048; wyrok z 3 lutego 2010 r., II CSK 444/09, LEX nr 578038; wyrok z 6 maja 2010 r., II CSK 626/09, LEX nr 585769; wyrok z 6 października 2010 r., II CSK 156/10, LEX nr 970068; uchwałę SN z 8 września 2011 r., III CZP 43/11, OSNC 2012, nr 2, poz. 18; wyrok z 4 lipca 2012 r., I CSK 641/11, LEX nr 1218577.

¹⁹ Zob. wyrok SN z 9 marca 2007 r., II CSK 457/06, LEX nr 339717.

W nawiązaniu do przedstawionej wyżej argumentacji Sądu należy podkreślić, że odbiega ona zasadniczo od prezentowanego w doktrynie lakonicznego uzasadnienia poglądu, iż zasiedzenie wyłącza możliwość dochodzenia przez właściciela roszczeń uzupełniających ze względu na pierwotny charakter nabycia własności. W ramach argumentacji Sądu węzłowe znaczenie ma stwierdzenie, że **roszczeń uzupełniających (a przynajmniej roszczenia o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy) nie można dochodzić przed wytoczeniem powództwa windykacyjnego**. Właśnie to stwierdzenie pozwoliło Sądowi w prosty sposób uznać, że w razie wygaśnięcia roszczenia windykacyjnego z innych przyczyn niż utrata rzeczy roszczenia uzupełniające z zasady nie mogą być dochodzone (skoro powództwa wydobywczego nie można już wytoczyć), a za ewentualnym wyjątkiem od tej zasady przemawiać musi treść ustawy albo funkcja przepisów regulujących określony przypadek nabycia przez dotychczasowego posiadacza *ex lege* prawa własności. W przypadku zasiedzenia – podobnie jak w przypadku nacjonalizacji i komunalizacji gruntów zajętych pod drogi publiczne – przesłanka ta nie jest spełniona.

Glosy

Przemysław Cychosz

GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 20 CZERWCA 2012 R., I KZP 5/12¹

Teza glosowanej uchwały brzmi:

Zawarte w art. 115 § 10 k.k. sformułowanie „w czasie orzekania w pierwszej instancji” dotyczy czasu orzekania w tej instancji po raz pierwszy w sprawie. Sprawca, który w tym czasie był młodocianym w rozumieniu art. 115 § 10 k.k., zachowuje ten status do zakończenia postępowania prawomocnym orzeczeniem.

1. Różnorodność oraz waga argumentów i racji, jakie stały za każdym z możliwych rozwiązań przedstawionego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego zagadnienia prawnego, skłania do sformułowania hipotezy, że zapadłe rozstrzygnięcie wywoła ożywioną dyskusję co do swej merytorycznej poprawności². W komentowanej uchwale również interesująca, jak meritum poddanej pod rozważę kwestii, wydaje się jednak przyjęta przez skład orzekający Sądu Najwyższego metodologia i sposób argumentacji. Zwraca bowiem uwagę, że złożony kompleks konkurujących ze sobą racji systemowych, funkcjonalnych, historycznoprawnych i językowych, jakie zwykły skład SN przytoczył za każdym z wariantów interpretacyjnych przepisu art. 115 § 10 k.k., został w komentowanej uchwale pozostawiony na uboczu zasadniczego toku wyводу. Znaczenie rozstrzygające przyznano natomiast spostrzeżeniu, że w niektórych – podanych przez SN przykładowo – układach procesowych przyjęcie jednego z możliwych sposobów rozumienia definicji legalnej z art. 115 § 10 k.k. prowadzić może do naruszenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji). Właśnie sposób przeprowadzenia przez SN testu zgodności jednej z możliwych interpretacji art. 115

¹ OSNKW 2012, nr 8, poz. 79.

² Potwierdzeniem może być tu fakt, że komentowana uchwała zapadła przy dwóch zdaniach odrębnych, a także opublikowany już w trakcie prac nad niniejszym tekstem głos aprobujący M. Bocheńskiego, por.: M. Bocheński, *Rzecz o statusie młodocianego w prawie karnym – uwagi na marginesie Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt: I KZP 5/12, e-CZPKiNP.*

§ 10 k.k. z zawartą w powołanym wyżej przepisie Konstytucji zasadą równości nasuwać może krytyczne uwagi.

2. W uchwale z 20 czerwca 2012 r. SN koncentrował się na wykładni metodą systemową, mając w szczególności na uwadze, że „podstawową dyrektywą tej metody interpretacji jest dekodowanie norm prawnych zawartych w akcie prawnym jako niesprzecznych ze sobą (spójność pozioma), a zarazem respektujących hierarchię aktów prawa, w szczególności zgodność norm ustawy zwykłej z Konstytucją RP (spójność pionowa)”³. Sąd Najwyższy wskazał ściśle powiązanie, jakie występuje pomiędzy zawartą w art. 115 § 10 k.k. definicją legalną młodocianego a uregulowaniami modyfikującymi zasady wymiaru kary wobec tej kategorii sprawców (art. 54 k.k., art. 60 § 1 k.k., art. 70 § 2 k.k. oraz art. 73 § 2 k.k.). Następnie na podstawie analizy trzech hipotetycznych układów procesowych skład powiększony SN dostrzegł, że jeden z możliwych sposobów rozumienia przepisu art. 115 § 10 k.k., w powiązaniu z jednym ze wskazanych wyżej przepisów dotyczących zasad wymiaru kary, prowadzić może do naruszenia konstytucyjnej zasady równości.

3. Założeniem wyjściowym pierwszego z analizowanych przez SN hipotetycznych stanów faktycznych było „skazanie przez sąd pierwszej instancji dwóch, będących w tym samym wieku, sprawców młodocianych, za popełnienie wspólnie jednego przestępstwa na kary z nadzwyczajnym złagodzeniem na podstawie art. 60 § 1 k.k., a więc wyłącznie dlatego, że przemawiały za tym względy określone w art. 54 § 1 k.k. Wyrok ten zaskarżono następnie w całości, przy czym wobec jednego z oskarżonych tylko na niekorzyść, a wobec drugiego tylko na korzyść. Uwzględniając obie apelacje, sąd odwoławczy uchylił wyrok w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu, na bazie zmienionych częściowo ustaleń, sąd pierwszej instancji uznał, że są przesłanki do wymierzenia kar takich samych, jak w uchylonym wyroku, przy czym stwierdził, że każdy z oskarżonych ukończył już 24 lata. Sąd miał na uwadze, że oskarżonemu, który skarżył wyrok na korzyść, już sam zakaz *reformationis in peius* gwarantuje ponowne zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Rozważał natomiast, czy dopuszczalne byłoby zamierzone orzeczenie kary z nadzwyczajnym złagodzeniem na podstawie art. 60 § 1 k.k. wobec drugiego oskarżonego, co do którego skarżono wyrok na niekorzyść, tj. czy nadal należy traktować oskarżonych jako młodocianych”⁴.

Sąd Najwyższy dostrzegł, że konsekwencje przyjęcia, iż w sformułowaniu „w czasie orzekania pierwszej instancji” chodzi tylko i wyłącznie o moment pierwszego chronologicznie orzeczenia, byłyby takie, że na gruncie analizowanego stanu faktycznego tylko jeden ze znajdujących się w identycznej sytuacji sprawców mógłby skorzystać z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia na podstawie art. 60 § 1 k.k. „O ile oskarżony, który skarżył wyrok na korzyść, miałby gwarantowane wymierzenie kary z nadzwyczajnym złagodzeniem w ponownym orzekaniu zakazem wynikającym z art. 443 k.p.k., to drugi, co do którego zaskarżono wyrok na niekorzyść, utraciłby już prawo korzystania z tego

³ S. 10 uzasadnienia uchwały.

⁴ S. 12 uzasadnienia uchwały.

dobrodrojeństwa na podstawie art. 60 § 1 k.k. w zw. z art. 54 § 1 k.k. z uwagi na ukończenie 24 lat⁵. Tej właśnie konsekwencji Sąd Najwyższy nie akceptował i w związku z tym stwierdził: „Upřednie zaskarżenie wyroku na niekorzyść, a więc czynność podjęta przez stronę przeciwną w procesie i – jak pokazał wynik ponownego rozpoznania – finalnie nieprowadząca do zmiany co do przesłanek wymiaru kary, nie mogła sama z siebie wytworzyć układu procesowego, w którym ten oskarżony z góry znalazłby się na pozycji mniej korzystnej niż współsprawca przy stosowaniu prawa materialnego przez sąd pierwszej instancji. Założenie, że status «młodocianości» ustal w tych warunkach procesowych, pozostawałoby w niezgodzie z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa⁶, od której nie ma przecież wyjątków (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP)⁷”.

Drugi z hipotetycznych układów procesowych został nabudowany na pierwszym, z tą tylko zmianą – wprowadzoną, jak wskazał SN, dla bardziej jeszcze „wyrazistego zilustrowania owej nierówności” – że obu sprawców skazano za zbrodnię przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary do jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia (art. 60 § 6 pkt 2 k.k.). Po zaskarżeniu na korzyść wobec jednego z oskarżonych, a na niekorzyść wobec drugiego i uchyleniu wyroku w ponownym rozpoznaniu sprawy sąd pierwszej instancji, mający przesłanki do ponownego orzeczenia takich samych kar, musiałby jednak wymierzyć oskarżonemu, wobec którego skarżono wyrok na niekorzyść, karę pozbawienia wolności w granicach ustawowego zagrożenia, a więc trzykrotnie surowszą, gdyby uznał, że oskarżeni, ze względu na ukończenie 24 lat, utracili status młodocianego, a nie zachodzą inne niż określone w art. 60 § 1 k.k. przesłanki nadzwyczajnego złagodzenia⁸.

Trzeci z zaproponowanych przez SN stanów faktycznych w ten sposób modyfikował stan przytoczony jako pierwszy, że wyrok sądu pierwszej instancji został zaskarżony tylko na niekorzyść jednego z młodocianych. W razie przyjęcia, że ponowne rozpoznanie nie dostarczyło przesłanek do wydania innego orzeczenia o karze, a jednocześnie oskarżony utracił status młodocianego wraz z ukończeniem 24 lat przed ponownym wyrokowaniem, nierówność pozycji prawnej obu oskarżonych odnosiłaby się wtedy – zdaniem SN – do postępowania sądowego w jego całości, a nie wyłącznie do postępowania ponownego⁹.

⁵ S. 13 uzasadnienia uchwały.

⁶ Przyjąć należy, że SN posługuje się sformulowaniem „równość wobec prawa” w takim znaczeniu, jakie nadaje mu nauka prawa konstytucyjnego, a także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. „Równość wobec prawa” oznacza w tym ujęciu jeden z aspektów konstytucyjnej zasady równości i odnosi się do nakazu równego traktowania przez organy władzy publicznej w procesie stosowania prawa (tak: L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 97, oraz np. orzeczenia TK z 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87; wyrok TK z 16 grudnia 1997 r., sygn. akt K 8/97). Tradycyjnie „równość wobec prawa” odróżnia się od zasady „równości w prawie”, której treść wyraża się w adresowanym do ustawodawcy postulacie, aby prawo nie zawierało w swej treści elementów dyskryminujących lub uprzywilejowujących określoną grupę podmiotów, dotyczy zatem procesu stanowienia prawa. Choć rozróżnienie powyższe wydaje się być we współczesnej refleksji nad zasadą równości przez niektórych kwestionowane (por. J. Zajadło, *Idea równości we współczesnej filozofii prawa i filozofii polityki*, „Przegląd Sejmowy” 2011, z. 6), jest ono wciąż obecne w orzecznictwie TK i doktrynie prawa konstytucyjnego.

⁷ S. 14 uzasadnienia uchwały.

⁸ S. 14–15 uzasadnienia uchwały.

⁹ S. 15 uzasadnienia uchwały.

4. Ograniczając swą argumentację do zarzutu niezgodności jednej z możliwych interpretacji art. 115 § 10 k.k. z konstytucyjną zasadą równości, Sąd Najwyższy winien uwzględnić dotychczasowy dorobek orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i doktryny co do normatywnej zawartości przepisu art. 32 ust. 1 Konstytucji. Sąd Najwyższy nie dokonał tymczasem rekonstrukcji konstytucyjnego ujęcia omawianej zasady, posługując się uproszczonym, wręcz intuicyjnym sposobem jej rozumienia.

5. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego¹⁰ konsekwentnie podnosi się, że konstytucyjna formuła równości wobec prawa mieści się w ogólnym, opisowym ujęciu równości jako przynależności danych podmiotów do tej samej klasy, którą wyróżnia się z punktu widzenia cechy, którą uznaje się za istotną. Z konstytucyjnej formuły równości wynika, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań, zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. W każdym przypadku podmioty należące bezsprzecznie do tej samej kategorii muszą być traktowane równo, a podmioty należące do istotnie różnych kategorii muszą być traktowane odmiennie¹¹.

Sprawą podstawową dla oceny dochowania zasady równości jest zatem ustalenie cechy istotnej, z uwagi na którą przepisy prawa dokonały zróżnicowania sytuacji prawnej swoich adresatów. Zróżnicowanie to jest wtedy sprzeczne z Konstytucją, jeżeli traktuje w sposób różny podmioty lub sytuacje podobne, a takie różnice traktowania nie znajdują należytego uzasadnienia konstytucyjnego. Wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących kryteriach. Kryteria te muszą mieć, po pierwsze, charakter relewantny, to znaczy pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści; po drugie: kryteria te muszą mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć zróżnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych, oraz po trzecie, kryteria te muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmiennie potraktowanie podmiotów podobnych¹².

W przyjmowanej przez TK wykładni art. 32 ust. 1 Konstytucji wyróżnić zatem można co najmniej trzy istotne elementy, niezbędne do oceny zgodności danej regulacji prawnej z tym wzorcem konstytucyjnym. Po pierwsze, zidentyfikować należy cechę istotną,

¹⁰ Nie tylko zresztą polskiego, por.: *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, red. L. Garlicki, J. Trzciński, Wrocław 1990.

¹¹ Por. w szczególności: orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 3 września 1996 r., sygn. K 10/96, OTK 1996, nr 4, poz. 33; orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87, OTK 1988, nr 1, poz. 1; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 kwietnia 2001 r., sygn. U 9/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 80; a nadto wyroki TK: z 24 kwietnia 2006 r., sygn. P 9/05, OTK ZU 2006, nr 4/A, poz. 46; z 6 marca 2007 r., sygn. P 45/06, OTK ZU 2007, nr 3/A, poz. 22; z 23 listopada 2010 r., sygn. K 5/10, OTK ZU 2010, nr 9/A, poz. 106.

¹² *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, teza 6 do art. 32; B. Banaszak, *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, (w:) *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szymt, Warszawa 2003, s. 25; J. Falski *Ewolucja wykładni zasady równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 1.

z uwagi na którą wyróżniono te grupy podmiotów, których sytuacja prawna ma być porównywana. Po drugie, stwierdzić należy, czy doszło do zróżnicowania w traktowaniu charakteryzujących się tą cechą podmiotów oraz, po trzecie, zbadać trzeba, czy zróżnicowanie to jest uzasadnione w świetle zasadniczego celu i istoty ocenianej regulacji.

6. W świetle przytoczonych wyżej poglądów istotny z punktu widzenia metodologicznej poprawności prowadzenia testu równości wydaje się w pierwszej kolejności sposób wyodrębnienia grup podmiotów, których sytuacja prawna ma być następnie porównywana w kontekście analizowanej regulacji. Szczególnie doniosłe znaczenie ma tu dobór kryterium, czy kryteriów, na podstawie którego różnicuje się sytuację prawną porównywanych podmiotów.

Definicja legalna zawarta w art. 115 § 10 k.k. jest podstawą do wyróżnienia spośród klasy wszystkich sprawców czynów zabronionych pewnej – traktowanej w sposób szczególny – kategorii. Analiza tej definicji prowadzi do wniosku, że wprowadza ona dwa kryteria różnicujące. Pierwszym jest wiek sprawcy w chwili czynu, drugim zaś wiek sprawcy w chwili orzekania w pierwszej instancji. Za młodocianych uznaje się tych spośród wszystkich sprawców czynów zabronionych, którzy w chwili popełnienia czynu zabronionego nie ukończyli 21 lat, a jednocześnie w chwili orzekania w pierwszej instancji nie ukończyli 24. Dostrzec w tym miejscu należy, że każdy spośród wskazanych wyżej elementów definicyjnych ma charakter złożony. Dla ustalenia, czy dany sprawca korzysta ze statusu młodocianego, równie istotny jak kryterium wieku biologicznego sprawcy jest ten element definicji, który odnosi się do momentu, do którego wiek ten należy relatywizować. Młodocianym jest bowiem sprawca, który wieku 21 lat nie osiągnął w „chwili popełnienia czynu zabronionego” i który równocześnie w „czasie orzekania w pierwszej instancji” nie ukończył 24 lat. Zakres rozważań SN wyznaczony w komentowanej uchwale zakresem przekazanego do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego dotyczy drugiego spośród wskazanych wyżej elementów definicyjnych.

W swoich rozważaniach SN ocenia sytuację prawną sprawców, którzy w chwili czynu nie ukończyli 21 lat, w czasie pierwszego chronologicznie orzekania w pierwszej instancji nie ukończyli 24, lecz których wyroki w następstwie wniesienia środków odwoławczych zostały uchylone, a sprawy przekazane do ponownego rozpoznania i którzy w chwili ponownego orzekania w pierwszej instancji nie spełniali już drugiego spośród wskazanych w art. 115 § 10 k.k. warunków potraktowania ich jako młodocianych. W ramach tak ukształtowanego uniwersum Sąd Najwyższy czyni dalsze rozróżnienie wedle kryterium kierunku wniesionych w odniesieniu do poszczególnych sprawców środków zaskarżenia. Odrębnie analizuje sytuację takich sprawców, których wyroki zostały zaskarżone tylko na ich korzyść, oraz takich, co do których wniesiono (także bądź tylko) środki odwoławcze na ich niekorzyść. W tym miejscu argumentacja SN ulega swoistemu rozwarstwieniu, albowiem odrębnie prowadzona jest analiza sytuacji prawnych obu grup podmiotów w każdym z możliwych wariantów interpretacji sformułowania „w czasie orzekania w pierwszej instancji”. Analiza ta prowadzona jest, po pierwsze, przy przyjęciu, że zwrot ten oznacza tylko pierwsze chronologicznie orzekanie w pierwszej instancji (ujęcie wąskie), po drugie zaś, przy założeniu, że chodzi w nim także o każde kolejne wydawanie merytorycznego rozstrzygnięcia w tej instancji (ujęcie szerokie). Zestawiając sytuację prawną tak wyróżnionych grup podmiotów, SN konkluduje, że szerokie ujęcie

sformułowania „w czasie orzekania w pierwszej instancji” prowadzić może do naruszenia konstytucyjnego standardu równego traktowania, co ilustruje trzema przytoczonymi wyżej hipotetycznymi stanami faktycznymi. Status młodocianego zachowa bowiem tylko taki sprawca, który w chwili ostatniego przed uprawomocnieniem się wyroku orzeczenia merytorycznego pierwszej instancji nie ukończył 24 lat.

7. Wyznaczenie pola stosowania art. 32 Konstytucji podlega mechanizmowi poszukiwania określonej cechy wyróżniającej pewien krąg podmiotów. Istotne jest przy tym podkreślenie, że cecha ta konstruowana być powinna ze względu na analizowane rozwiązanie normatywne¹³.

W komentowanej uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, że nierówne potraktowanie podmiotów podobnych ma swe źródło w instytucji prawa procesowego, to jest w zakazie *reformationis in peius*, wynikającym z art. 443 k.p.k.¹⁴ Skoro jednak w cytowanym fragmencie wypowiedzi przyjęto, że źródłem nieuprawnionego – zdaniem SN – zróżnicowania sytuacji prawnej obu grup sprawców jest art. 443 k.p.k., to niezrozumiałe jest zawarte wcześniej stwierdzenie, że utrata statusu młodocianego w warunkach analizowanej sytuacji procesowej „sankcjonowałaby stosowanie art. 115 § 10 k.k. niezgodnie z hierarchicznie nadrzędną normą Konstytucji”¹⁵. Wniosek o niezgodności art. 115 § 10 k.k. z art. 32 ust. 1 Konstytucji wymagałby stwierdzenia, że w analizowanej sytuacji obie grupy sprawców, z punktu widzenia treści tego właśnie przepisu Kodeksu karnego, traktowane są nierówno. Nie można natomiast twierdzić, że o nierównym traktowaniu decyduje norma procesowa wyrażona w art. 443 k.p.k., a sposobu na uniknięcie tego zróżnicowania poszukiwać w zgodnej z art. 32 ust. 1 Konstytucji wykładni art. 115 § 10 k.k. Takie rozwiązanie nasuwa zastrzeżenia natury metodologicznej.

W świetle powyższego nie jest bezdyskusyjne stanowisko SN, że w analizowanych sytuacjach procesowych w ogóle dochodzi do nierównego potraktowania obu sprawców z punktu widzenia przepisu art. 115 § 10 k.k. Można bowiem twierdzić, że tak długo, jak w postępowaniu ponownym obaj sprawcy traktowani są jednakowo, zależnie od przyjętej wykładni definicji legalnej: albo jako młodociani, albo jako niemłodociani, przepis ten nie narusza wynikającego z art. 32 ust. 1 Konstytucji postulatu równości wobec prawa. Jednoznaczne stwierdzenie, czy w omawianym przypadku nierówne traktowanie w ogóle miało miejsce, wymagało precyzyjnego wskazania normy, której stosowanie prowadziło do nieakceptowanych przez SN konsekwencji. Identyfikacja ta była nadto niezbędna do prawidłowego ustalenia, w którym z uregulowań ustawowych poszukiwać należało źródeł dostrzeżonego zróżnicowania. W realiach zaproponowanych układów procesowych, w których do kwestionowanego zróżnicowania przyczyniały się zarówno elementy materialnoprawne (określony sposób rozumienia definicji z art. 115 k.k.), jak i procesowe (zakaz *reformationis in peius*), oznaczało to konieczność podjęcia próby wyizolowania tych czynników, które miały decydujące znaczenie dla

¹³ Por. zdanie odrębne M. Safjana do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2001 r., sygn. SK 10/01.

¹⁴ „Dla oceny zgodności definicji legalnej «młodocianego» z art. 32 Konstytucji nie ma znaczenia, że nierówne potraktowanie podmiotów podobnych ma swe źródło w instytucji prawa procesowego, to jest w zakazie *reformationis in peius*, wynikającym z art. 443 k.p.k.”, s. 16 uzasadnienia uchwały.

¹⁵ S. 15 uzasadnienia uchwały.

zdywersyfikowania konsekwencji prawnych wdrażanych wobec znajdujących się początkowo w identycznej sytuacji sprawców. Jeśli bowiem przyjąć, że przy szerokim rozumieniu definicji z art. 115 § 10 k.k. (to jest zakładającym, że w przepisie tym chodzi także o kolejne merytoryczne orzeczenia, wydawane w pierwszej instancji) w postępowaniu ponownym obaj oskarżeni tracą status młodocianych, a jedynie z uwagi na treść szczególnej instytucji prawa procesowego wobec jednego z nich nie można orzec wyższej kary ani też w żaden inny sposób pogorszyć jego sytuacji prawnej, oznaczałoby to, że obaj sprawcy z punktu widzenia art. 115 § 10 k.k. zostali potraktowani równo. Zróżnicowanie ich sytuacji byłoby natomiast spowodowane działaniem innej instytucji, o procesowej proveniencji, i ewentualne wątpliwości co do zasadności takiego zróżnicowania z punktu widzenia zasady równości kierować by należało do przepisów regulujących ostatnio wspomnianą instytucję.

8. W kontekście wyboru cechy istotnej – takiej, która uzasadniałaby jednakowe potraktowanie porównywanych przez SN podmiotów – w komentowanej uchwale stwierdzono, że odmienne kierunki środków zaskarżenia wniesionych wobec poszczególnych sprawców (w pierwszych dwóch sytuacjach) oraz zaskarżenie wyroku jedynie przez niektórych z nich (w trzecim stanie faktycznym) nie mogą uzasadniać różnego ich potraktowania w płaszczyźnie stosowania art. 115 § 10 k.k. oraz sprzężonych z nim przepisów dotyczących przesłanek i zasad wymiaru kary. Pomijając w tym miejscu wspomnianą już wyżej okoliczność, że zróżnicowanie to ma swoje uzasadnienie w perspektywie instytucji procesowej zawartej w art. 443 k.p.k. (co przyznał również SN), ograniczyć się należy do wskazania tych argumentów i racji, które uzasadniają powyższe stwierdzenie, a odnoszą się jedynie do kodeksowej definicji młodocianego.

Czas trwania procesu karnego oraz zrelatywizowanie możliwości uzyskania przez oskarżonego statusu młodocianego do chwili, w jakiej dochodzi do merytorycznego orzekania, są – z woli ustawodawcy – wpisane w istotę definicji młodocianego. Przepis art. 115 § 10 k.k. wśród czynników decydujących o tym, kiedy sprawcę traktować można jako młodocianego, wprost nawiązuje bowiem do wieku sprawcy w chwili orzekania. W istotę omawianego tu kryterium wpisane jest zatem uzależnienie sytuacji prawnej oskarżonego od elementów od niego niezależnych. O statusie oskarżonego jako młodocianego decydować będą takie elementy jak: czas wykrycia przestępstwa przez organy ścigania, stopień złożoności podmiotowo-przedmiotowej danej sprawy, możliwości organizacyjne organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, zachowanie i postawa pozostałych stron procesowych, ale też (okoliczność zależna od sprawcy) postawa sprawcy od momentu popełnienia czynu, poprzez postępowanie przygotowawcze, aż po sądowe. Wszystkie podane okoliczności mogą w sposób istotny przyczynić się do tego, że sprawca, który w chwili czynu nie ukończył 21. roku życia, nie zostanie osądzony przed ukończeniem 24 lat. Jak widać, nabycie omawianego statusu będzie z reguły uzależnione od czynników całkowicie „zewnątrznych” wobec oskarżonego.

Brak jest jakościowej różnicy pomiędzy zakwestionowanymi przez SN kryteriami, wedle których zróżnicowano sytuację prawną oskarżonych w przedstawionych stanach faktycznych (zaskarżenie wyroku przez stronę przeciwną w procesie), a przytoczonymi przykładowo wyżej okolicznościami, które każdorazowo decydować mogą o kwalifikowaniu sprawcy jako młodocianego. Akcentowanie niedopuszczalności różnicowania

sytuacji sprawców wedle wskazanego przez siebie kryterium i niedostrzeżenie jednocześnie, że takie same rodzajowo kryteria wciąż różnicować będą sytuację wskazanych grup sprawców, czyni poważny wyłom w zupełności omawianego tu argumentu. W powyższej perspektywie rozważenia wymagało, czy kryterium kierunku środka zaradkowego było w ogóle kryterium relewantnym dla wyodrębnienia z klasy sprawców, którzy w chwili czynu nie ukończyli 21 lat, dalszych kategorii podmiotów.

Dostrzec należy, że poprzez stwierdzenie: „z samego faktu toczenia się postępowania, w tym konieczności powtarzania jego etapów, nie mogą wpływać negatywne dla oskarżonego skutki, w tym wypadku wyłączenie przysługującej młodocianemu w czasie pierwszego orzekania merytorycznego podstawy prawnej korzystnego ukształtowania orzeczenia o karze”¹⁶ SN dokonał w istocie oceny zasadności uzależnienia nabycia przez oskarżonego statusu młodocianego od jego wieku w chwili orzekania. Zakwestionował tym samym zasadność – zgodność z art. 32 ust. 1 Konstytucji – drugiego członu definicji zawartej w art. 115 § 10 k.k., i to w zakresie znacznie szerszym niż wskazany w postanowieniu o przekazaniu zagadnienia prawnego do rozstrzygnięcia. Jeśli nawet założyć, że zakwestionowanie konstytucyjności tego elementu definicji było możliwe bez skierowania przez SN pytania prawnego do TK, to z całą pewnością wymagało to należytego rozważenia wszystkich, różnorodnych argumentów, jakie przemawiały za każdym z możliwych sposobów ukształtowania omawianej tu instytucji prawa karnego materialnego. Ocenę tę prowadzić należało przy uwzględnieniu szerokiego kontekstu uwarunkowań kryminalogicznych i prawnych, które legły u podstaw dotychczasowego sposobu ujęcia omawianej instytucji. Rozważania te, a zwłaszcza stanowcza konkluzja o sprzeczności jednej z interpretacji art. 115 § 10 k.k. z art. 32 ust. 1 Konstytucji, nie mogły jednak ograniczać się do analizy jednego tylko aspektu zagadnienia, tym bardziej jeśli analiza ta prowadzona była na podstawie błędnego, bo ściśle formalistycznie rozumianego, wzorca.

9. Za cechę, która różnicuje sytuację sprawców, o których wyżej mowa – to jest tych, którzy „tracą” status młodocianych w postępowaniu ponownym, oraz tych, których z uwagi na wspomniane już różnorakie okoliczności nie udaje się w ogóle (ani razu) osądzić – mógł być także uznany fakt wydania wyroku skazującego. Brak jednoznacznej wypowiedzi SN co do tego, który element sytuacji prawnej poszczególnych grup podmiotów uznaje za kryterium uzasadniające różnorakie ich potraktowanie, nie przyczynia się do przejrzystości stosowanego testu równości. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Sąd Najwyższy nie poświęcił żadnych uwag także i temu, czy i w jakim zakresie wskazane wyżej kryterium uzasadnić mogło jednakowe potraktowanie obu wspomnianych grup sprawców. Nie oceniał, czy wydanie, uchylonego następnie, wyroku może stanowić kryterium relewantne dla zróżnicowania sytuacji prawnej omawianych wyżej klas podmiotów. W świetle wskazanych wyżej poglądów i zapatrywań Trybunału Konstytucyjnego na sposób prowadzenia testu równości należało tymczasem weryfikować, czy kryterium, o którym mowa, mogło być uznane za właściwe i pozostające w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą funkcją instytucji sprawcy młodocianego (kryterium relewantne). Konieczne było nadto sprawdzenie, czy zróżnicowanie porównywanych klas sprawców czynów zabronionych, którzy w chwili czynu nie ukończyli

¹⁶ S. 16 uzasadnienia uchwały, akapit drugi.

21 lat, na takich, których nie zdążono ani razu osądzić przed osiągnięciem wieku 24 lat, oraz na takich, którzy w czasie pierwszego chronologicznie orzekania ukończyli 24 lata, lecz warunku tego nie spełniali już w postępowaniu ponownym, ma charakter proporcjonalny, to jest czy charakter i waga interesów i wartości, którym ma służyć to zróżnicowanie, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego ich potraktowania (kryterium proporcjonalne). Należało wreszcie ustalić, czy wskazane wyżej kryterium różnicujące pozostaje w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami (w tym zwłaszcza konstytucyjnymi), uzasadniającymi odmienne potraktowanie. Rozważań we wskazanym wyżej zakresie komentowana uchwała również nie zawiera, co czyni wadliwą prowadzoną analizę zgodności jednego z wariantów interpretacyjnych art. 115 § 10 k.k. ze wskazanym wzorcem konstytucyjnym.

10. Zaniechanie poczynienia bardziej szczegółowych i wyczerpujących rozważań we wskazanym wyżej zakresie (pkt 9) jest niezrozumiałe także i z tego powodu, że właśnie fakt wydania wyroku jako kryterium różnicujące sytuację prawną sprawców, którzy, pomimo popełnienia czynu przed ukończeniem 21. roku życia, nie zostali uznani za młodocianych, zdawał się kryć zasadniczy – choć niezwerbalizowany – powód przekonania Sądu Najwyższego o wyższości jednego z możliwych wariantów wykładniczych art. 115 § 10 k.k. Z całokształtu prowadzonej argumentacji trudno bowiem nie odnieść wrażenia, że Sąd poszukiwał sposobu na skonstruowanie i uzasadnienie tezy, że utrata statusu młodocianego przez sprawcę, który już raz, i to w wyroku skazującym (choćby nawet następnie uchylonym), został potraktowany jako młodociany, nie jest dopuszczalna. Wątpliwości aksjologiczne wzmagal tu fakt, że owa utrata szczególnego i co do zasady korzystnego dla oskarżonego statusu powodowana jest okolicznościami od sprawcy niezależnymi. Nałożenie się na omawiane tu zagadnienie specyficznej instytucji procesowej skierowało tok argumentacji i rozumowania SN na tory związane z postulatem równego traktowania sprawców w postępowaniu ponownym. Nie zmienia to jednak faktu, że rzeczywiste źródła wątpliwości SN zdają się lokować w zgoła innym miejscu niż w naruszeniu zasady równego traktowania. Uwagę SN skupiało raczej to, czy można konstruować i przekonująco uzasadnić swoiste prawo oskarżonego, który spełnia pierwsze ze wskazanych w art. 115 § 10 k.k. kryteriów uznania go za młodocianego, do tego, by kara została mu wymierzona przed ukończeniem 24. roku życia. Sąd Najwyższy wielokrotnie w komentowanej uchwale wspominał o „utracie” statusu młodocianego w postępowaniu ponownym, zakładając tym samym, że sprawca status taki nabył. Z niesprecyzowanych bliżej powodów, których natury – wobec skierowania argumentacji na inne tory – można się jedynie domyślać, SN dążył do wykazania, że fakt wydania wyroku i potraktowania w nim oskarżonego jako młodocianego winien stabilizować sytuację prawną podsądnego w omawianym tu zakresie. Wyraźne jest zatem nawiązanie do jakiejś postaci formuły ochrony praw nabytych. Wprawdzie także i spojrzenie z tej perspektywy nasuwało wiele niejasności i zastrzeżeń¹⁷, to jednak trafniej identyfikowało istotę pojawiających się wątpliwości.

¹⁷ Zarówno ramy, jak i zasadniczy przedmiot niniejszych uwag pozwalają jedynie zasygnalizować, że argumentacja z wykorzystaniem wspomnianej figury praw nabytych musiałaby wyjaśnić: co miałyby uzasadnić

11. Analizę konsekwencji przyjęcia wąskiego rozumienia definicji z art. 115 § 10 k.k. w każdym z przywołanych układów procesowych SN kończy na stwierdzeniu, że doszło do zróżnicowania sytuacji prawnej sprawców w zakresie wymiaru kary. Jest to – zdaniem Sądu Najwyższego – jednoznaczne z uznaniem, że obu sprawców potraktowano w sposób sprzeczny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Ostatni wniosek jawi się jednak jako przedwczesny, albowiem został sformułowany przy pominięciu istotnych etapów konstytucyjnego „testu równości”. Jak wynika z powołanych wyżej wypowiedzi TK oraz przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego, sens i znaczenie konstytucyjnej zasady równości nie wyczerpuje się w ściśle formalnym jej rozumieniu, to znaczy w nakazie jednakowego traktowania podmiotów podobnych. Nieodłącznym elementem przyjmowanego konsekwentnie sposobu rozumienia zasady równości jest zakaz różnego traktowania podmiotów jednakowych lub podobnych, lecz tylko takiego, które nie znajduje „należytego uzasadnienia”. Nawet stwierdzenie, że klasy podmiotów odznaczające się daną cechą istotną są traktowane odmiennie, nie jest zatem wystarczające do przesądzenia naruszenia konstytucyjnego standardu równego traktowania. Niezbędne jest tu każdorazowo odwołanie się do oceny o merytorycznym charakterze, zmierzającej do ustalenia, czy w świetle istoty i celu danej regulacji prawnej zróżnicowanie sytuacji prawnej grup podmiotów, o których mowa, znajduje uzasadnienie.

12. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego od dawna obecne jest pojęcie „wewnętrznej sprawiedliwości wyroku”. Istota tej wypracowanej w praktyce orzeczniczej sądów jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej Konstytucji zasady orzeczniczej sprowadza się do nakazu uwzględniania proporcji kar orzeczonych wobec kilku oskarżonych w jednej sprawie¹⁸. Normatywnych źródeł tej dyrektywy można obecnie poszukiwać na gruncie mającej konstytucyjne znaczenie zasady równego traktowania jednostek przez organy władzy publicznej.

Nietrudno dostrzec, że postulat „wewnętrznej sprawiedliwości orzeczenia” ma ściśle sytuacyjne uwarunkowania. Służyć może do korekty tych wypływających z zastosowania poszczególnych instytucji prawa karnego konsekwencji, które w konkretnych realiach procesowych nie dają się pogodzić z względami sprawiedliwości i równości. Próba uogólniania opartych na tej zasadzie rozstrzygnięć może jednak okazać się zawodna. Jego silne uwikłanie w kontekst rozpoznawanych przypadków sprawia, że trudno uznać, by wnioski wynikające z jego zastosowania w konkretnym układzie okoliczności faktycznych każdorazowo mogły być w sposób prosty i niewymagający żadnych szerszych rozważań ekstrapolowane na formułowanie zasad i reguł o abstrakcyjnym charakterze. Dokonywana w realiach danego przypadku korekta rozstrzygnięcia sądowego (np. w zakresie orzeczenia o karze) może przecież wypaczać sens i istotę niektórych

swoistą ekspektatywę utrzymania statusu młodocianego, jak pogodzić ją z leżącym u podstaw przeciwnego ujęcia założeniem, że resocjalizacyjny sens modyfikowania przesłanek wymiaru kary odnosi się jedynie do sprawcy podatnego na oddziaływanie wychowawcze, a więc tylko sprawcy na pewnym etapie rozwoju osobowościowego.

¹⁸ E. Skrętowicz, *O tak zwanej wewnętrznej sprawiedliwości wyroku*, „Palestra” 1979, nr 10; P. Rogoziński, *Instytucja ulaskawienia w prawie polskim*, wyd. Oficyna 2009, s. 345.

instytucji prawa karnego materialnego lub procesowego. Próba uogólnienia takich rozwiązań może zatem okazać się nieuzasadniona w kontekście systemowym.

13. Przypomnieć również należy, że w orzecznictwie konstytucyjnym ukształtowała się zasada tzw. powściągliwości sędziowskiej, wedle której kontrolowany przepis może być uznany za niezgodny z Konstytucją tylko wtedy, gdy brak jest możliwości przeprowadzenia jego wykładni w sposób zgodny z konstytucyjnym wzorcem. Podkreślenia wymaga, że komentowana uchwała, pomimo że w pewnym zakresie zawiera właściwą właśnie Trybunałowi Konstytucyjnemu ocenę zgodności przepisu ustawy z wzorcem konstytucyjnym – nie zawiera rozważań w zakresie innych możliwości korekty dostrzeżonej w przytoczonych przykładowo sytuacjach nierówności w traktowaniu poszczególnych oskarżonych. Dotyczy to w szczególności możliwości nadzwyczajnego złagodzenia na innej podstawie (choćby art. 60 § 2 k.k.) oraz zminimalizowania negatywnych skutków, jakie w przedstawionych układach procesowych wynikły z nałożenia się instytucji prawa karnego materialnego i procesowego. Jeśli bowiem nieakceptowane przez SN konsekwencje dałyby się w przedstawionych sytuacjach zminimalizować, stosując inne znane ustawie uregulowania, nieprzekonujące byłoby twierdzenie o konieczności poszukiwania rozwiązania dostrzeżonego problemu w zakwestionowaniu konstytucyjności jednej z interpretacji definicji legalnej z art. 115 § 10 k.k.

14. Sąd Najwyższy winien był nadto uwzględnić, że zasada równości, pomimo że jest podstawą ustroju demokratycznego i stanowi kanon współczesnej refleksji nad praworządnością i prawami człowieka, jest zasadą o dużym potencjale relatywizmu. Jak słusznie zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu, równe traktowanie pod jednym względem (czyli ze względu na jedną cechę) jest jednocześnie nierównym traktowaniem pod innym względem¹⁹. Należało zatem dostrzec i odpowiednio ocenić fakt, że przedstawiając powiększonemu składowi SN zagadnienie prawne, zwykły skład SN zasadą równości wsparł tę spośród możliwych interpretacji art. 115 § 10 k.k.²⁰, którą skład powiększony – z powołaniem na tę samą zasadę konstytucyjną – zakwestionował. Dowodzi to kryjącego się w zasadzie równości potencjału relatywizmu oraz konieczności wieloaspektowej analizy sytuacji prawnej porównywanych podmiotów.

15. Lektura uzasadnienia komentowanej uchwały, w zakresie jej warstwy argumentacyjnej, pozostawia czytelnika z istotnym poczuciem niedosytu. Nie dość, że SN pominął prawie wszystkie, niezwykle przecież istotne, argumenty mogące przemawiać za każdym z możliwych sposobów odczytania definicji z art. 115 § 10 k.k., to jeszcze sposób przeprowadzenia owego – jedyne w gruncie rzeczy – argumentu nasuwa poważne zastrzeżenia. Wspomnianego niedosytu, który legł u podstaw przekonania o potrzebie sformułowania powyższych uwag krytycznych, w żadnym razie nie rekompensują „gwarancyjne” i „prosprawiedliwościowe” ambicje przyjętego rozwiązania.

¹⁹ Por. szerzej: W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 7–8; *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, teza 6 do art. 32.

²⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 28 marca 2012 r., sygn. akt I KZP 2/12, s. 13.

Bartosz Pawlak

GŁOSA DO WYROKU KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ Z 15 LIPCA 2010 R., SYGN. KIO/UZP 1387/10¹

Teza glosowanego wyroku brzmi:

1. Niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

2. Z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności z przepisów ustawy z 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, nie wynika zakaz ani ograniczenie możliwości przewidzenia w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami terminów zapłaty dłuższych niż trzydziestodniowe.

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W ramach przyznanej kompetencji² do organizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiającemu przysługuje uprawnienie do arbitralnego określenia treści przyszłej umowy zawieranej z wykonawcą. W trakcie jego realizacji wielokrotnie dochodzi do sytuacji, w których postanowienia przyszłych umów nie kształtują w sposób harmonijny sytuacji prawnej stron je zawierających. Co oczywiste, odbywa się to na korzyść podmiotu, który miał wpływ na ich sformułowanie – a zatem zamawiającego. Skutkiem takiego stanu są częste spory sądowe powstające na etapie wykonywania przedmiotowych kontraktów. Nierzadko wykonawcy podnoszą argumenty o częściowej nieważności zawartych umów, w zakresie postanowień szczególnie dla nich niekorzystnych.

Sprawa rozstrzygana przez Krajową Izbę Odwoławczą w glosowanym wyroku odnosiła się do etapu przedkontraktowego (w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Wykonawca, jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez

¹ LEX nr 598078.

² Wynika ona wprost z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: p.z.p.

zamawiającego, zakwestionował treść poszczególnych postanowień wzoru przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Zastrzeżono tam między innymi możliwość naliczania kar umownych za zaistnienie zdarzeń niezależnych od wykonawcy, a także przewidziano odległy, bo aż sześćdziesięciodniowy termin płatności wynagrodzenia. Odwołujący podniósł, że przedmiotowe postanowienia przyszłej umowy obarczone są sankcją nieważności. Naliczanie kar umownych we wskazany powyżej sposób naruszało „art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. i art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 5 k.c.”. Zarzut ten oparto na twierdzeniu, że skoro w art. 471 Kodeksu cywilnego³ uzależniono odpowiedzialność kontraktową dłużnika od winy w powstaniu szkody, to rozszerzenie tej odpowiedzialności również na zdarzenia powstałe z przyczyn niezawinionych przez dłużnika jest niedopuszczalne. Kwestionując zaś możliwość zastrzegania odległych terminów zapłaty, odwołujący oparł argumentację na naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych⁴ (w szczególności art. 5 oraz art. 9 tej ustawy).

Skład orzekający KIO – w zakresie braku możliwości naliczania kar umownych z przyczyn niezależnych od wykonawcy – podzielił stanowisko odwołującego. W uzasadnieniu nie przywoływano nowych argumentów potwierdzających tę tezę. Poprzestano na przyznaniu racji odwołującemu się wykonawcy⁵. Odnosząc się do zarzutu niezgodnego z prawem określenia terminu płatności wynagrodzenia, KIO uznała pogląd ten za chybiony. Nie dopatrzone się przeszkód w postaci regulacji normatywnej, która miałaby zabraniać określania odległych terminów płatności.

Wyrok ten, jak wiele orzeczeń KIO, uszedłby zapewne uwagi większości wykonawców i zamawiających. Wobec znacznej liczby postępowań prowadzonych przez ten organ trudno jest na bieżąco śledzić wszystkie zapadające tam rozstrzygnięcia. Głosowany wyrok zaliczyć można do wyjątków. Nie tylko bowiem pierwsza z tez tam zawartych w sposób istotny odbiega od utrwalonego, by nie powiedzieć – bezspornego, poglądu doktryny prawa cywilnego i judykatury. W ostatnim czasie jest on niezwykle często przywoływany przez wykonawców (na etapie składania pytań do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) jako argument do modyfikacji projektu umowy w zakresie zmiany okoliczności uzasadniających naliczanie kar umownych. Ponadto wyrok ten jest powoływany w innych postępowaniach toczących się przed Izłą⁶.

Pogląd wyrażony przez KIO w głosowanym wyroku w zakresie kar umownych zasługuje na zdecydowaną krytykę. Nie tylko dlatego, że nie ma on, w mojej ocenie, poparcia normatywnego, ale przede wszystkim z uwagi na to, iż zaczął – pomimo błędnej tezy – w pewien sposób kształtować praktykę organizowania postępowań

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

⁴ Dz.U. z 2003 r. nr 139, poz. 1323 ze zm.

⁵ W uzasadnieniu głosowanego wyroku wskazano: „(...) w ocenie Izby, potwierdziły się zarzuty dotyczące (...) zastrzeżenia kar umownych niezależnie od okoliczności, za które odpowiada wykonawca (...) Odwołujący wykazał, a Zamawiający przyznał, iż w świetle przepisów kodeksu cywilnego, do których odsyła ustawa p.z.p. niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności”.

⁶ Zob. np. uzasadnienie wyroku KIO z 5 kwietnia 2012 r., KIO 599/12, LEX nr 1148320.

o udzielenie zamówień publicznych. Nieco inaczej należy odnieść się do tezy dotyczącej terminów płatności wynagrodzenia dla wykonawcy. Pogląd ten, pomimo że w tezie drugiej został sformułowany w sposób kategoryczny, może być trafny jedynie w ramach określonego postępowania. Zdecydowanie nie sposób jest tworzyć tu jakiejś uniwersalnej reguły. Wymaga przez to szerszej weryfikacji, niż uczyniła to Izba w głosowanym wyroku.

W niniejszej glosie stanowisko KIO poddane zostanie krytycznej analizie. W pierwszej kolejności należy – choćby w podstawowym zakresie – omówić, na ile w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze swobodą kontraktowania oraz jak daleko może ona sięgać. Przywołane zostaną argumenty dowodzące prawnej możliwości zastrzeżenia w umowie negatywnych skutków dla wykonawcy związanych z niezawinionym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Wreszcie – zostanie omówiona kwestia zastrzeżenia odległych terminów płatności.

2. SWOBODA KONTRAKTOWANIA W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Umowa zawierana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtowana jest zarówno przez Kodeks cywilny (*lex generalis*), jak i ustawę Prawo zamówień publicznych (*lex specialis*). Choć w art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p. uregulowano, że w treści SIWZ powinny znaleźć się istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy, albo wzór umowy – niemalże zasadą w praktyce stało się, że zamawiający opracowuje wzór umowy i załącza go do SIWZ. W konsekwencji to zamawiający w sposób arbitralny określa treść przyszłego kontraktu. Powstaje zatem pytanie, jak dalece zamawiający może posunąć się w kreowaniu sytuacji prawnej stron takiej umowy.

Swoboda kontraktowania nie została sformułowana przez ustawodawcę jako zasada absolutna. Zgodnie z art. 353¹ k.c. treść lub cel zawieranej umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Należy uznać, że ograniczenia ustawowe mogą wynikać także z p.z.p. Na szczególną uwagę zasługuje w tym zakresie art. 7 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Niewątpliwie opracowując wzór umowy, powyższy przepis należy mieć na uwadze.

Przygotowany przez zamawiającego wzór umowy może bądź to zostać zaakceptowany przez wykonawcę, bądź nie. Wyróżam akceptacji postanowień przyszłej umowy jest złożenie oferty w toku postępowania. Normalne jest, że wykonawcy, którzy nie godzą się na jej treść, w ogóle nie składają ofert w postępowaniu. Mogą być oni jednak uprawnieni do kwestionowania zgodności z prawem postanowień projektu umowy (jako elementu składowego SIWZ) w postępowaniu przed KIO. Jeżeli Izba uzna stanowisko odwołującego za słuszne, wówczas nakaże zamawiającemu zmienić

zaskarżone postanowienie w określony sposób. Wreszcie normalne jest, że dokonując kalkulacji ceny, wykonawcy uwzględniają możliwe do poniesienia koszty związane z realizacją ryzykownego kontraktu.

Nie powinna budzić wątpliwości teza, że wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być konsument w rozumieniu art. 22¹ k.c. Wobec niespełnienia warunku podmiotowego⁷ brak jest podstaw do stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulacji wynikającej z art. 385¹–385³ k.c. (z wyjątkiem obowiązującej⁸ także w obrocie niekonsumenckim zasady *in dubio contra proferentem*). Nie powinno bowiem dziwić, że tak długo, jak wykonawca ma możliwość wyboru, czy zawrze umowę o określonej treści, czy nie, dodatkowo w oferowanej cenie może ująć ryzyko związane z niekorzystnymi dla niego postanowieniami przyszłej umowy, tak długo nie ma potrzeby ingerencji w treść przyszłej umowy. Powyższa konkluzja jest istotna dla merytorycznej oceny poglądu wyrażonego w głosowanym wyroku.

3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY Z TYTUŁU NIEZAWINIENEGO NIEWYKONANIA LUB NIENALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że podstawową zasadą odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest zasada winy. Izba w swoich rozważaniach zupełnie pominęła możliwość ponoszenia odpowiedzialności na podstawie innej zasady niż zasada winy. A przecież ustawodawca, poza wyjątkami wynikającymi z ustawy, umożliwił także dokonanie modyfikacji w zakresie ponoszonej odpowiedzialności, na warunkach określonych w art. 473 k.c. W konsekwencji wprost dopuścił sytuację, by strona umowy przyjęła na siebie szerszą odpowiedzialność, niżby to wynikało z art. 471 k.c. Nie ma zatem przeszkód, by odpowiedzialność kontraktową oprzeć na zasadzie ryzyka, czy nawet na zasadzie odpowiedzialności absolutnej. Takie postanowienie umowne nie może być co do zasady kwestionowane i uznawane za nieważne. Oczywiście nie oznacza to, by w konkretnym przypadku dochodzenie odszkodowania na tak określonych warunkach nie mogło zostać uznane za nadużycie prawa podmiotowego. Nie odnosi to jednak skutku w płaszczyźnie ważności lub nieważności regulacji umownej, a w sposobie realizacji uprawnień z niej wynikających. Trudno jest nie odnieść wrażenia, że Izba, wydając głosowany wyrok, nie rozróżniła tych płaszczyzn (choć w tym wypadku trudno jest analizować stanowisko KIO, skoro wyłącznie przyznała rację wykonawcy, nie przedstawiając ponadto żadnych argumentów).

Powyższe uwagi mają wprost odniesienie do kontraktowej regulacji kar umownych⁹. Co prawda w doktrynie¹⁰ dyskusje wywołuje to, czy kara umowna zastrze-

⁷ Por. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 186.

⁸ Zob. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 321–322.

⁹ Por. wyrok SN z 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, OSP 2012, nr 7–8, poz. 76.

¹⁰ Zob. J. Dąbrowa, (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 829; T. Wiśniewski, (w:) G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2009, s. 746;

zona na wypadek zaistnienia zdarzeń niezależnych od dłużnika nie traci swojego charakteru i powinna być oceniana jako klauzula gwarancyjna, to jednak w ramach tej dyskusji nie kwestionowano jak dotąd ważności tych postanowień. Co więcej, nie sądzę, by te kontrowersje w doktrynie mogły być przenoszone na umowę zawieraną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (lub stosowne postanowienia SIWZ na etapie przedkontraktowym). Uznanie, że postanowienie umowne nie jest karą umowną, ale klauzulą gwarancyjną, jest niekorzystne przede wszystkim dla dłużnika (tu: wykonawcy). Skoro wykonawca nie miał wpływu na treść umowy, zamawiający zaś określił ją w taki, a nie inny sposób, nie należy dokonywać oceny badanego postanowienia na niekorzyść dłużnika. Byłoby to sprzeczne zarówno ze wskazywaną już zasadą *in dubio contra proferentem*, jak i zasadą poszanowania woli stron umowy. Powyższe nie ma jednak wpływu na ocenę ważności takiego postanowienia, a jedynie na ocenę jego skutków prawnych. Również wpływu na ważność takiego postanowienia nie ma okoliczność, że umowa z tak określonymi karami umownymi zostaje zawarta na podstawie wzorca umownego¹¹. Jak wskazywano, nie ma w tym zakresie konieczności stosowania przepisów o ochronie konsumentów¹².

Oceniając natomiast możliwość zastrzegania kar umownych pod kątem regulacji p.z.p., nie sposób jest znaleźć sprzeczności pomiędzy tymi postanowieniami a zasadą uczciwej konkurencji albo równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem każdy wykonawca, w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powinien mieć wiedzę i doświadczenie na poziomie niezbędnym do wykonania umowy, niewątpliwie jest w stanie ocenić ryzyko związane z zawarciem umowy o określonej treści. Teza ta wspierana jest ogólnym wymogiem nakładanym na profesjonalistów, by w szerszym zakresie niż inni uczestnicy obrotu przewidywali skutki dokonywanych przez siebie czynności. Należy więc założyć, że wykonawca ujmuje (a właściwie: powinien ująć) to ryzyko w oferowanej cenie. Oczywiście w konsekwencji to zamawiający ponosi negatywne skutki niekorzystnych dla wykonawcy postanowień umownych, płacąc wyższą cenę.

Tym samym nie sposób jest znaleźć takich cech umowy w sprawie zamówienia publicznego, które przesądzałyby za koniecznością odmiennej kwalifikacji *accidentalia negotii* tej umowy w zakresie regulacji odpowiedzialności kontraktowej. Ocena sytuacji prawnej wykonawcy wynikającej z umowy, a także ocena ważności postanowień kształtujących tę sytuację, winna odbywać się z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działań tego podmiotu. Ponadto przed zawarciem umowy ma

K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 887; W. Popiołek, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450–1088*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011; S. Dąbrowski, (w:) H. Ciepła, B. Czech, S. Dąbrowski, T. Domińczyk, H. Pietrzowski, Z. Strus, M. Sychowicz, A. Wypiórkiewicz, *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, t. II, art. 353–1088, Warszawa 2005, s. 231; wyrok SN z 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, LEX nr 50891; wyrok SN z 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 10, s. 573; wyrok SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, LEX nr 137571.

¹¹ Za taką możliwością: K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 887; W. Popiołek, (w:) *Kodeks*, s. 88. Odmienne wypowiedział się SN w wyroku z 9 września 1970 r., I CR 362/70, LEX nr 6787, oraz W.J. Katner, (w:) *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, red. S. Włodyka, Warszawa 2001, s. 280.

¹² Por. wyrok SN z 25 maja 2007 r., I CSK 484/06, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 34.

on możliwość zapoznania się z jej treścią oraz podjęcia decyzji, czy chce złożyć ofertę w postępowaniu. Co więcej, brak jest zupełnie podstaw do tego, by kwestionować jednolite i w zasadzie bezsporne stanowisko doktryny prawa cywilnego, że dopuszczalne jest opieranie zasady odpowiedzialności kontraktowej także na zasadzie ryzyka czy zasadzie odpowiedzialności absolutnej.

Konstatacja ta nie oznacza, że w konkretnych przypadkach niewykonania lub nie należytego wykonania umowy zamawiający będzie mógł skutecznie dochodzić od wykonawcy naliczonej kary umownej. Zawsze bowiem możliwe jest podnoszenie zarzutu nadużycia prawa. Ponadto mogą powstać przesłanki do zmiarkowania takiej kary przez sąd.

4. UMOWNE TERMINY PŁATNOŚCI WYNAGRODZENIA NALEŻNEGO WYKONAWCY

Kategoryczne stwierdzenie KIO, na podstawie zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, że w ogóle brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do uznania, iż zbyt długie terminy płatności wynagrodzenia wykonawcy są niezgodne z prawem, wydaje się zbyt daleko idące. Czym innym jest bowiem ocena konkretnego stanu faktycznego, a czym innym tworzenie na tej podstawie zasad ogólnych.

W stanie faktycznym, który leży u podstaw głosowanego wyroku, odległy termin płatności nie miał szczególnie negatywnych skutków. Skoro płatności były dokonywane w terminie 60 dni, faktury VAT były zaś wystawiane co miesiąc, niewątpliwie wykonawca oczekiwał przez tak długi okres jedynie na wynagrodzenie z pierwszej faktury VAT. Należy jednak zauważyć, że w ramach konkretnego postępowania takie postanowienie może stanowić istotne naruszenie interesów wykonawców. Termin sześćdziesięciodniowy lub dłuższy oznacza, że przed spełnieniem świadczenia wzajemnego od zamawiającego miną dwa okresy płatności pracownikom wykonawcy, nie wspominając już o sytuacjach, gdy umowa była realizowana w ramach podwykonawstwa. Spowodować to może istotne ograniczenie podmiotów, które będą w stanie wziąć udział w takim postępowaniu. Brak bieżących wpływów godzi w płynność finansową wykonawców. Jeżeli zatem tak długie terminy płatności nie będą mogły być uzasadnione w sposób obiektywny, a jednocześnie będą mogły rzeczywiście naruszać słuszny interes wykonawców, wówczas – w mojej ocenie – naruszona zostanie zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 p.z.p. Niemniej jednak prawidłowa ocena może być dokonana *ad casum* i z tego powodu daleki byłbym od formułowania w tym zakresie reguł uniwersalnych, czy nawet zasad, od których można by wprost określić wyjątki (choć z pewnością elementem podlegającym badaniu powinna być realna możliwość ograniczenia wykonawcom dostępu do rynku). Naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogłoby być podnoszone przez odwołującego przed KIO. Co więcej, naruszenie p.z.p. w tym zakresie mogłoby nawet prowadzić do unieważnienia postępowania przez zamawiającego (na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p.) lub skutkować unieważnieniem przez sąd zawartej umowy (na podstawie art. 146 ust. 6 p.z.p.).

5. PODSUMOWANIE

Pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą odnośnie do stosowania kar umownych zasługuje na zdecydowaną krytykę. Uznać należy, że przesadna troska o uczestników stosunków cywilnoprawnych najczęściej obraca się przeciwko pewności obrotu. Nie inaczej dzieje się w tym przypadku. Ustalenie okoliczności, na podstawie których będą naliczane wykonawcy kary umowne, jest niewątpliwym uprawnieniem zamawiającego, wynikającym z art. 7 ust. 1 p.z.p. Tak długo, jak wykonawca ma wybór w zakresie złożenia oferty w postępowaniu, przedmiotowe postanowienia przyszłej umowy nie mogą być uznawane za nieważne. Potwierdza to reguła *volenti non fit iniuria*.

Odnosząc się natomiast do oceny postanowień dotyczących terminów płatności, uznać trzeba, że ich prawidłowa kwalifikacja możliwa jest w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zależności od okoliczności mogą one nawet zostać uznane za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i przez to stać się przedmiotem odwołania wniesionego do Prezesa KIO, a nawet uzasadniać unieważnienie całego postępowania przez zamawiającego lub zawartej umowy przez sąd.

Maciej Rzewuski

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 26 STYCZNIA 2012 R., III CSK 147/11¹

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

Artykuł 203 § 1 k.p.c. nie ma zastosowania do cofnięcia wniosku w postępowaniu nieprocesowym.

Niniejsza teza stanowiła podstawę oddalenia skargi kasacyjnej wniesionej przez wnioskodawczynię i uczestniczkę postępowania od postanowienia Sądu Okręgowego w Kielcach z 20 grudnia 2012 r. Orzeczenie Sądu Najwyższego zostało wydane na podstawie następującego stanu faktycznego.

Postanowieniem z 30 kwietnia 2010 r. Sąd Rejonowy w Kielcach na wniosek Kazimierzy R. ustanowił służebność drogi koniecznej za wynagrodzeniem na rzecz każdego właściciela działki nr 646 położonej w Kielcach. W piśmie z 15 czerwca 2010 r. wnioskodawczyni cofnęła wniosek o ustanowienie przedmiotowej służebności, powołując się na zbyt wysokie wynagrodzenie ustalone przez Sąd za jej ustanowienie. Z tej przyczyny wymieniona wniosła o uchylenie postanowienia Sądu Rejonowego i umorzenie postępowania. Niniejsze wnioski poparła uczestniczka Jadwiga P. Z kolei pozostałe uczestniczki: Krystyna M. i Maria K. nie wyraziły zgody na cofnięcie wniosku przez Kazimierę R. W tym stanie rzeczy Sąd Rejonowy oddalił wniosek o uchylenie swojego postanowienia i umorzenie postępowania z powodu cofnięcia wniosku. Kolejnym orzeczeniem – z 20 grudnia 2010 r. – Sąd Okręgowy w Kielcach oddalił apelację wnioskodawczyni, powołując się na istotne różnice w treści przepisów art. 512 k.p.c. i art. 203 k.p.c. W kasacji skarżący zarzucili rozstrzygnięciu przede wszystkim naruszenie art. 512 k.p.c., polegające na przyjęciu, że przepis ten nie wyposaży uczestnika postępowania o ustanowienie drogi koniecznej w kompetencję zrzeczenia się przysługującego mu uprawnienia do żądania ukształtowania takiego prawa².

Oddalając skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy zważył, że w ramach postępowania nieprocesowego może być stosowany odpowiednio przepis art. 203 § 2 i 3 k.p.c., na-

¹ OSNC 2012, nr 7–8, poz. 96.

² Zob. uzasadnienie głosowanego postanowienia.

tomiast brak jest możliwości stosowania § 1 powołanego przepisu. Powołując się na argumenty z zakresu wykładni językowej i systemowej, uznano, że przepis art. 512 § 1 k.p.c. ma charakter całościowy i wyczerpujący, a w zakresie wymagań dotyczących cofnięcia wniosku jest odpowiednikiem art. 203 § 1 k.p.c. Na zakończenie odwołano się do istoty postępowania nieprocesowego, obejmującej kształtowanie lub ustalanie stosunków między poszczególnymi uczestnikami postępowania, nie zaś ochronę konkretnych roszczeń. W konkluzji Sąd Najwyższy wskazał, że zrzeczenie się roszczenia przez wnioskodawcę cofającego wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego jest wyłączone, a odpowiednie stosowanie przepisu art. 203 § 1 k.p.c. – zabronione³.

Zadaniem glosatora będzie próba polemiki ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym na kanwie opisanego stanu faktycznego.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do analizowanych przez Sądy obu instancji, a także i Sąd Najwyższy, podstaw prawnych zastosowanych *in concreto*. Rozważaniami objęto w zasadzie tylko dwie regulacje prawne, tj. art. 512 § 1 k.p.c. i art. 203 § 1 k.p.c. Zgodnie z tym pierwszym „po rozpoczęciu posiedzenia albo po złożeniu przez któregokolwiek z uczestników oświadczenia na piśmie cofnięcie wniosku jest skuteczne tylko wtedy, gdy inni uczestnicy nie sprzeciwili się temu w terminie wyznaczonym”. Z kolei w myśl przepisu art. 203 § 1 k.p.c. „pозew może być cofnięty bez zezwolenia pozwanego aż do rozpoczęcia rozprawy, a jeżeli z cofnięciem połączone jest zrzeczenie się roszczenia – aż do wydania wyroku”.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego zapatrywania dość stanowczo stwierdził, że przepis art. 512 § 1 k.p.c. ma charakter wyczerpujący względem regulacji z art. 203 § 1 k.p.c. Zdaniem glosatora można mieć jednak pewne zastrzeżenia wobec tak jednoznacznie sformułowanej tezy.

Po pierwsze, należy zastanowić się, czy przepis art. 203 § 1 k.p.c. i kwestia jego korelacji z regulacją art. 512 § 1 k.p.c. w ogóle powinny być badane na gruncie analizowanego stanu faktycznego. Trzeba bowiem podkreślić, że wnioskodawczyni cofnęła wniosek o ustanowienie służebności drogi koniecznej dopiero po wydaniu przez Sąd Rejonowy w Kielcach postanowienia co do istoty sprawy. Orzeczenie merytoryczne wydano przecież w dniu 30 kwietnia 2010 r., z kolei pismo cofające wniosek o ustanowienie przedmiotowej służebności wniesiono do Sądu w dniu 15 czerwca 2010 r. Skoro więc czynność dyspozytywną cofnięcia wniosku podjęto po dacie wydania postanowienia co do istoty sprawy, to wydaje się, że kwestia realizacji wymogów skuteczności takiej czynności procesowej winna być oceniana przez pryzmat regulacji z art. 332 § 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. W świetle powołanego przepisu „(...) w razie cofnięcia pozwu przed uprawomocnieniem się wyroku i przed jego zaskarżeniem z jednoczesnym zrzeczeniem się dochodzonego roszczenia, a za zgodą pozwanego również bez takiego zrzeczenia się, sąd pierwszej instancji uchyli swój wyrok i postępowanie w sprawie umorzy, jeżeli uzna cofnięcie takie za dopuszczalne (...)”. Skoro zatem po wydaniu przez Sąd pierwszej instancji postanowienia o ustanowieniu służebności, lecz przed jego uprawomocnieniem się i zaskarżeniem, wnioskodawczyni zdecydowała się zrezygnować z ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego, cofając przy tym wniosek o wszczęcie postępowania

³ Tamże.

nieprocesowego w tym zakresie, to według glosatora w grę powinien wejść przepis art. 332 § 2 k.p.c., nie zaś regulacja z art. 203 § 1 k.p.c.

Uzasadnione wątpliwości można mieć także co do rygorystycznego stwierdzenia Sądu Najwyższego, jakoby przepis art. 512 § 1 k.p.c. miał charakter całościowy i wyczerpujący względem regulacji z art. 203 § 1 k.p.c.⁴ Trzeba bowiem podkreślić, że w treści art. 512 § 1 k.p.c. ustawodawca milczy na temat kwestii zrzekania się roszczeń (uprawnień). Można zatem postawić dość oczywiste w tej sytuacji pytanie, czy prawodawca milczy świadomie w tej materii, czy też może miał na uwadze odesłanie z art. 13 § 2 k.p.c.

Zdaniem glosatora, przy uwzględnieniu racjonalności polskiego ustawodawcy, bardziej przekonujące jest twierdzenie, że przy redagowaniu przepisu art. 512 § 1 k.p.c. brano pod uwagę treść rzonego odesłania. W przeciwnym razie należałoby wyjaśnić rozbieżności w uprawnieniach wynikających z faktu obowiązywania zasady rozporządzalności, przyznanych stronom w procesie i uczestnikom w postępowaniu nieprocesowym. Bez wątplenia trudno byłoby znaleźć uzasadnienie takiej odmienności. Reguła rozporządzalności obowiązuje zaś bezspornie w obu trybach postępowania cywilnego i w obu tych trybach powinna być realizowana z równym natężeniem. Skoro zatem powód w procesie może samodzielnie cofnąć pozew przy jednoczesnym zrzeczeniu się przysługującego mu roszczenia, to brak jest przekonujących przesłanek, dla których podobnej aktywności miałby zostać pozbawiony wnioskodawca, który zdecydował się zrezygnować z prawa (a nie obowiązku) ustalenia lub ukształtowania jego stosunków prawnych z pozostałymi uczestnikami postępowania nieprocesowego.

Można przyjąć, że gdyby ustawodawca chciał w ramach postępowania nieprocesowego definitywnie wykluczyć możliwość zrzeczenia się przez wnioskodawcę uprawnień realizowanych przed sądem w danej sprawie, to zamieściłby takie wyłączenie wprost w treści art. 512 k.p.c. Skoro zaś brak jest takiego zapisu w rzonej regulacji prawnej, to bardziej przekonująca wydaje się teza o dopuszczalności cofnięcia wniosku przy jednoczesnym zrzeczeniu się uprawnienia dochodzonego przed sądem. W takim przypadku, z oczywistych względów, z uwagi na treść art. 203 § 1 k.p.c. stosowanego odpowiednio, sprzeciw pozostałych uczestników postępowania pozostawałby bez znaczenia dla kwestii skuteczności przedsięwziętej przez wnioskodawcę czynności dyspozytywnej. Oczywiście skuteczność ta wymagałaby jeszcze oceny pod kątem dyspozycji przepisu art. 203 § 4 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Zgodnie bowiem z ugruntowanym w judykaturze i piśmiennictwie stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w postanowieniu z 25 czerwca 1981 r., I PR 94/80: „artykuł 203 § 4 k.p.c. stosuje się na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. odpowiednio do cofnięcia lub ograniczenia wniosku w postępowaniu nieprocesowym, choćby czynności te nie naruszały warunków przewidzianych w art. 512 k.p.c.”⁵.

Pogląd prezentowany przez glosatora wydaje się również korespondować z faktem, że w treści § 2 art. 512 § 1 k.p.c. prawodawca rozwiązał problematykę skuteczności cofania wniosków o wszczęcie postępowania nieprocesowego w sprawach, które sąd może wszczynać *ex officio*. Można więc domniemywać, że w podobny sposób, tj. poprzez wprowadzenie wyraźnego zapisu ustawowego, została uregulowana (doprecyzo-

⁴ Por. P. Telenga, *Komentarz do art. 512 Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex Omega.

⁵ OSNC 1981, nr 12, poz. 247.

wana) kwestia zrzekania się uprawnień dochodzonych przez wnioskodawcę w postępowaniu nieprocesowym, gdyby tylko prawodawca miał zamiar wprowadzenia takiej restrykcyj.

Na zakończenie warto jeszcze odnieść się do poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego na kanwie analizowanej sprawy, jakoby istota postępowania nieprocesowego, obejmująca kształtowanie lub ustalanie stosunków między uczestnikami postępowania, miała przemawiać na rzecz zakazu zrzeczenia się roszczenia przez wnioskodawcę cofającego wniosek o wszczęcie takiego postępowania. Pogląd ten nie przekonuje. Bez wątplenia z podobną istotą spraw mamy przecież do czynienia także w procesie cywilnym, a konkretnie w sprawach, w których przedmiot sporu stanowią powództwa o ustalenie prawa lub stosunku prawnego oraz w sprawach o ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego. Mimo to prawodawca w treści art. 203 § 1 k.p.c. wyposażył powoda w uprawnienie zrzeczenia się przysługującego mu roszczenia. Zdaniem glosatora na podstawie powołanej regulacji oraz art. 332 § 2 k.p.c., do których odsyła przepis art. 13 § 2 k.p.c., tożsame uprawnienie winno przysługiwać wnioskodawcy na gruncie postępowania nieprocesowego.

W tym stanie rzeczy glosator nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy na kanwie sprawy III CSK 147/11.

Prawo za granicą

Marcin Łolik

KONSTITUCYJNE ASPEKTY PRAWA KONTRAKTÓW NA PRZYKŁADZIE WYBRANYCH EUROPEJSKICH SYSTEMÓW PRAWNYCH (cz. 1)

Historyczne uwarunkowania związane z rozróżnieniem pomiędzy prawem publicznym i prywatnym powodowały, że powszechnie postrzegano prawo kontraktów jako niezależny od prawa konstytucyjnego systemem regulacji. Ów pogląd jest jednak ostatnio coraz częściej krytykowany ze względu na tendencję występującą w niektórych systemach, a określaną mianem tzw. konstytucjonalizacji prawa cywilnego, a w jej ramach również prawa kontraktów.

Podstawą powyższego poglądu jest założenie, że prawo kontraktów nie jest autonomiczną gałęzią prawa, ale podlega wartościom konstytucyjnym przewidzianym w ustawie zasadniczej. Pogląd ten zakłada ponadto, że rola prawa konstytucyjnego, które pierwotnie było postrzegane jedynie jako instrument ochrony obywateli przed władzą państwa, ulega dzisiaj coraz większemu wzmocnieniu w relacjach *stricte* prywatnoprawnych¹.

1. WPROWADZENIE

Niniejszy artykuł jest próbą odpowiedzi na pytanie, jakie konsekwencje tzw. „konstytucjonalizacja” prawa cywilnego pociąga za sobą dla prawa kontraktów w wybranych europejskich systemach prawnych, oraz rozważenia w sposób krytyczny celowości takiej ewolucji. Głównym pytaniem w ramach niniejszego artykułu jest to, czy poprzez zastosowanie norm konstytucyjnych można wprowadzić jakieś nowe standardy do prawa kontraktów (np. poszerzenie wzajemnych obowiązków informacyjnych pomiędzy

¹ Por. na ten temat również M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, KPP 2009, z. 2.

stronami)². Ze względu na pogładowy charakter niniejszego artykułu nie będę w jego ramach podnosił natomiast kwestii prawa polskiego.

Do niedawna zakresy stosowania prawa konstytucyjnego i prawa kontraktów uważano za bardzo odległe od siebie, przede wszystkim ze względu na zakres rozróżnienia prawa prywatnego i publicznego. Ostatnio jednakże owe zakresy zaczęły się do siebie zbliżać, a w niektórych miejscach nawet przecinać i uzupełniać. Rola norm konstytucyjnych, które zostały stworzone jako instrument ochrony indywidualnej przeciwko władzy państwa, nie jest już wyłącznie ograniczona do tego rodzaju relacji. Czysto prywatne stosunki cywilnoprawne tracą powoli swoją niezależność w stosunku do norm konstytucyjnych. Zjawisko konstytucjonalizacji prawa umów jest pochodną głębszego zjawiska, jakim jest konstytucjonalizacja prawa prywatnego – problem, który najszerszej został chyba dotychczas przeanalizowany na gruncie prawa niemieckiego³.

W celu dokładnej analizy zarysowanego problemu należy przede wszystkim zdefiniować pojęcie konstytucjonalizacji i zastanowić się, czy faktycznie jest to jakieś nowe, dotychczas nieznanne zjawisko, wprowadzające nowe wartości do prawa prywatnego, czy też dotychczasowy system prawa prywatnego może równie dobrze wypełniać tę samą rolę. Ten artykuł ma służyć przybliżeniu owej instytucji i odpowiedzi na pytanie o jej zakres oraz użyteczność. Zagadnienie to zostanie omówione na przykładzie trzech fundamentalnych dla tej tematyki orzeczeń zapadłych w latach 90. poprzedniego stulecia na gruncie trzech różnych systemów prawnych: chodzi o słynną niemiecką sprawę *Bürgschaft* z jednej strony oraz angielską sprawę *O'Brien* oraz holenderską *Van Lanschot Bankiers przeciwko Bink* z drugiej strony.

2. ZARYS PROBLEMU – RÓWNOLEGŁE TENDENCJE

19 października 1993 r. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) wydał ciekawy wyrok w tzw. sprawie *Bürgschaft*⁴. W przedmiotowej sprawie niemiecki bank zaoferował przedsiębiorcy pożyczkę w wysokości 100 000 DM, pod warunkiem że poręczycielem owej pożyczki będzie córka owego przedsiębiorcy. Przed podpisaniem umowy pożyczki pracownik banku poinformował córkę, że podpisanie umowy poręczenia: „nie spowoduje po pani stronie żadnych obowiązków, a jest mi jedynie potrzebne do dokumentacji”. W chwili podpisywania umowy poręczenia kobieta miała niespełna 21 lat, była osobą bez wyższego wykształcenia, bezrobotną, bez

² Oczywiście należy pominąć tu szczegółowe regulacje wprowadzające szczególną ochronę konsumenta, jak chociażby ustawa o kredycie konsumenckim, albowiem w ramach tego artykułu chodzi o rozważenie ogólnych oraz uniwersalnych zasad prawa cywilnego w powiązaniu z prawem konstytucyjnym.

³ Należy jednak podkreślić, że zagadnienie to zostało również zauważone na gruncie innych systemów prawnych – np. holenderski przedstawiciel doktryny M. B. W. Biesheuvel, *Fundamentele rechten in burgerlijke zaken*, 70 „Nederlandsch juristenblad” 22 (1995), s. 822, wyraża swoje dość sceptyczne podejście do tej tematyki i pisze o tym zjawisku w następujących słowach „(...) jeżeli mówimy o horyzontalnym stosowaniu norm konstytucyjnych z punktu widzenia prawa publicznego, to zazwyczaj są one opisywane na takim poziomie abstrakcyjności, że prawnicy zajmujący się prawem prywatnym najczęściej rezygnują ze ścisłej realizacji owych praw. Jeżeli podejmą się już ich realizacji, to zazwyczaj zasadnicze aspekty tej instytucji zostają niestety pominięte”.

⁴ BVerfG z 19 października 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*), „die Bürgschaft” z niemieckiego poręczenie.

własnego majątku. Cztery lata później okazało się, że przedsiębiorca popadł w problemy finansowe, a bank zażądał od przedsiębiorcy, a następnie od jego córki, spłaty całej pożyczki wraz z odsetkami – łącznie ponad 160 000 DM.

W chwili rozpatrywania powyższej sprawy córka była samotną matką bez żadnych dochodów. W poszczególnych instancjach zapadały odmienne rozstrzygnięcia. Mimo że Sąd Krajowy (*Landesgericht*) orzekł, iż umowa poręczenia była ważna, i nakazał córcę spłacić pożyczkę za ojca, to po rozpatrzeniu apelacji Wyższy Sąd Krajowy (*Oberlandesgericht*) stwierdził, że pracownik banku naruszył obowiązek właściwego poinformowania poręczyciela o jego obowiązkach, a w konsekwencji podważył skuteczność rozszczeń wynikających z owej umowy. Wyrok ten został następnie uchylony przez Trybunał Federalny (*Bundesgerichtshof*), który nie akceptując takiego rozumowania, przyjął, że każda osoba, będąc w takim wieku jak poręczycielka, powinna była wiedzieć, z jakim ryzykiem wiąże się poręczenie za cudzy dług.

Córka przedsiębiorcy odwołała się do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że *Bundesgerichtshof*, poprzez swoją decyzję, naruszyły jej prawo do godności przewidziane w art. 1 ust. 1 niemieckiej konstytucji⁵, jak również prawo do autonomii stron (art. 2 ust. 1) w kontekście zasady państwa socjalnego (art. 20 ust. 1 oraz art. 28 ust. 1 niemieckiej ustawy zasadniczej). Zgodnie z wyrokiem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, w przypadku gdy ma miejsce strukturalna nierównowaga pomiędzy stronami umowy, która jest wyjątkowo dotkliwa dla jednej ze stron, sądy są zobowiązane do interweniowania na podstawie klauzul generalnych, takich jak § 138 ust. 1 i § 242 BGB⁶ – dotyczących dobrych obyczajów i dobrej wiary. Konstrukcja ta oparta jest na obowiązku ochrony prawa do autonomii woli stron w związku z zasadą państwa socjalnego. Trybunał uznał w tej konkretnej sprawie, że istniała kontraktowa nierównowaga, albowiem bank zaniedbał spoczywający na nim obowiązek poinformowania poręczyciela o ryzyku związanym z zawarciem umowy poręczenia, szczególnie iż ryzyko to było relatywnie wysokie w porównaniu z dochodami uzyskiwanymi przez poręczyciela.

Powyższy przypadek jest jednym z najbardziej znanych przykładów wpływu prawa konstytucyjnego na prawo prywatne i jest powszechnie uznawany za mogący wywołać znaczące konsekwencje w zakresie prawa prywatnego. Mniej znane, chociaż też należące do kręgu tzw. spraw „poręczeniowych”, są zaprezentowane poniżej wyroki, w których osiągnięto podobny rezultat, chociaż przy użyciu innej argumentacji.

W pierwszym przypadku rozstrzyganym na podstawie prawa angielskiego (w sprawie *Barclays Bank plc przeciwko O'Brien*)⁷ chodziło o sytuację, w której żona zgodziła się obciążyć dom należący wspólnie do małżonków w celu zabezpieczenia zobowiązań związanych z działalnością gospodarczą prowadzoną przez jej męża. Jak się później okazało, mąż (dłużnik) wprowadził swoją żonę (poręczyciela) w błąd, jakoby obciążenie domu następowało tylko do określonej kwoty, w sytuacji kiedy faktycznie nie było takiego ograniczenia. Izba Lordów zapobiegła przeprowadzeniu przez bank egzekucji z owej nieruchomości, argumentując, że bank zdawał sobie sprawę, iż dłużnik i poręczyciel byli

⁵ Niemiecka ustawa zasadnicza z 23 maja 1949 r.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny).

⁷ [1994] 1 AC 180.

w tego rodzaju relacji, w której wprowadzenie w błąd, podstęp lub wymuszenie takiego poręczenia mogło być wysoce prawdopodobne, a także wiedział, że owa transakcja nie miała na celu przysporzenia korzyści poręczycielowi. Izba Lordów przyjęła w sposób dorozumiany, że jeżeli w tych okolicznościach bank nie upewnił się, iż żonie przedstawione zostały wszelkie praktyczne skutki planowanej transakcji, należy przyjąć, że wiedział on o naruszeniach, których dopuścił się mąż. W takiej sytuacji niedopatrzanie banku w postaci braku zasugerowania żonie, aby ta zasięgnęła niezależnej porady prawnej, skutkowało odmówieniem prawa do egzekucji z nieruchomości.

W Holandii zapadło orzeczenie dotyczące podobnego stanu faktycznego – sprawa *Van Lanschot Bankiers przeciwko Bink*⁸. W tym przypadku holenderski Sąd Najwyższy (*Hoge Raad*) musiał uporać się z sytuacją, gdy matka poręczyła za kredyt syna prowadzącego działalność gospodarczą, co było warunkiem udzielenia mu owego kredytu. W tym przypadku Sąd Najwyższy orzekł, że bank jako profesjonalista był zobowiązany do poinformowania słabszej strony (w tym przypadku poręczyciela) o ryzyku związanym z udzieleniem poręczenia.

W przypadku orzeczeń sądów holenderskiego i angielskiego obowiązek poinformowania słabszej strony transakcji o ryzyku wyinterpretowano nie tylko z norm konstytucyjnych, ale również – a może przede wszystkim – z norm prawa prywatnego. Na marginesie można jedynie zauważyć, że jeden z niemieckich sądów niższej instancji przyjął podobny tok rozumowania.

Trzy przedstawione powyżej orzeczenia ilustrują dwa nurty występujące w tego typu sprawach w różnych europejskich systemach prawnych. Z jednej strony jest to tendencja do wzrostu znaczenia norm konstytucyjnych na gruncie prawa prywatnego⁹, czego ilustracją jest przypadek niemiecki – takie właśnie zjawisko określa się mianem konstytucjonalizacji prawa prywatnego. Ideą przyświecającą owej konstrukcji prawnej jest to, ażeby prawo kontraktów nie stanowiło zamkniętego systemu regulacji, a było podporządkowane konstytucyjnemu systemowi wartości. Wskutek tego trendu podział na prawo prywatne i prawo publiczne ulega stopniowemu zatarciu w porównaniu z pierwotnym podejściem do owego zagadnienia.

Z drugiej strony na bazie orzeczeń sądów holenderskiego oraz angielskiego możemy mówić w ramach samego prawa prywatnego o jego pewnej tendencji do „socializacji”, a tym samym do udzielania szerszej ochrony słabszej stronie umowy na podstawie norm przewidzianych już na gruncie prawa prywatnego¹⁰. Ideą tej tendencji jest to, że strony w ramach łączącego je stosunku prawnego nie powinny koncentrować się jedynie na

⁸ *Hoge Raad* (sąd najwyższy) w wyroku z dnia 1 czerwca 1990 r., NJ 1991, 759.

⁹ Wielu autorów spekuluje nad dalszym rozwojem owego trendu, por. przykładowo C. Starck, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court* oraz A. Heldrich i G. M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clause*, (w:) D. Friedmann, D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing 2001, s. 97 oraz 113; H. Beale, N. Pittam, *The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law* oraz R. Ellger, *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*, (w:) D. Friedmann, D. Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford, Hart Publishing 2001, s. 131 oraz 161.

¹⁰ Kilku autorów podkreśla ten trend: W. Zöllner, *Die Politische Rolle des Privatrechts*, „Juristische Schulung” 5 (1988), s. 329; w szerszym ujęciu można tutaj wspomnieć o P. S. Atiah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press 1979; J. Beatson, D. Friedmann, *Introduction: From „Classical” to Modern Contract Law*, (w:) J. Beatson, D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press 1995, s. 3.

własnych interesach, ale również szanować słuszne interesy drugiej strony. Innymi słowy, strona danego stosunku obligacyjnego jest nie tylko odpowiedzialna za siebie, ale także za minimalną ochronę drugiej strony. W tym kontekście niektórzy autorzy mówią o odchodzeniu od zasad liberalizmu kontraktowego. Głównym przejawem owej tendencji jest rozwój różnych obowiązków dotyczących informowania konsumentów nie tylko o ich prawach wynikających z konkretnej umowy, ale również w ogólności o prawie umów. Owe obowiązki konstruowane są na podstawie zasady nakazującej działanie w dobrej wierze. Taka postawa wobec drugiej z umawiających się stron byłaby nie do pomyślenia w XIX w., gdy obowiązująca doktryna leseferyzmu hołdowała zasadzie nieograniczonego polegania na samym sobie oraz ochrony własnych interesów.

Nie ulega wątpliwości, że powyższe dwie tendencje mają za cel zwiększenie poziomu ochrony słabszej strony stosunku obligacyjnego. Nie jest jednak do końca jasne, jaki jest stosunek tych dwóch tendencji względem siebie. Większość przedstawicieli doktryny traktuje owe dwie tendencje jako oddzielne zjawiska. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest to, że dzisiaj nie jest do końca jasne, jakie praktyczne korzyści płyną z konstytucjonalizacji prawa kontraktów w odniesieniu do ochrony słabszej strony stosunku obligacyjnego – w porównaniu z koncepcjami, które już istnieją oraz są dobrze zakorzenione na gruncie prawa kontraktów.

W konsekwencji należy zadać sobie pytanie, o co właściwie chodzi w konstytucjonalizacji prawa kontraktów – czy jest to może przekształcenie instytucji typowych dla prawa kontraktów w instytucje charakterystyczne dla prawa konstytucyjnego, czy też może są to jeszcze bardziej zasadnicze zmiany? Innymi słowy, czy koncepcje prawa kontraktów są zastępowane przez koncepcje prawa konstytucyjnego mające to samo znaczenie, i w konsekwencji nie dochodzi do żadnej znaczącej zmiany aksjologicznej, czy też może istnieją pewne wartości konstytucyjne, które nie znajdują w chwili obecnej odpowiedników w prawie kontraktów i tym samym powinny znaleźć odzwierciedlenie w prawie kontraktów, ażeby zagwarantować ochronę słabszej strony?

Na tle powyższego należy wrócić do przedstawionych powyższej trzech orzeczeń i jeszcze raz uważnie się im przyjrzeć w kontekście uzasadnienia ich przyjęcia na gruncie trzech odmiennych systemów prawnych.

3. MODEL ODDOLNY – PRZYPADEK ANGIELSKI ORAZ HOLENDERSKI

Jak wspomniano powyżej, angielska Izba Lordów i holenderski Sąd Najwyższy w dwóch orzeczeniach bazujących na stanie faktycznym zbliżonym do niemieckiej sprawy *Bürgschaft*, pomimo przyjęcia zupełnie innego toku rozumowania, uzyskały podobny rezultat jak w sprawie niemieckiej, tj. zwiększenie ochrony słabszej strony stosunku obligacyjnego.

Izba Lordów w przypadku sprawy *O'Brien*, podobnie jak niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, rozważała kwestię właściwej równowagi między przeciwnymi interesami obu stron. Można to wyraźnie zauważyć w konstrukcji instytucji *consideration*¹¹ podniesionej przez Lorda Browne-Wilkinsona, według którego: „(...) chociaż

¹¹ Świadczenie wzajemne – należy jednak zauważyć, że kontynentalna instytucja świadczenia wzajemne-

pojęcie nieświadomej żony pozostawiającej wszystkie decyzje finansowe mężowi jest przestarzałe, praktyka wciąż jednak nie pokrywa się z idealnymi rozwiązaniami (...) W znacznej części małżeństw wciąż jeszcze to mąż ma doświadczenie w prowadzeniu interesów, a żona jest skłonna do postępowania zgodnie z jego wskazówkami, praktycznie bezkrytycznie oraz bez żadnego wpływu na decyzje finansowe. Liczba przypadków w tym zakresie pokazuje, że wiele żon jest nadal narażonych na niewłaściwy wpływ w tym zakresie ze strony swoich mężów. W takiej sytuacji – tj. kiedy małżonek nadużywa pokładanego w nim zaufania, żony mają prawo do należytej ochrony prawnej¹².

W tym samym jednak orzeczeniu Lord Browne-Wilkinson podkreślił znaczenie utrzymania poczucia równowagi pomiędzy często sprzecznymi interesami obu stron: „Łatwo jest podzielić sympatię wobec żony, która jest zagrożona utratą domu w sporze z bogatym bankiem, który działa w celu ochrony niesprecyzowanego interesu publicznego (...) Jeśli ochrona zagwarantowana w takiej sytuacji przez prawo żonie wyrażającej zgodę na obciążenie wspólnej nieruchomości na zabezpieczenie długu będzie prowadziła do odmowy możliwości przeprowadzenia egzekucji z tej nieruchomości, to wówczas instytucje finansowe nie będą chciały akceptować w przyszłości takiego zabezpieczenia, zmniejszając tym samym przepływ kapitału do przedsiębiorstw. Dlatego istotne jest, ażeby prawo, zapewniając z jednej strony ochronę np. domu należącego do wspólności małżeńskiej, z drugiej strony nie powodowało wykluczenia go jako przedmiotu zabezpieczenia dla instytucji finansowych¹³.

Na bazie powyższych rozważań Lord Browne-Wilkinson ustalił następujące zasady postępowania w sytuacji, gdy jeden z małżonków poręcza za długi współmałżonka, a dodatkowo wierzyciel ma świadomość, że są oni małżonkami:

1) poręczenie będzie ważne, chyba że jego udzielenie wynikało z groźby, podstępny, wprowadzenia w błąd lub innego niewłaściwego zachowania dłużnika, który pozostaje we wspólnym pożyciu z poręczycielem;

2) jeśli miało miejsce niewłaściwe zachowanie dłużnika, np. wprowadzenie w błąd, to dopóki wierzyciel nie podjął odpowiednich działań w celu upewnienia się, czy poręczyciel udzielił poręczenia dobrowolnie i na podstawie odpowiedniego rozeznania stanu faktycznego, egzekucja roszczenia przez wierzyciela może być nieskuteczna;

3) tak długo, jak nie istnieją inne wyjątkowe okoliczności, roszczenie będzie egzekwowalne, o ile wierzyciel ostrzegł na osobności (bez obecności dłużnika) poręczyciela o wysokości jego potencjalnej odpowiedzialności i ryzyku z tym związanym, jak również jeżeli doradził poręczycielowi, że powinien on zasięgnąć w tym zakresie profesjonalnej porady prawnej.

Znaczenie powyższego orzeczenia Izby Lordów sprowadza się do tego, że jest ono *per se* podstawą do ustanowienia nowego ogólnego obowiązku udzielania wyczerpującej informacji dłużnikowi, co było dotychczas w gruncie rzeczy sprzeczne z podstawowymi wytycznymi prawa angielskiego ustanowionymi we wcześniejszej sprawie

go nie do końca odpowiada angielskiej instytucji *consideration*, niemniej jednak jest chyba do niej najbardziej zbliżona.

¹² [1994] 1 AC 180, s. 188.

¹³ Tłumaczenie własne autora, [1994] 1 AC 180, s. 188.

*Smith v. Hughes*¹⁴. Zgodnie z ową zasadą: „(...) nawet wtedy, gdy sprzedawca wiedział, że nabywca myśli, iż artykuł posiada określoną jakość, a nie zawarłby umowy, gdyby sądził, że jest inaczej, kupujący nadal jest związany daną umową, chyba że sprzedawca oszukał kupującego lub użył podstępu i nie wyprowadził kupującego z owego mylnego wrażenia; niezależnie od tego, jaki będzie tego osąd moralny, nie istnieje prawny obowiązek, aby sprzedawca informował nabywcę, że jest on w błędzie niewywołanym przez działanie sprzedawcy”¹⁵.

Rozwój owej nowej zasady w prawie angielskim pokazuje jego elastyczność, zdolność do reagowania na nowe sytuacje i dążenie do zachowania równowagi pomiędzy z jednej strony wrażliwością społeczną na słabszą stronę, a z drugiej – z uwzględnieniem praktycznych problemów instytucji finansowych zawierających umowy poręczenia. W tym przypadku można mówić o oddolnym podejściu, czyli podejściu, gdy orzeczenie w konkretnym przypadku zostało wydane na podstawie norm prawa prywatnego, bez uciekania się do zasad wyższego rzędu (np. konstytucyjnych).

Ponadto w przytaczanym wyroku angielskiej Izby Lordów Lord Browne-Wilkinson ustalił zasady, które mogą być pomocne dla banków – a mianowicie określił, jakie kroki powinny one podjąć, aby poręczenie mogło być w określonych sytuacjach egzekwowalne¹⁶. Jest niejasne, w jakim zakresie normy konstytucyjne, które były przywołane w sprawie *Bürgschaft*, mogłyby być przydatne w celu zapewnienia co najmniej podobnego skutku, jak w dwóch opisanych tu sprawach. Nawet w przypadku kiedy równolegle stosuje się kilka norm konstytucyjnych, zawsze ostatecznie sięga się do bardziej szczegółowych norm prawa prywatnego. Powodem tego jest fakt, że normy prawa prywatnego zapewniają wdrożenie tych samych wartości porządku prawnego, które zostały ustanowione na poziomie konstytucyjnym. Jedyna różnica polega na tym, że w prawie prywatnym wartości te zostały wdrożone w relacji horyzontalnej, czyli relacji między podmiotami prywatnymi, a nie w relacjach wertykalnych, w których jedną ze stron jest państwo. Z tego też powodu normy prawa prywatnego są bardziej odpowiednie do stosowania w stosunkach umownych.

Oddolne podejście do ochrony słabszej strony ilustruje również sprawa *Van Lanschot Bankiers przeciwko Bink*¹⁷, w której holenderski Sąd Najwyższy uznał, że bank jako profesjonalny kredytodawca jest zobowiązany do poinformowania konsumenta, który

¹⁴ *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597, s. 603. Por. J. Cartwright, *Taking Stock of O'Brien*, 7 „Restitution Law Review” (1999), No. 1, s. 17–18.

¹⁵ *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597, s. 607.

¹⁶ Należy podkreślić, że zastosowanie zasady wypracowanej w sprawie *O'Brien* spowodowało pewne problemy, które zostały zaakcentowane przez Izbę Lordów w sprawie *Royal Bank of Scotland przeciwko Etridge* (nr 2) [2001] 4 ALL ER 449. W tym przypadku Izba Lordów dążyła do określenia bardziej wyraźnych wytycznych dotyczących stosowania owej doktryny. W szczególności uznała ona, że banki powinny dokładnie zwracać uwagę na sytuacje, kiedy stosunki między poręczycielem a dłużnikiem mają charakter niekomercyjny. Wierzyciel musi zawsze podejmować stosowne kroki, aby zmniejszyć ryzyko, które ponosi poręczyciel. Od banku nie wymaga się jednak, ażeby wykonywał te obowiązki poprzez osobiste spotkanie z żoną, pod warunkiem że istnieje inna możliwość zagwarantowania takiego samego skutku. Zazwyczaj będzie wystarczające, jeżeli bank będzie polegał na potwierdzeniu od doradcy prawnego żony, że uprzedził on ją o wszelkich prawnych konsekwencjach jej czynu. W ten sposób ciężar właściwego poinformowania zostaje przeniesiony na doradcę prawnego.

¹⁷ *Hoge Raad* (sąd najwyższy) w wyroku z 1 czerwca 1990 r., NJ 1991, 759.

pragnie udzielić poręczenia z powodu jego osobistych relacji z dłużnikiem, o ryzyku, jakie wiąże się z owym poręczeniem. Pytanie, które pojawia się w tym względzie, sprowadza się do tego, jak daleko jest posunięty ten obowiązek informacyjny oraz czy w jego ramach bank może ograniczyć się do ogólnego wyjaśnienia odpowiedzialności poręczyciela, czy też dodatkowo powinien on weryfikować pewność przedsięwzięcia, na które udziela pożyczki, a tym samym oceniać ryzyko możliwości pociągnięcia poręczyciela do odpowiedzialności¹⁸. Wydaje się, że uciekanie się do praw konstytucyjnych, które chronią interesy zarówno mocniejszej, jak i słabszej strony, nie daje wyraźnej pomocy w próbie sformułowania odpowiedzi na te pytania.

¹⁸ Por. *Hoge Raad* z 1 czerwca 1990, NJ 1991, 759.

Najnowsze orzecznictwo

Zbigniew Strus

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z ZAKRESU PRAWA I POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

I. PRAWO MATERIALNE

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODY WYRZĄDZONE W RAMACH NADZORU BUDOWLANEGO

W wyroku z 9 stycznia 2013 r., III CSK 89/12, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „**odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek niezgodnego z prawem wykonywania władzy publicznej przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego ponosi Skarb Państwa**”.

Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej według art. 417 § 1 k.c. ponosi Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna. Zadania nadzoru budowlanego stosownie do art. 80 ust. 2 Prawa budowlanego wykonują: powiatowy inspektor tego nadzoru, wojewoda przez odpowiedni organ zespolonej administracji i Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego. Odpowiedź na pytanie, czy za szkodę wyrządzoną przez powiatowego inspektora odpowiedzialność spada na Skarb Państwa, czy na powiat, jako jednostkę samorządu terytorialnego, wymaga wpierv rozstrzygnięcia, czy powiatowy inspektor nadzoru budowlanego, powoływany przez starostę, jest organem powiatu.

Tryb powoływania inspektora przez starostę i sposób wykonywania funkcji przy pomocy powiatowego inspektoratu mógłby uzasadniać odpowiedź twierdzącą, jednak jego kompetencje wynikające wprost z ustawy oraz podległość wojewodzie – wynikające z przepisów Rozdziału 8 Prawa budowlanego – nakazują uznać, że inspektor nie jest organem powiatu w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 6 Kodeksu postępowania administracyjnego, dlatego wykonywanie przez ten organ władzy publicznej obciąża Skarb Państwa, a nie powiat, jako jednostkę samorządu.

BŁĄD CO DO TREŚCI CZYNNOŚCI PRAWNEJ

„Nie jest błędem istotnym w rozumieniu art 84 k.c. niezajomość faktu obciążenia nieruchomości hipoteką przymusową, pozostająca w związku przyczynowym z niezapoznaniem się przez nabywcę z aktualną treścią księgi wieczystej kupowanej nieruchomości”.

Zapatrywanie to wyraził Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. IV CSK 204/12, zakończony wyrokiem z 13 grudnia 2012 r.

Należy się zgodzić z rozstrzygnięciem skargi kasacyjnej. Z przedstawionych okoliczności wynika, że nabywca nie zapoznał się z aktualnym stanem wpisu w dziale IV księgi wieczystej i w chwili składania oświadczenia woli w przedmiocie kupna nieruchomości mógł nie wiedzieć o obciążeniu. Rozstrzygnięcia w sprawie nie opierały się jednak na „istotności” błędu zdefiniowanego w art. 84 § 2 k.c. Zaniechanie zbadania stanu aktualnych wpisów w księdze wieczystej, spowodowane lekkomyślnością lub niedbalstwem, nie uzasadnia uchylenia się od skutków oświadczenia woli kupującego, ponieważ nie spełnia wymagania zawartego w art. 84 § 1 k.c., aby błąd został wywołany przez osobę, której zostało złożone oświadczenie woli (*scilicet*: przez sprzedającego).

WYSOKOŚĆ SZKODY WYRZĄDZONEJ DECYZJĄ ADMINISTRACYJNĄ

Wyrok Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2013 r., w sprawie o sygn. akt I CSK 404/11, oddalający skargę kasacyjną Skarbu Państwa Wojewody Mazowieckiego, budzi szersze zainteresowanie ze względu na dość rzadko spotykany skład siedmiu sędziów przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej oraz przedmiot rozstrzygnięcia.

Wyznaczenie sprawy do rozpoznania przez skład powiększony było konsekwencją przedstawienia przez skład trzyosobowy Sądu Najwyższego zagadnienia prawnego ujawnionego w sprawie przejętej przez skład siedmiu sędziów w celu rozpoznania skargi kasacyjnej. Zagadnienie zostało sformułowane w postaci pytania: „Czy może mieć wpływ na wysokość odszkodowania, przysługującego w związku z wydaniem z rażącym naruszeniem prawa decyzji o odmowie przyznania prawa własności czasowej gruntu (art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy, Dz.U. nr 50, poz. 279 ze zm.), okoliczność, że grunt ten w wypadku przyznania prawa własności czasowej podlegałby wywłaszczeniu na cele zorganizowanego budownictwa mieszkaniowego?”

Oddalenie skargi kasacyjnej pozwanego Skarbu Państwa wskazuje, że zarzut Skarbu Państwa pozwanego w procesie nie został uwzględniony. Skład siedmiu sędziów nie uznał jednak konieczności podejmowania uchwały, choć byłaby cenną pomocą do rozstrzygnięcia wątpliwości pojawiających się w praktyce sądowej na tle zagadnień związku przyczynowego.

W rozpoznawanej sprawie spór dotyczył szkody, w szczególności wpływu czynnika realnego, tj. niezgodnej z prawem decyzji odmownej, i czynnika hipotetycznego, tj. prawdopodobnego wywłaszczenia, gdyby strona powodowa uzyskała w swoim czasie prawo do gruntu. Nie wiadomo, jak wysokie było prawdopodobieństwo tego wywłaszczenia, nie ma to jednak znaczenia na etapie rozstrzygnięcia o dopuszczalności włączenia tego elementu w łańcuch zdarzeń kształtujących szkodę, o co w pytaniu prawnym zwracał się skład „zwykły” rozpoznający skargę kasacyjną. Przeciw włączeniu prze-

mawiało dominujące zapatrywanie, że odpowiedzialność cywilną może determinować tylko związek między rzeczywistymi zdarzeniami, a nie można się go dopatrzeć między decyzją odmowną sprzed lat a prawdopodobnym wywłaszczeniem, natomiast za włączeniem przemawiała znajdująca się w tle sporu zasada kompensacji, zasadniczo niedopuszczająca wzbogacenia się poszkodowanego w wyniku naprawienia szkody, które to wzbogacenie zachodziłoby w sprawie, gdyby poszkodowany decyzją odmowną uzyskiwał nie tylko limitowane odszkodowanie z tytułu wywłaszczenia, ale również pełne odszkodowanie ustalone według cen współczesnych.

UŻYTKOWANIE WIECZYSTE JAKO CZĘŚĆ SPADKU

Postanowienie SN z 10 stycznia 2013 r., IV CSK 362/12, potwierdza niebudzącą wątpliwości dziedziczność użytkowania wieczystego i rozwija ten wątek, wyjaśniając, co jest przedmiotem działu spadku, jeżeli po jego otwarciu upłynie okres użytkowania wieczystego. Sąd Najwyższy zgodnie z zapatrywaniami wyrażanymi w literaturze uznał, że w takim wypadku: **„Przedmiotem działu spadku staje się roszczenie o zawarcie umowy o przedłużenie prawa użytkowania wieczystego (art. 236 § 2 k.c.), jeżeli w trakcie postępowania o dział spadku, obejmującego początkowo wchodzące w skład spadku prawo użytkowania wieczystego gruntu, upłynął okres, na który zostało ono ustanowione, a spadkobiercy przed jego upływem zgłosili żądanie jego przedłużenia”**.

Po śmierci użytkownika wieczystego przysługujące mu użytkowanie, jako prawo majątkowe, weszło w skład spadku i przypadło kilku osobom. W tym czasie kończył się już określony w umowie okres użytkowania wieczystego i spadkobiercy – jak wynika z tezy postanowienia – wystąpili o sądowy dział spadku, aby wiążąco ustalić, komu przypadnie przedłużone użytkowanie wieczyste. Dział spadku nie był konieczny dla zachowania omawianego składnika mienia, ponieważ do wspólności majątku spadkowego stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych (art. 1035 k.c.) i każdy z kręgu spadkobierców mógł zgłosić żądanie, o którym mowa w art. 236 § 2 k.c., działając w imieniu własnym na rzecz pozostałych spadkobierców. W ten sposób zmierzałby do zachowania wspólnego prawa (art. 209 k.c.), korzystając z uprawnienia ustawowego do reprezentacji wszystkich spadkobierców. Należy dodać, że bez zgody pozostałych spadkobierców niedopuszczalne byłoby sporządzenie w tym trybie umowy – aktu notarialnego o przedłużeniu użytkowania wieczystego wyłącznie na rzecz aktywnego spadkobiercy.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PEŁNOMOCNIKA – ZWIĄZEK PRZYCZYNOWY

Wyrok SN z 19 grudnia 2012 r., II CSK 219/12, zawiera następującą tezę: **„Zaniechanie przez poszkodowanego wniesienia skargi o wznowienie postępowania po uznaniu art. 370¹ k.p.c. za niezgodny z Konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny nie zrywa związku przyczynowego pomiędzy odrzuceniem na podstawie art. 370¹ k.p.c. wadliwie sporządzonej przez profesjonalnego pełnomocnika apelacji a szkodą”**.

Stanowisko Sądu Najwyższego jest ugruntowane w doktrynie prawa cywilnego. Nie można obronić przeciwnego zapatrywania, ponieważ wyrok Trybunału Konstytucyjnego wydany w sprawie P 18/07, derogujący art. 370¹ k.p.c. po trzech latach obowiązywania, nie pozostaje w relacji przyczyny i skutku z zaniedbaniem zawodowego pełnomocnika dotyczącym „konstrukcyjnych” składników apelacji. Można się zastana-

wiać nad źródłem wspomnianego w tezie problemu „zaniechania poszkodowanego”, w szczególności: czy został powiadomiony przez (byłego?) pełnomocnika o otwarciu się możliwości złożenia skargi o wznowienie postępowania na podstawie art. 401¹ k.p.c.; wymagałaby tego zawodowa staranność i zwykła przyzwoitość, tym bardziej że między odrzuceniem apelacji a ogłoszeniem wyroku TK nie upłynął dłuższy okres usprawiedliwiający zapomnienie pełnomocnika o fatalnym błędzie.

II. POSTĘPOWANIE CYWILNE

APELACJA OD WYROKU WSTĘPNEGO

W wyroku z 24 stycznia 2013 r., II CSK 279/12, Sąd Najwyższy wskazał, że: „**Sąd drugiej instancji, rozpoznając sprawę na skutek apelacji od wyroku wstępnego, może zmienić ten wyrok i powództwo oddalić tylko wtedy, gdy dysponuje materiałem niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy (...)**”.

Zakres regulacji zawartej w art. 386 § 4 k.p.c. wiąże się z § 1 tego przepisu, stanowiącego niezbędny składnik modelu apelacji pełnej, a nawet więcej: apelacji *cum beneficio novorum* dopuszczającej rozszerzenie kognicji i podstawy wyroku o „nowości” przytoczone przez stronę w dopuszczalnych granicach (art. 382 w związku z art. 381 k.p.c.). Przy tej konstrukcji apelacji konieczny był art. 386 § 1, przyjmujący jako regułę wydawanie wyroku zmieniającego albo oddalenie apelacji. Pozostawiając na uboczu rozważań wypadki uregulowane w art. 386 § 2 i 3 k.p.c., widzimy, że czytelna konstrukcja wynikająca z art. 385 k.p.c. i art. 386 § 1 k.p.c. ulega zachwianiu w wypadku rozpoznania sprawy zakończonej wyrokiem wstępnym (art. 318 § 1 i 2 k.p.c.). Orzeczenie takie (wyrok wstępny) jest dopuszczalne w sprawach o świadczenie, w których spór dotyczy obydwu płaszczyzn orzeczenia: „czy się należy” oraz „ile się należy”. Wydając wyrok wstępny, sąd nie ustala wysokości świadczenia, ale je „co do zasady” antycypuje, ponieważ skuteczne podniesienie przez stronę pozwaną zarzutu niweczącego lub hamującego zasądzenie świadczenia wyłącza również dopuszczalność potwierdzenia przez sąd zasady dotyczącej przesłanek spornego świadczenia. Dodajmy jednak uwagę, że zależność między zasadą a przyznaniem świadczenia może się komplikować zwłaszcza w razie naprawiania szkody osobistej, jeżeli ustawa dopuszcza element uznaniowy („sąd może”). Wprowadza to w niektórych sprawach element nieprzewidywalności ostatecznego ich wyniku, nawet w razie uprawomocnienia się wyroku wstępnego.

Jeżeli pozwany zaskarża wyrok wstępny w zakresie przesłanki „uznania roszczenia za usprawiedliwione w zasadzie”, sąd odwoławczy może wydać wyrok zmieniający przez oddalenie powództwa, gdy zgromadzony materiał pozwala ustalić, że świadczenie nie należy się w ogóle (np. ze względu na wykazane wygaśnięcie roszczenia w całości), natomiast skuteczne podniesienie uchybień procesowych prowadzi do uchylenia zaskarżonego wyroku wstępnego, ze zniesieniem postępowania (art. 386 § 2 k.p.c.) albo przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4). Teza (robocza) przedstawionego orzeczenia trafnie sugeruje ostrożność w rozstrzygnięciu reformatorycznym, o ile bowiem sąd pierwszej instancji antycypuje zasądzenie pewnej kwoty, o tyle zmiana wyroku wstępnego prowadzi do oddalenia powództwa, tym samym orzeka już wiążąco o całości sprawy oddanej pod osąd. Prawo do rzetelnego procesu zosta-

łoby naruszone, gdyby sąd odwoławczy oddalił powództwo, mimo wydania wyroku wstępnego bez zbadania (rozpoznania) istoty sprawy co do istnienia wymagalnego obowiązku świadczenia.

POWOŁYWANIE DOWODÓW W POSTĘPOWANIU ODWOŁAWCZYM

Teza wyroku SN z 11 stycznia 2013 r., I CSK 275/12, głosi: „**Realizacja przez sąd drugiej instancji uprawnienia określonego w art. 381 k.p.c. wymaga dokonania uprzedniej łącznej oceny dwóch odrębnych przesłanek: 1) możliwości powołania nowych faktów i dowodów przed sądem pierwszej instancji oraz 2) później wynikłej potrzeby powołania się na nie**”.

Zwrócić należy uwagę, że Sąd Najwyższy nie wymaga łącznego spełnienia się wskazanych przesłanek, a tylko ich „uprzedniej oceny” przy realizacji swoich uprawnień do pominięcia nowych faktów i dowodów; dotyczy zatem metody rozstrzygania wniosku o ich przyjęcie. Wymaganie, aby sąd ocenił wpierw możliwość oraz potrzebę powołania faktów lub dowodów, nie zwalnia wnioskodawcy od wykazania braku możliwości lub powstania potrzeby, o których mowa w art. 381 k.p.c.

NIEWAŻNOŚĆ POSTĘPOWANIA

Wyrok SN z 10 stycznia 2013 r., IV CSK 393/12, stwierdza, że „**wydalenie z sali rozpraw strony z naruszeniem przepisów zawartych w art. 48 § 1 i 2 u.s.p. może w konkretnych okolicznościach powodować nieważność postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.) nawet wówczas, gdy na sali pozostał reprezentujący stronę pełnomocnik**”.

Z uzasadnienia będzie można poznać bliżej nietypowe okoliczności rozprawy, podczas której przewodniczący nie panował nad swoimi emocjami do tego stopnia, że wydalili stronę reprezentowaną przez pełnomocnika, naruszając przy tym prosty w stosowaniu art. 48 § 1 i 2 Prawa o ustroju sądów powszechnych. Przepis ten chroni powagę, spokój lub porządek czynności sądowych i wymaga jedynie upomnienia osoby zakłócającej przebieg rozprawy. Dobrą praktyką jest uprzedzenie ponadto o następstwach niezastosowania się do upomnienia. Również z uzasadnienia wyroku powinno wynikać, jakie negatywne następstwa dla przebiegu postępowania wynikły z nieprawidłowego zastosowania wymienionego przepisu. Ponieważ strona procesu była reprezentowana przez pełnomocnika, to właściwe wypełnianie przez niego funkcji powinno chronić wynik postępowania przed nieważnością, a zarazem doprowadzić do wyjaśnienia incydentu pod kątem nadużycia władzy przez przewodniczącego.

PODSTAWA WPISU ZMIANY SPOSOBU WYKONYWANIA SŁUŻEBNOŚCI

Postanowienie SN z 13 grudnia 2012 r. w sprawie IV CSK 158/12 ma charakter instruktażowy i pozwala łatwiej zrozumieć *ratio legis* przepisu art. 290 k.c. Oto teza: „**Wtedy, gdy spełnione są przesłanki z art. 290 § 3 k.c., można domagać się od uczestników postępowania zmiany sposobu wykonywania służebności, natomiast gdy są spełnione przesłanki z art. 290 § 1 zd. 1 i § 2 zd. 1 k.c., zmiana sposobu wykonywania służebności wymagająca umowy lub orzeczenia sądowego nie jest potrzebna i nie można od niej uzależnić zmiany wpisów w księgach wieczystych**”.

Sprawa dotyczyła wpisu w księdze wieczystej stanu prawnego wynikającego z podziału nieruchomości władnącej lub służebnej, „na której” lub „na rzecz której” była ustanowiona służebność gruntowa albo służebność przesyłu. Artykuł 290 k.c. składa się z trzech części oznaczonych jako paragrafy od 1 do 3, odnoszących się, odpowiednio, do:

- 1) podziału nieruchomości władnącej,
- 2) podziału nieruchomości obciążonej,
- 3) podziału nieruchomości władnącej lub (i) obciążonej.

W pierwszym przypadku przeniesienie nowo powstałych nieruchomości do odrębnych ksiąg wieczystych następuje wraz ze współuprawnieniem. Podział taki może służyć właścicielowi nieruchomości obciążonej za pretekst do likwidacji obciążenia wobec nowo powstałych nieruchomości władnących, których użyteczność nie jest faktycznie zwiększona wskutek dalszego utrzymywania się służebności na ich rzecz, ale nie wymaga ponownego ustalania sposobu wykonywania służebności.

W drugim przypadku dokonanie podziału nie zwalnia od obciążenia żadnej nowo powstałej nieruchomości, choćby wykonywanie służebności po podziale ograniczało się do jednej lub kilku. W takim wypadku właścicielom nowo powstałych współobciążonych nieruchomości również służy roszczenie o zwolnienie od służebności, która jest zbędna właścicielowi nieruchomości władnącej. Ten wariant również nie wymaga ponownego ustalania sposobu wykonywania służebności.

Trzeci przypadek dotyczy takiego podziału nieruchomości władnącej lub/i obciążonej, który wywołuje konieczność zmiany sposobu wykonywania służebności. W takim wypadku dokonanie wpisu w księdze wieczystej zmian wynikających z podziału wymaga również umownego albo sądowego ustalenia nowego sposobu wykonywania służebności. Bez tego ustalenia sąd prowadzący księgę wieczystą nie może dokonać wpisu zmian wynikających z podziału.

Anna Zofia Krawiec

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA IZBY KARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH Z UDZIAŁEM MAŁOLETNIEGO POKRZYWDZONEGO ZA LATA 2004–2012

W ostatnich latach Sąd Najwyższy rozpoznawał wiele spraw dotyczących małoletnich pokrzywdzonych. Tematyka orzeczeń wydawanych w tym zakresie dotyczyła przede wszystkim zasad przeprowadzania czynności dowodowych z udziałem małoletnich pokrzywdzonych oraz reguł wykonywania praw i obowiązków małoletnich pokrzywdzonych przez uprawnione do tego podmioty.

I. ZASADY PRZEPROWADZANIA CZYNNOŚCI DOWODOWYCH Z UDZIAŁEM MAŁOLETNIICH POKRZYWDZONYCH

W odniesieniu do pierwszego problemu Sąd Najwyższy często orzekał w przedmiocie przestrzegania jednokrotnego przesłuchiwania małoletnich pokrzywdzonych na podstawie art. 185a k.p.k. I tak w uchwale z 30 listopada 2004 r., I KZP 25/04, Sąd Najwyższy uznał, że: „1. Art. 185a k.p.k. dotyczy zarówno postępowania przygotowawczego, jak i postępowania sądowego; 2. Skład sądu właściwy do przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185a § 2 k.p.k. w postępowaniu sądowym określa art. 30 § 1 k.p.k.”¹. Pogląd ten został wyrażony także w innych rozstrzygnięciach procesowych Sądu Najwyższego. Po pierwsze, w postanowieniu z 2 czerwca 2006 r., IV KK 2/06², w którym Sąd Najwyższy uznał, że „(...) przepis [art. 185a § 1 k.p.k.] może mieć zastosowanie jedynie w postępowaniu przygotowawczym, co oznacza, że w fazie sądowej pokrzywdzona powinna zostać przesłuchana na rozprawie z udziałem oskarżonego (...) Sądy obu instancji, odnosząc się do zastrzeżeń i zarzutów obrońcy skazanego, trafnie odwołały się do uchwały

¹ OSNKW 2004, nr 11–12, poz. 101; Prok. i Pr. – wkł. 2005, z. 2, poz. 7; „Wokanda” 2005, nr 6, poz. 14; Biul. SN 2004, nr 11, s. 16; zob. też glosy – J. Kosonoga, Prok. i Pr. 2005, z. 6, s. 107–112; R. A. Stefański, WPP 2005, nr 2, s. 67; K. Eichstaedt, PS 2006, nr 2, s. 151; A. Wesołowska, Prok. i Pr. 2007, z. 5, s. 157–161.

² R-OSNKW 2006, poz. 1148.

Sądu Najwyższego z 30 listopada 2004 r. w sprawie I KZP 25/04 (OSNKW 2004, nr 11–12, poz. 101) i zasadnie wywiodły, że art. 185a k.p.k. dotyczy zarówno postępowania przygotowawczego, jak i postępowania sądowego, co w konsekwencji powoduje, że skład sądu procedującego na posiedzeniu wyznacza treść art. 30 § 1 k.p.k. Nie dostrzegając potrzeby ponawiania wywodów zawartych w przywołanej uchwale, stwierdzić trzeba, że w sprawie nie doszło do obrazy art. 439 § 1 pkt 2 i 11 k.p.k., bowiem sąd rejonowy na posiedzeniu działa w składzie jednoosobowym, treść art. 185a § 1 k.p.k. nie przewiduje zaś możliwości wzięcia przez oskarżonego udziału w omawianej czynności”. Po drugie, w postanowieniu z 25 października 2007 r., IV KK 332/07³, w którym Sąd Najwyższy orzekł, że: „Zgodnie z (obowiązującym wówczas) brzmieniem przepisu art. 185a § 1 i 2 k.p.k. [treść przepisu z 2003 r. – uwaga autorki] pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa określone w rozdziale XXV Kodeksu karnego, który w chwili czynu nie ukończył 15 lat, powinno się przesłuchać w charakterze świadka tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Przesłuchanie przeprowadza sąd z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Nadto stosownie do treści § 3 tego przepisu protokół przesłuchania odczytuje się na rozprawie głównej. A zatem treść owego przepisu jednoznacznie stanowiła o tym, że:

- ów tryb przesłuchania w nim określony dotyczy pokrzywdzonych w sprawach o przestępstwa określone w rozdziale XXV Kodeksu karnego, którzy w chwili czynu nie ukończyli 15 lat (...);
- możliwe było ponowne przesłuchanie takiego świadka, o ile «wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania» (...);
- oskarżony nie był wskazany wśród kręgu osób mających prawo wzięcia udziału w takim przesłuchaniu. Miał natomiast to prawo jego obrońca, z którego to skorzystał, przy czym w przesłuchaniu tym uczestniczył także biegły psycholog. W tych warunkach podniesiony w kasacji zarzut określony jako wskazana w art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. bezwzględna przyczyna odwoławcza jest całkowicie pozbawiony racji, jako że wskazane w tym przepisie naruszenie prawa procesowego w rzeczywistości nie nastąpiło, bowiem przesłuchanie J. G. w dniu 28 lutego 2005 r. nastąpiło zgodnie z wymogami (obowiązującymi wówczas) art. 185a k.p.k. Nie jest także zasadny kolejny, zakwalifikowany przez skarżących jako bezwzględna przyczyna odwoławcza (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.), zarzut obrazy art. 365 k.p.k. Należy bowiem w pełni podzielić wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z 30 listopada 2004 r. (I KZP 25/04, OSNKW 2004, z. 11–12, poz. 101) przytoczony już przez Sąd Okręgowy pogląd, że skład sądu właściwy do przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185a § 1 k.p.k. w postępowaniu sądowym określa art. 30 § 1 k.p.k. Stosownie do tego przepisu na posiedzeniu sąd rejonowy orzeka jednoosobowo (...).”

Sąd Najwyższy, podejmując kwestię związaną z ochroną procesową małoletnich pokrzywdzonych na podstawie art. 185a k.p.k., zwrócił także uwagę na jednoczesne

³ LEX nr 1026635.

prześluchanie praw podejrzanych/oskarżonych. W postanowieniu z 6 lipca 2006 r., IV KK 226/06⁴, stwierdził bowiem, że: „zasadą określoną w art. 185a k.p.k. jest prześluchanie jednorazowe, o ile nie zachodzą taksatywnie wymienione w przepisie okoliczności usprawiedliwiające odstępstwo od określonej przepisem reguły. Po pierwsze, ujawnienie się istotnych okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego prześluchania i po drugie, zgłoszenie przez oskarżonego żądania ponownego prześluchania, gdy oskarżony nie miał obrońcy w czasie pierwszego prześluchania pokrzywdzonego”. Jednocześnie Sąd Najwyższy zaznaczył, iż: „(...) stwierdzić należy, że – z punktu widzenia standardu art. 6 ust. 3 KE – oskarżony musi mieć możliwość wnioskowania powtórnego prześluchania pokrzywdzonego i takie prawo w § 1 art. 185a k.p.k. mu zagwarantowano. Jednakże złożenie powyższego żądania nie oznacza konieczności ponownego prześluchania (nie wynika to również z literalnego brzmienia art. 185a k.p.k.), albowiem żądanie to podlega ocenie – jak każdy wniosek dowodowy – przez pryzmat art. 170 k.p.k.”⁵. Z kolei w wyroku z 14 listopada 2008 r., V KK 164/08⁶, orzekł, że: „Jeżeli Sąd oddalił wniosek o prześluchanie pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., zgłoszony tylko w celu wyjaśnienia istotnych okoliczności, to bezskuteczny będzie zarzut naruszenia tego przepisu przez to, że oskarżony nie miał obrońcy w czasie pierwszego prześluchania pokrzywdzonego”. Natomiast w wyroku z 24 listopada 2009 r., III KK 176/09⁷, Sąd Najwyższy uznał, że: „(...) w tego rodzaju sprawach, w których pokrzywdzeni przestępstwami określonymi w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego nie ukończyli w chwili czynu 15 lat, należy dążyć do tego, aby podczas pierwszego prześluchania pokrzywdzonego podejrzany miał już obrońcę. Do prześluchania w trybie art. 185a k.p.k. winno więc dochodzić już po przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa, czyli w fazie postępowania przygotowawczego *in personam*, a nie we wstępnej fazie tego postępowania *in rem* (por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 431–432). Wówczas istnieje bowiem możliwość wyznaczenia podejrzanemu obrońcy z urzędu, jeżeli nie posiada obrońcy z wyboru. W takich sytuacjach, w większości wypadków, będzie można poprzestać na jednorazowym prześluchaniu małoletniego pokrzywdzonego, a prawo oskarżonego do obrony nie zostanie naruszone”. W postanowieniu z 24 listopada 2010 r., I KZP 21/10⁸, Sąd Najwyższy uznał, że: „W art. 185a k.p.k. ustawodawca jednoznacznie określił zarówno zasady ochrony świadka pokrzywdzonego przestępstwami wymienionymi w tym przepisie, który w chwili prześluchania nie ukończył 15 lat – przed powtórną wiktyimizacją, jak i jej granice, uwzględniając przy tym obowiązek dotarcia do prawdy oraz konieczność zapewnienia podstawowych uprawnień do realizowania obrony przez oskarżonego. Temu ostatniemu stworzono możliwość skutecznego domagania się ponownego prześluchania pokrzywdzonego, o jakim mowa w powołanym przepisie – i to bez dodatkowych warunków – o ile nie miał obrońcy w czasie, gdy przeprowadzano pierwsze prześluchanie takiego pokrzywdzonego”. Jednocześnie, w postanowieniu

⁴ LEX nr 219845; Prok. i Pr. – wkł. 2007, z. 3, poz. 6; PS 2007, nr 2, s. 156.

⁵ *Ibidem*.

⁶ R-OSNKW 2008, poz. 2295; Prok. i Pr. – wkł. 2009, z. 6, poz. 36; Biul. PK 2009, nr 2, poz. 29.

⁷ LEX nr 553885.

⁸ OSNKW 2010, nr 11, poz. 95.

z 4 listopada 2011 r., V KK 88/11⁹, Sąd Najwyższy uznał, że: „Odrębną kwestią jest to, czy wyznaczenie obrońcy z urzędu (...) a więc dla zapewnienia zasady «równości broni» w zakresie, w jakim było to możliwe przy przesłuchaniu świadka w trybie art. 185a k.p.k., nie powinno być utrzymane do końca postępowania karnego. W takiej bowiem sytuacji, a więc gdy w przesłuchaniu uczestniczył obrońca, oskarżony nie może żądać ponownego przesłuchania świadka, o ile nie ujawnią się nowe istotne okoliczności. Postulat utrzymania wówczas obrony z urzędu aż do ukończenia postępowania karnego pojawił się w piśmiennictwie (A. Wilkowska-Płóciennik, *Przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka w trybie art. 185a k.p.k.*, Prok. i Pr. 2010, nr 6; A. Wesołowska, *Zmiany kodyfikacji karnych w zakresie przepisów dotyczących ochrony prawnej małoletnich*, «Dziecko krzywdzone» 2004, nr 1[6]). Ma on jednak charakter wniosku *de lege ferenda*. Aktualny stan prawny nie uprawnia do wyinterpretowania takiej normy, gdyż brzmienie przepisów art. 79 § 2 i art. 185a k.p.k. nie daje ku temu podstaw”.

W związku z przeprowadzaniem czynności dowodowych z udziałem małoletnich pokrzywdzonych Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na realizację przepisu określonego w art. 171 § 3 k.p.k. W postanowieniu z 4 stycznia 2007 r., IV KK 381/08¹⁰, orzekł, że „(...) z treści art. 171 § 3 k.p.k. wynika tylko to, iż przy przesłuchaniu osoby poniżej lat 15 w zasadzie winny uczestniczyć jej przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny. Jednakże przesłuchanie takiego świadka przy braku tych osób nie powoduje samo przez się dyskwalifikacji tej czynności procesowej. Zeznania takie nie będą mogły stanowić dowodu tylko w przypadku gdy zostanie wykazane, iż zostały złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w art. 171 § 5 k.p.k.”.

Kolejną istotną kwestią dotyczącą małoletnich pokrzywdzonych w sprawach rozpoznawanych przez Sąd Najwyższy była realizacja zasady ich jednokrotnego przesłuchania, określona w art. 185a k.p.k. Postanowieniem z 5 grudnia 2007 r., V KK 119/07¹¹, Sąd Najwyższy uznał, że: „(...) pokrzywdzony z uwagi na wiek i charakter czynu słuchany był w trybie art. 185a k.p.k. Z powodu okoliczności wymienionych w § 1 *in fine* tego przepisu został przesłuchany przed sądem orzekającym. Trzykrotnie odbierali od niego relację o przedmiotowych zdarzeniach biegli psychologzy opiniujący w sprawie. Był na ten temat indagowany także przez terapeutów mających mu przyjść z pomocą psychologiczną. Procedowanie w wyżej opisany sposób upoważnia do konstatacji, iż tryb czynności podjętych z udziałem małoletniego pokrzywdzonego, z pozoru nie naruszający procedury, kłóci się z ideą przyświecającą wprowadzeniu do Kodeksu postępowania karnego art. 185a”. W wyroku z 1 lutego 2008 r., V KK 231/07¹², Sąd Najwyższy orzekł, że: „1. Ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka w trybie określonym w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k. nie jest uzależnione od opinii psychologa co do możliwości uzyskania od dziecka określonych informacji oraz wpływu takiego przesłuchania na jego psychikę. Samo zgłoszenie żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, także bez podania powodów takiego wniosku, zobowiązuje sąd do ponownego przesłuchania dziecka,

⁹ OSNKW 2011, nr 12, poz. 110; Biul. SN 2011, nr 12, s. 16–17.

¹⁰ Biul. PK 2009, nr 2, poz. 64; Prok. i Pr. – wkł. 2009, z. 7–8, poz. 21.

¹¹ R-OSNKW 2007, poz. 2768; Prok. i Pr. – wkł. 2009, z. 1, poz. 18; Biul. PK 2008, nr 2, poz. 40.

¹² OSNKW 2008, nr 4, poz. 27; Biul. PK 2008, nr 4, poz. 13; Biul. SN 2008, nr 3, s. 14; zob. też głosę J. Potulskiego, GSP – Prz. Orz. 2008, t. 4, s. 115–122.

jeżeli tylko spełniony jest warunek określony w tym przepisie. 2. Wniosek oskarżonego, określony w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k., może być skutecznie cofnięty zanim dojdzie do ponownego przesłuchania małoletniego. 3. Biegły psycholog, opiniujący w kwestii rozwoju psychicznego pokrzywdzonego dziecka, jego relacji emocjonalnych, zdolności postrzegania i odtwarzania postrzeżeń, powinien wskazać także na to, co usłyszał od dziecka w trakcie badania i ustosunkować się do tego (art. 185a § 2 k.p.k., art. 185b § 1 k.p.k. i art. 192 § 2 k.p.k.). Odwołanie się przez biegłego do treści zeznań badanego jest jednak dopuszczalne tylko wtedy, gdy samo to zeznanie nie jest dotknięte uchybieniem, które nie pozwala traktować je jako dowód”. Na uwagę zasługuje też pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 22 stycznia 2009 r., V KK 216/08¹³, polegający na stwierdzeniu, że: „(...) przewidziane w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k. ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka, o jakim mowa w treści powołanego wyżej przepisu, z uwagi na ujawnienie się istotnych okoliczności wymagających dla ich wyjaśnienia takiego przesłuchania, lub gdy żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego, nie jest uzależnione od uprzedniego poznania opinii psychologa co do możliwości uzyskania od dziecka określonych informacji oraz wpływu takiego przesłuchania na jego psychikę. Ochrona zdrowia psychicznego dziecka realizowana jest bowiem przez regułę jednorazowego jego przesłuchania (art. 185a § 1 *in principio* k.p.k.), a także przez sposób każdego przesłuchania takiego dziecka i forum tej czynności (§ 2 art. 185a), zaś przy potrzebie ponownego jego przesłuchania ustawodawca nadaje prymat zasadzie prawdy (przesłuchanie dla wyjaśnienia istotnych okoliczności) lub prawa do obrony (przesłuchania na żądanie oskarżonego)”. Jednocześnie w wyroku z 24 listopada 2009 r., III KK 176/09¹⁴, Sąd Najwyższy zauważa, że: „Poprzez regułę jednorazowego przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., realizowana jest ochrona jego zdrowia psychicznego, czemu ma również służyć sposób przesłuchania oraz udział w tej czynności jedynie ściśle określonego grona osób, a co wynika z § 2 art. 185a k.p.k. Możliwe jest jednak ograniczenie tego prawa pokrzywdzonego poprzez ponowne jego przesłuchanie, ale jedynie w ściśle określonych sytuacjach wskazanych w § 1 art. 185a k.p.k. W sytuacji gdy wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, ustawodawca nadał prymat zasadzie prawdy, natomiast gdy zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie tego pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego, na plan pierwszy wysuwa się prawo oskarżonego do obrony. W tym wypadku nie ma znaczenia, jaki jest powód takiego wniosku, ani też czy oskarżony w ogóle go podał. Samo zgłoszenie żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę zobowiązuje sąd do ponownego przesłuchania pokrzywdzonego dziecka, jeżeli tylko spełniony jest warunek określony w tym przepisie (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 27; z dnia 22 stycznia 2009 r., V KK 216/08, LEX nr 485019)”. Zdaniem Sądu Najwyższego istnieją jednak uzasadnione wyjątki od zasady jednokrotnego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego. W wyroku z 16 marca 2011 r., III KK 278/10¹⁵, Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że: „Wniosek o ponowne przesłuchanie świadka, który

¹³ LEX nr 485019.

¹⁴ LEX nr 553885.

¹⁵ OSNKW 2011, nr 8, poz. 69.

złożył już zeznania w trybie art. 185a k.p.k., można oddalić wówczas, gdy nie wyjdą na jaw, w trakcie postępowania prowadzonego po takim przesłuchaniu, istotne okoliczności, które wyjaśnić można tylko poprzez ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego”.

Pełna realizacja zasady określonej w art. 185a k.p.k. według Sądu Najwyższego będzie następowała także w wypadku stosowania art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k. W wyroku z 7 listopada 2011 r., V KK 143/11¹⁶, Sąd Najwyższy orzekł bowiem, że: „Utrwalenie za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk z przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a k.p.k., jest względnie obligatoryjne (art. 147 § 2 pkt 2 k.p.k.). Na rozprawie należy więc, niezależnie od odczytania protokołu z przesłuchania świadka, odtworzyć zapis wizualny i dźwiękowy tego przesłuchania, jeśli w ogóle go sporządzono (art. 185a § 3 k.p.k.)”. Jednocześnie w postanowieniu z 15 marca 2012 r., III KK 244/11¹⁷, uznał, że: „W wypadkach określonych w art. 185a § 1 k.p.k., gdy dowodu, z uwagi na stan zdrowia świadka – pokrzywdzonego nie da się trwale przeprowadzić, podstawę nieuwzględnienia wniosku dowodowego lub nieprzeprowadzenia takiego dowodu z urzędu stanowi art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k.”.

II. WYKONYWANIE PRAW I OBOWIĄZKÓW MAŁOLETNICH POKRZYWDZONYCH

Sąd Najwyższy kilkakrotnie orzekał też w kwestii dotyczącej zakresu działania podmiotów uprawnionych do wykonywania praw i obowiązków małoletnich pokrzywdzonych. W uchwale z 30 września 2010 r., I KZP 10/10¹⁸, Sąd Najwyższy uznał, że: „Rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców”. Taką zasadę ograniczenia wykonywania praw i obowiązków małoletniego pokrzywdzonego przez określone podmioty Sąd Najwyższy podtrzymał też w wyroku z 1 grudnia 2010 r., III KK 315/09¹⁹, utrzymując, że: „Rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców”.

Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zajął w postanowieniu z 11 stycznia 2011 r., V KK 125/10²⁰, poprzez stwierdzenie, że: „Kasację od prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego (...) wniósł, działając przez pełnomocnika, Z. G., w postępowaniu przed Sądami obu instancji występujący jako oskarżyciel posiłkowy z tego tytułu, że jest ojcem wskazanych jako pokrzywdzeni małoletnich M., K. i M. G., a więc w oparciu o przepis art. 51 § 2 k.p.k. Skoro jednak oskarżona w sprawie W. G. jest matką tych małoletnich, to przepisy art. 98

¹⁶ OSNKW 2012, nr 2, poz. 17; Biul. SN 2012, nr 2, s. 15.

¹⁷ Niepubl.; zob. J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, Lex/el. 2012, uwagi do art. 185a, teza IV.

¹⁸ OSNKW 2010, nr 10, poz. 84. Zob. też glosy: M. Kornak, Lex/el. 2010; W. Sych, „Ius Novum” 2011, nr 1, s. 197–203; M. Manikowska, GSP – Prz. Orz. 2011, t. 1, s. 139–146.

¹⁹ LEX nr 686665; Biul. PK 2011, nr 2, poz. 13.

²⁰ Niepubl.

§ 2 pkt 2 i 3 k.r.o. sprzeciwiają się wykonywaniu przez Z. G. praw małoletnich dzieci, jako pokrzywdzonych, w postępowaniu karnym prowadzonym przeciwko ich matce – co obszernie umotywował Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 30 września 2010 r., I KZP 10/10, OSNKW 2010, nr 10, poz. 84”.

Ostatnie rozstrzygnięcie dotyczące wykonywania praw małoletnich pokrzywdzonych zostało zawarte w uchwale z 20 czerwca 2012 r., I KZP 9/12²¹, w której Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Do pojednania małoletniego pokrzywdzonego z jego rodzicem w trybie art. 66 § 3 k.k. uprawniony jest kurator wyznaczony przez sąd opiekuńczy do reprezentowania małoletniego. Na pojednanie to musi zezwolić sąd opiekuńczy”.

Sąd Najwyższy, orzekając w powyższych sprawach, wyjaśnił wiele wątpliwości dotyczących zakresu ochrony karnoprocesowej małoletnich pokrzywdzonych, stosowania odpowiednich przepisów oraz zasad ich interpretacji. Jednakże problematyka ta nie została jeszcze wyczerpana, co z pewnością wyniknie w kolejnych sprawach będących przedmiotem postępowania toczącego się przed Sądem Najwyższym.

²¹ <http://www.sn.pl/aktual/index.html> (dostęp z 20 czerwca 2012 r.).

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

ODMOWA PRYZNANIA ŚWIADCZENIA PIELĘGNACYJNEGO OSOBIE SPOKREWNIONEJ W DALSZYM STOPNIU

Wyrokiem z 3 listopada 2011 r. (sygn. akt II SA/Bk 604/11) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku, po rozpoznaniu skargi K. I., uchylił decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego w B. z (...) lipca 2011 r. nr (...) oraz utrzymaną przez nią w mocy decyzję Burmistrza H. z (...) lipca 2011 r. nr (...) w przedmiocie odmowy przyznania świadczenia pielęgnacyjnego.

Wyrok został wydany w następujących okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy:

Decyzją z (...) lipca 2011 r. Burmistrz H. (Dyrektor Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w H.) odmówił K. I. przyznania świadczenia pielęgnacyjnego w związku z opieką nad babką – J. L., stwierdzając, że wnioskodawczyni, jako wnuczka, byłaby uprawniona do otrzymywania wnioskowanego świadczenia dopiero wówczas, gdyby nie było osoby spokrewnionej z podopieczną w pierwszym stopniu albo osoba ta nie byłaby w stanie sprawować opieki.

Rozpoznając sprawę w trybie instancji odwoławczej, Samorządowe Kolegium Odwoławcze w B. decyzją z (...) lipca 2011 r. utrzymało w mocy decyzję organu pierwszej instancji.

Zdaniem organu odwoławczego decyzja zaskarżona odwołaniem była prawidłowa, gdyż z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynikało, że osoba wymagająca opieki miała troje dzieci, każde zobowiązane do alimentacji. Należały do nich: córka – Z. T. (od 10 lat nieutrzymująca kontaktów z matką), córka – T. I. (otrzymująca świadczenia pielęgnacyjne w związku z opieką nad niepełnosprawną własną córką) oraz syn – R. L., który wprawdzie złożył oświadczenie o niemożności opiekowania się matką, motywując to faktem pozostawania w zatrudnieniu, ale – według organu – okoliczność ta nie przesądzała o tym, że R. L. nie jest w stanie takiej opieki sprawować.

Organ odwoławczy, wskazując treść art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, podkreślił w tym miejscu, że R. L. był osobą spokrewnioną

z J. L. w pierwszym stopniu, a fakt pozostawania w zatrudnieniu nie był obiektywnym powodem uniemożliwiającym podjęcie opieki nad matką. Tym bardziej że świadczenie pielęgnacyjne jest właśnie świadczeniem dla osób, które nie podejmują pracy lub rezygnują z zatrudnienia. W związku z powyższym – zdaniem Kolegium – w stosunku do syna J. L. nie występowała sytuacja niemożności sprawowania opieki nad matką, co skutkowało przyjęciem, że żądanie wnuczki – K. I. – o przyznanie jej świadczenia pielęgnacyjnego było nieuprawnione.

Zaskarżając powyższą decyzję skargą wniesioną do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku, K. I. podkreślała, że to ona sprawuje codzienną opiekę nad J. L.

Uchylając zaskarżoną decyzję oraz utrzymaną przez nią w mocy decyzję Burmistrza H. z dnia (...) lipca 2011 r. nr (...) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku uznał skargę za uzasadnioną.

Według Sądu Wojewódzkiego przyjęte przez organy założenie, że praca w wymiarze pełnego etatu nie jest przeszkodą w sprawowaniu stałej opieki, stanowiło naruszenie art. 17 ust. 1a ustawy o świadczeniach rodzinnych. Ustawodawca w powołanym przepisie – jak wywoził Sąd – nie wskazał konkretnych przeszkód u osób spokrewnionych w pierwszym stopniu, które uprawniałyby do starań o świadczenie pielęgnacyjne osób innych niż spokrewnione w pierwszym stopniu.

W rezultacie Sąd Wojewódzki uznał, że literalna wykładnia art. 17 ust. 1a cyt. ustawy o świadczeniach rodzinnych jest niewystarczająca na gruncie wartości konstytucyjnych i niweczy cel ustawowej regulacji przepisów o pomocy społecznej.

Formułując zalecenia dla organu co do dalszego prowadzenia postępowania, Sąd Wojewódzki polecił, by organ rozważył przyjętą przez Sąd wykładnię prawa, ustalając uprzednio pełny stan faktyczny sprawy, gdyż – wbrew art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a. – w sprawie nie zostało przeprowadzone należyte postępowanie wyjaśniające.

Samorządowe Kolegium Odwoławcze w B. w skardze kasacyjnej wniosło o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych świadczenie pielęgnacyjne z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej przysługuje matce albo ojcu, innym osobom, na których zgodnie z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ciąży obowiązek alimentacyjny, a także opiekunowi faktycznemu dziecka, jeżeli nie podejmują oni lub rezygnują z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad osobą legitymującą się orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współdziałania na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji, albo osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności. W myśl natomiast art. 17 ust. 1a tej ustawy świadczenie pielęgnacyjne przysługuje osobie innej niż spokrewniona w pierwszym stopniu, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, w przypadku gdy nie ma osoby spokrewnionej w pierwszym stopniu albo gdy osoba ta nie jest w stanie sprawować opieki, o której mowa w ust. 1.

Jak przyjął przy tym Trybunał Konstytucyjny w powołanym przez Sąd Wojewódzki wyroku z 15 listopada 2006 r. (sygn. akt P 23/05), prawo ubiegania się o świadczenie pie-

łęcznacyjne wywodzi się z obowiązku alimentacyjnego, o którym mowa w art. 128 k.r.o., który sprowadza się do obowiązku dostarczania środków utrzymania (niekiedy także środków wychowania) i obciąża krewnych w linii prostej (zstępnych i wstępnych) oraz rodzeństwo. Kodeks rodzinny i opiekuńczy ustala przy tym – jak podkreślał Trybunał – kolejność zobowiązanych, w związku z czym obowiązek alimentacyjny zobowiązanego w dalszej kolejności powstaje dopiero, gdy nie ma osoby zobowiązanej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta nie jest w stanie uczynić zadość swemu obowiązkowi, lub gdy uzyskanie od niej na czas potrzebnych uprawnionemu środków utrzymania jest niemożliwe lub połączone z nadmiernymi trudnościami (art. 132 k.r.o.).

Jak zatem wynika z powyższego, uregulowanie zawarte w art. 17 ust. 1a ustawy o świadczeniach rodzinnych i powyższa regulacja kodeksowa (art. 132) posługują się tym samym zwrotem pojęciowym, odnoszącym się do osoby zobowiązanej w bliższej kolejności do (uogólniając) udzielania pomocy potrzebującemu członkowi rodziny.

Obowiązek alimentacyjny może polegać albo na świadczeniu określonych sum pieniężnych, albo na dostarczaniu w naturze określonej ilości produktów potrzebnych do życia, bądź też na osobistych staraniach. W sytuacji gdy zobowiązany do alimentacji wybiera ten ostatni sposób wspomagania potrzebującej osoby mu bliskiej, polegający na rezygnacji z zatrudnienia po to, by osobistym staraniem wspierać tę osobę, z pomocą przychodzi mu państwo. Osoba zobowiązana do alimentacji otrzymuje w zaistniałej sytuacji pomoc polegającą na przyznaniu jej tzw. świadczenia pielęgnacyjnego (art. 17 ustawy o świadczeniach rodzinnych). Świadczenie to jest niejako surogatem wynagrodzenia za pracę. Jest to bowiem określona przepisami kwota pieniężna, z którą wiąże się również opłacanie przez państwo składek emerytalno-rentowych.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że pomoc świadczona w taki sposób przez państwo jest przeznaczona dla konkretnych przypadków, to jest dla osób, które obciąża obowiązek alimentacyjny. Zaakcentować należy, że obowiązek ten powstaje z mocy prawa, a nie z wyboru dokonanego w danej rodzinie przez jej członków. Obowiązek alimentacyjny osoby zobowiązanej w dalszej kolejności powstaje dopiero przy spełnieniu się określonych prawem przesłanek i jest to wówczas jej własny obowiązek (a nie cudzy, przez nią wypełniany).

Uprawnienie do otrzymania świadczenia pielęgnacyjnego dalsza osoba – w stosunku bliskości do potrzebującego pomocy – uzyska dopiero w sytuacji, gdy brak będzie osoby zobowiązanej w pierwszej kolejności do alimentacji albo gdy osoba taka nie będzie w stanie sprawować opieki nad potrzebującym (art. 17 ust. 1a cyt. ustawy).

W tej sytuacji nie dochodzi więc do nabycia obowiązku alimentacyjnego przez dalszą krewną J. L. – to jest wnuczkę K. I., a zatem brak jest podstaw do przyznawania jej świadczenia pielęgnacyjnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 18 lipca 2012 r., sygn. I OSK 198/12, uchylił zaskarżony wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku i oddalił skargę kasacyjną.

ODMOWA ZEZNAŃ STRONY W CHARAKTERZE ŚWIADKA W KONTROLNYM POSTĘPOWANIU PODATKOWYM

Wyrokiem z 6 października 2010 r., I SA/Bk 289/10, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku oddalił skargę A. S. (dalej powoływanego jako: skarżący) na postanowie-

nie Dyrektora Izby Skarbowej w B. (powoływanego dalej jako: Dyrektor IS) z 8 kwietnia 2010 r., nr (...), w przedmiocie kary porządkowej.

Przedstawiając w uzasadnieniu wyroku przebieg postępowania, WSA w Białymstoku podał, że pismem z 30 listopada 2009 r. skarżący został wezwany do osobistego stawienia w dniu 14 grudnia 2009 r. w Urzędzie Kontroli Skarbowej w B. w celu przesłuchania w charakterze świadka w postępowaniach kontrolnych w sprawie dokonywanego przez niego w latach 2005 i 2006 zakupu gazu LPG.

W oznaczonym terminie skarżący nie stawił się, nie przedstawił również usprawiedliwienia nieobecności. W dniu 12 stycznia 2010 r. wpłynęło do organu pierwszej instancji pismo z 9 stycznia 2010 r. zatytułowane „Stanowisko świadka”, w którym skarżący, powołując się na status świadka i jednocześnie strony w prowadzonych wobec niego postępowaniach kontrolnych, zgodnie z art. 196 § 1–3 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.; dalej: O.p.), oświadczył, że korzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień i zeznań oraz udzielania odpowiedzi na pytania i nie będzie zeznawał. W związku z powyższym Dyrektor UKS postanowieniem z 15 stycznia 2010 r. ukarał skarżącego karą porządkową w wysokości 500 zł.

W zażaleniu skarżący zarzucił powyższemu postanowieniu naruszenie art. 262 § 1 pkt 1 oraz art. 159 O.p., Dyrektor IS zaś, rozpoznając zażalenie, podkreślił, że O.p. nie zawiera regulacji przewidującej możliwość niestawienia się świadka na prawidłowo doręczone wezwanie.

W ocenie Dyrektora IS, zgodnie z art. 196 § 1 O.p., prawo do odmowy składania zeznań służy jedynie osobom spokrewnionym lub spowinowaconym ze stroną postępowania, a takiego związku skarżący w żaden sposób nie wykazał. Zdaniem organu w sprawie nie miał również zastosowania art. 196 § 2 O.p. Treść tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że uprawnia on jedynie do odmowy odpowiedzi na konkretne pytania, natomiast w sprawie poprzez swoje niestawiennictwo skarżący pozbawił organ pierwszej instancji możliwości zadania jakichkolwiek pytań. Organ wskazał także, że wszystkie postępowania kontrolne toczące się wobec skarżącego zostały zakończone wydaniem wyników kontroli bądź decyzji podatkowych. W tych okolicznościach w ocenie Dyrektora IS niestawiennictwo skarżącego na prawidłowo sporządzone wezwanie było nieusprawiedliwione, zatem nałożenie kary porządkowej było zasadne.

Skarżący wniósł skargę do WSA w Białymstoku, w której ponownie zarzucił niewłaściwe zastosowanie art. 262 § 1 pkt 1 O.p. i wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia pierwszej i drugiej instancji, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia.

W odpowiedzi na skargę Dyrektor IS wniósł o jej oddalenie, podtrzymując stanowisko wyrażone w zaskarżonym postanowieniu.

W ocenie WSA w Białymstoku w sprawie zaistniały przesłanki do nałożenia na skarżącego kary porządkowej. Zgodnie z zastosowanym przez organ podatkowy pierwszej instancji przepisem art. 262 § 1 pkt 1 O.p. strona, pełnomocnik strony, świadek lub biegły, którzy mimo prawidłowego wezwania organu podatkowego nie stawili się osobiście bez uzasadnionej przyczyny, mimo że byli do tego zobowiązani, mogą zostać ukarani karą porządkową do 2600 zł. Sąd ocenił, że spełnione zostały warunki nałożenia kary porządkowej określone w art. 262 § 1 pkt 1 O.p., tj. prawidłowo zostało sporządzone wezwanie organu podatkowego (w rozumieniu art. 159 O.p.) do skarżącego jako do

świadka w konkretnych postępowaniach kontrolnych, świadek nie stawiał się na wezwanie i nie usprawiedliwił przyczyny swego niestawiennictwa.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku stwierdził, że skorzystanie z prawa odmowy zeznań i odpowiedzi na pytania jest w pierwszej kolejności warunkowane stawiennictwem świadka przed organem dokonującym przesłuchania.

Od ww. wyroku WSA w Białymstoku skarżący wniósł skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

W wezwaniu do stawiennictwa na przesłuchanie organ wyraźnie wskazał, że wnoszący skargę kasacyjną był zobowiązany stawić się na termin przesłuchania w wymienionych tam sprawach nie w charakterze strony, lecz właśnie świadka. Nie dotyczą go zatem możliwe przypadki odmowy zeznań, przewidziane w art. 196 § 1 O.p., ponieważ wnoszący skargę kasacyjną nie wykazał, że łączy go ze stroną w tychże sprawach jakiś stosunek, o którym mowa w tym przepisie. Paragraf 1 tego artykułu ogranicza przecież grupę podmiotów, które mogą odmówić złożenia zeznań, do „małżonków strony, wstępnych, zstępnych i rodzeństwa strony oraz powinowatych pierwszego stopnia, jak również osób pozostających ze stroną w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli”.

Odróżnić przy tym należy instytucję prawa odmowy zeznań (art. 196 § 1 O.p.) od przysługującego świadkowi prawa odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania, uregulowanego w art. 196 § 2 O.p. Instytucja przewidziana w art. 196 § 2 O.p. może być wykorzystana przez świadka w trakcie przesłuchania, na które świadek został wezwany do osobistego stawiennictwa (jak w rozpatrywanej sprawie). Ten ostatni przepis nie upoważnia wezwanego świadka do odmowy zeznań lub odmowy stawienia się w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 155 § 1 O.p. (który to przepis był podstawą prawną wezwania skarżącego jako świadka w sprawie), jak również do odmowy odpowiedzi na jakiegokolwiek pytania, które mogłyby zostać sformułowane przez organ w trakcie przesłuchania świadka. Wezwanemu do osobistego stawiennictwa świadkowi przysługuje jedynie (na podstawie art. 196 § 2 O.p.) prawo odmowy odpowiedzi na konkretne pytania w trakcie przesłuchania, i to tylko w sytuacji, jeżeli „odpowiedź mogłaby narazić jego lub jego bliskich wymienionych w § 1 art. 196 O.p. na odpowiedzialność karną, karną skarbową albo spowodować naruszenie obowiązku zachowania ustawowo chronionej tajemnicy zawodowej”.

Z powodów powyżej wskazanych Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 19 lipca 2012 r., sygn. II FSK 131/11, oddalił skargę kasacyjną.

OPŁATY ZA KORZYSTANIE Z PRZEDSZKOLI PUBLICZNYCH

12 lipca 2012 r. Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Naczelnego Sądu Administracyjnego z wnioskiem o wyjaśnienie przepisów, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych, co wyraził, przedstawiając następujące zagadnienie prawne: „Czy uchwała rady gminy w przedmiocie opłat za korzystanie z przedszkoli publicznych przewidująca ulgi w opłatach za pobyt w przedszkolu publicznym dla drugiego oraz kolejnych dzieci z jednej rodziny stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 14 ust. 5 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 2004 r. nr 256, poz. 2572 ze zm.)?”

W uzasadnieniu wniosku wskazano, że w orzecznictwie sądów administracyjnych po-

wstały rozbieżności dotyczące zagadnienia, czy ustanawianie w uchwałach rad gmin ulg w opłatach za pobyt w przedszkolu publicznym drugiego lub kolejnych dzieci z tej samej rodziny stanowi przekroczenie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 14 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty.

Uchwały takie były kwestionowane przez organy nadzoru (województw) ze względu na naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń oraz naruszenie konstytucyjnej gwarancji równości obywateli.

Udzielając odpowiedzi na zadane pytanie prawne, Naczelny Sąd Administracyjny w składzie siedmiu sędziów zważył, co następuje.

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich jest w pełni uzasadniony poważnymi rozbieżnościami występującymi w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych. Ponadto omawiana problematyka dotyczy ważnych zagadnień społecznych, takich jak ochrona rodziny, zapewnienie równych szans edukacyjnych i powszechnego dostępu do edukacji, do których ustawodawca odnosi się wielokrotnie zarówno w normach konstytucyjnych, jak i przepisach ustawowych.

Argumenty podnoszone w części orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych, przemawiające przeciwko stosowaniu ulg w opłatach za świadczenia przedszkoli publicznych w przypadku rodzin wielodzietnych dotyczą naruszenia zasady równości wobec prawa oraz zasady ekwiwalentności.

W pierwszej kolejności dla oceny, czy w omawianej sprawie doszło do naruszenia, wyrażonej w art. 32 Konstytucji, zasady równości, konieczne jest ustalenie cechy relewantnej, czyli kryterium, według którego oceniać się będzie sytuację rodzin, w których są dzieci uczęszczające do przedszkola publicznego, jako adresatów ocenianych norm prawnych. Stwierdzenie nierówności w traktowaniu obywateli możliwe jest bowiem tylko w odniesieniu do podmiotów podobnych, a więc porównywalnych. Jest oczywiste, że inna jest sytuacja rodzin, w których do przedszkola uczęszcza jedno dziecko, i rodzin wielodzietnych, gdzie takich dzieci jest dwoje lub kilkoro. Nawet jednak wśród rodzin wielodzietnych liczba dzieci korzystających ze świadczeń w przedszkolach publicznych w sposób bardzo istotny różnicuje ich sytuację, albowiem wpływa na wysokość ponoszonych opłat. Dlatego, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, porównywana powinna być sytuacja rodzin posiadających określoną liczbę dzieci uczęszczających do przedszkola publicznego. Uchwały przewidujące ulgi w opłatach za korzystanie ze świadczeń przedszkolnych w sposób identyczny kształtują bowiem sytuację osób znajdujących się w tym samym stanie faktycznym, relewantnym z punktu widzenia założeń zwolnienia od opłaty. Rodziny posiadające określoną, taką samą liczbę dzieci są zobowiązane do ponoszenia opłat w tej samej wysokości. Ich sytuacja faktyczna i prawna jest identyczna, nie można zatem mówić o naruszeniu zasady równości.

Zgodzić się trzeba z poglądem wyrażanym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, że zasada równości nie może być rozumiana jako wartość bezwzględna i absolutna (tj. w znaczeniu formalnym), jej granice wyznaczają bowiem inne zasady i normy konstytucyjne. O naruszeniu tej zasady można mówić dopiero wówczas, gdy w tożsamej sytuacji różnicuje się prawa jednostki bez uzasadnienia opartego na przepisach konstytucyjnych.

Za przyjęciem ulg w opłatach za korzystanie z przedszkoli publicznych za pobyt w przedszkolu dla drugiego i kolejnych dzieci z jednej rodziny przemawiają też normy

konstytucyjne. Zgodnie z art. 18 Konstytucji pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej znajdują się rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo. Z kolei art. 71 ust. 1 Konstytucji stanowi, że państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych.

Z brzmienia przywołanej normy konstytucyjnej nie wynika przy tym wymóg, aby szczególna pomoc ze strony władz publicznych miała być kierowana do rodzin wielodzietnych tylko wtedy, gdy znajdują się one w trudnej sytuacji materialnej i społecznej. Trzeba mieć bowiem na uwadze treść art. 18 ustawy zasadniczej. Stanowi on, że małżeństwo, jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Skoro państwo mocą normy konstytucyjnej otacza opieką rodzinę, macierzyństwo i rodzicielstwo, należy uznać, że użycie w art. 71 Konstytucji określenia „zwłaszcza” przy rodzinach wielodzietnych oznacza, iż ustawodawca zamierzał otoczyć je szczególną opieką, bez względu na sytuację materialną, w jakiej się znajdują.

Przyznanie zatem rodzinom wielodzietnym preferencji w zakresie opłat za świadczenia przedszkolne nie jest nieuzasadnionym przywilejem, lecz realizacją konstytucyjnych zasad, zgodnie z którymi państwo otacza ochroną i opieką rodzinę, macierzyństwo i rodzicielstwo, a zwłaszcza rodziny wielodzietne.

Sąd podzielił także stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich, że przedszkola publiczne nie mogą być traktowane jak przedsiębiorstwa komercyjne. Są one placówkami oświatowymi realizującymi funkcje zarówno opiekuńczo-wychowawcze, jak i edukacyjne. Prowadzenie przedszkoli jest obowiązkowym zadaniem własnym gminy, która zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 6a i 16 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 ze zm.) zobowiązana jest do wspierania rodziny i polityki prorodzinnej. Zadaniem oświatowym gmin jest zapewnienie w przedszkolach kształcenia, wychowania i opieki, w tym profilaktyki społecznej. Wiąże się to z wymogiem zapewnienia warunków technicznych oraz finansowych w celu stworzenia odpowiednich warunków nauki, opieki i wychowania dzieci w wieku przedszkolnym. Ustawodawca w art. 14 ust. 5 ustawy o systemie oświaty pozostawił organom samorządu gminnego swobodę w zakresie ustalania opłat, umożliwiając im tym samym realizację konstytucyjnych zasad zapisanych w art. 18 i art. 71 ust. 1 Konstytucji RP. Z brzmienia art. 6 ust. 1 pkt 2 i art. 14 ust. 5 ustawy o systemie oświaty wynika bowiem, że czas bezpłatnego pobytu dziecka w przedszkolu publicznym nie może być krótszy niż 5 godzin dziennie. Oznacza to jednak, że organ gminy może za pozostały czas pobytu dziecka w przedszkolu ustalić opłaty albo nie, oraz ustalić je w określonej przez siebie wysokości. Organ samorządu powinien mieć przy realizacji swoich zadań znaczny stopień swobody we wprowadzaniu regulacji, najlepiej odpowiadających lokalnym stosunkom społecznym.

Z tych wszystkich względów należy uznać, że uchwała rady gminy w przedmiocie opłat za korzystanie z przedszkoli publicznych przewidująca ulgi w opłatach za pobyt w przedszkolu publicznym dla drugiego oraz kolejnych dzieci z jednej rodziny nie stanowi naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 14 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty.

W tym stanie rzeczy Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 15 § 1 pkt 2 p.p.s.a. podjął uchwałę z 11 grudnia 2012 r. o sygn. I OPS 6/12.

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA
– PRZEGLĄD ORZECZNICTWA
(październik–grudzień 2012 r.)

PRAWO DO NAUKI (ART. 2 PROTOKOŁU NR 1)

Tekst art. 2 Protokołu nr 1 nie wskazuje języka, w jakim należy prowadzić naukę, prawo do nauki byłoby jednak pozbawione sensu, gdyby osoby, które miały z niego korzystać, nie były uprawnione do tego, aby – w zależności od sytuacji – nauka odbywała się w ich języku narodowym lub w jednym z takich języków.

Wyrok Catan i inni v. Mołdowa i Rosja, 19.10.2012 r., Wielka Izba, skargi nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06, § 137.

Artykuł 2 Protokołu nr 1 musi być odczytywany w świetle art. 8 Konwencji, który chroni m.in. prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Wyrok Catan i inni v. Mołdowa i Rosja, 19.10.2012 r., Wielka Izba, skargi nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06, § 143.

**PRAWO DO WOLNYCH WYBORÓW
(ART. 3 PROTOKOŁU NR 1)**

Warunki udziału partii politycznych należą do podstawowych zasad wyborczych. Z tego względu muszą być tak samo stabilne, jak inne elementy systemu wyborczego.

Wyrok Ekoglasnost v. Bułgaria, 6.11.2012 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 30386/05, § 69.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

W sytuacji gdy różnica traktowania jest oparta na płci lub orientacji seksualnej, swoboda pozostawiona państwu jest wąska. Zasada proporcjonalności nie wymaga

wtedy wyłącznie, aby wybrany środek ogólnie odpowiadał realizowanemu celowi, ale należy wykazać, że był w danych okolicznościach konieczny. W sytuacji gdy różnica traktowania wynika wyłącznie z orientacji seksualnej, oznacza to dyskryminację.

Wyrok X. v. Turcja, 9.10.2012 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 24626/09, § 57.

Władze mają wynikający z art. 14 Konwencji w połączeniu z art. 3 obowiązek podjęcia wszelkich możliwych działań w celu ustalenia, czy przy podejmowaniu decyzji o całkowitym wyłączeniu skarżącego z życia więziennego jakąś rolę mógł odegrać zamiar dyskryminacji.

Wyrok X. v. Turcja, 9.10.2012 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 24626/09, § 62.

WYMOGI DOPUSZCZALNOŚCI (ART. 35) RATIONE MATERIAE

Konwencja nie gwarantuje, jako takiego, żadnego prawa do wjazdu, pobytu i pozostania w państwie, którego dana osoba nie jest obywatelem.

Decyzja Djokaba Lambi Longa v. Holandia, 9.10.2012 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 33917/12, § 81.

Państwa nie mają co do zasady obowiązku zgody, aby ubiegający się o azyl oczekiwał na wynik postępowania imigracyjnego na ich terytorium.

Decyzja Djokaba Lambi Longa v. Holandia, 9.10.2012 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 33917/12, § 81.

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY W PROCESIE ODSZKODAWCZYM TOCZĄCYM SIĘ Z ZASTOSOWANIEM PRZEPISU ART. 160 K.P.A. SĄD JEST WŁADNY SAMODZIELNIE DOKONAĆ OCENY PRAWIDŁOWEGO KRĘGU ZAINTERESOWANYCH W POSTĘPOWANIU ADMINISTRACYJNYM ZAKOŃCZONYM WADĄ OPISANĄ W ART. 156 § 1 K.P.A., STWIERDZONĄ NASTĘPNIE W POSTĘPOWANIU NADZORCZYM ?

Problemy wylaniające się na styku dwóch różnych dziedzin prawa bywają z teoretycznego punktu widzenia niezmiernie interesujące. Dla stron zaś ich rozwiązanie niesie nieraz z sobą bardzo poważne implikacje praktyczne.

Tego rodzaju wątpliwość stała się w ostatnim czasie kanwą kilku publikowanych orzeczeń Sądu Najwyższego, w których zaprezentowane poglądy cechuje rozbieżność.

Tytułem wprowadzenia warto przypomnieć, że uchwałą z 31 marca 2011 r. o sygnaturze III CZP 112/10 pełny skład Izby Cywilnej przesądził, iż do roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej ostateczną decyzją administracyjną wydaną przed 1 września 2004 r., której nieważność lub wydanie z naruszeniem art. 156 § 1 k.p.a. stwierdzono po tym dniu, ma zastosowanie art. 160 § 1, 2, 3 i 6 k.p.a. – a zatem zespół norm prawnych uchylonych ustawą, która weszła w życie 1 września 2004 r. Sąd Najwyższy uznał w tym orzeczeniu, że choć decyzja nadzorcza jest nieodzowna do uznania ostatecznej wadliwej decyzji za czyn niedozwolony, to jednak jest ona wynikiem zgodnego z prawem działania zmierzającego do wyeliminowania skutków wcześniejszego wadliwego postępowania władzy publicznej; natomiast data zdarzenia będącego źródłem szkody, czyli pierwotnej decyzji obciążonej jedną z wad wymienionych w art. 156 § 1 k.p.a., determinuje stosowanie w postępowaniu zmierzającym do usunięcia skutków tej szkody porządku prawnego z owej daty.

Wątpliwość, której poświęcony zostaje niniejszy tekst, brzmi następująco: czy osoba, której udział nieprawidłowo pominięto w postępowaniu administracyjnym zakończonym wydaniem wadliwej decyzji, może teraz – po wyeliminowaniu tej decyzji z obrotu prawnego – wystąpić jako powód w procesie przewidzianym treścią d. art. 160 § 5 k.p.a.? Uchwała Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2012 r. o sygnaturze III CZP 28/12 przynosi odpowiedź pozytywną na to pytanie – podobnie jak kilka innych orzeczeń

SN z poprzedzających ją dwóch lat. W rozstrzygnięciach SN prezentowany jednak bywa także pogląd przeciwny, czego przykładem jest między innymi niedawny wyrok z 13 października 2010 r., sygn. I CSK 25/10. Wszystkie orzeczenia, o których tutaj mowa, zapadły w trzyosobowych składach sędziów.

Ponieważ dominująca obecnie jest linia orzecznicza przychylna dla koncepcji szerokiego rozumienia kręgu osób uprawnionych do wystąpienia z powództwem o naprawienie szkody spowodowanej wydaniem decyzji administracyjnej, co do której zapadł prejudykat stwierdzający, że była ona obarczona wadą rażącego naruszenia prawa – tę właśnie linię należy tutaj zrelacjonować przede wszystkim. Rozumowanie prezentowane przez Sąd Najwyższy opiera się w znacznej mierze na konstatacji, że z momentem wydania decyzji nadzorczej – czy to stwierdzającej nieważność dawniej zapadłego, ostatecznego rozstrzygnięcia, czy też stwierdzającej wydanie go z rażącym naruszeniem prawa – przebieg wadliwego postępowania, tak samo jak jego wynik, przestaje wiązać. Wobec tego jeżeli oprócz jednej z podstaw wymienionych w art. 156 § 1 k.p.a. w pierwotnym postępowaniu administracyjnym zaistniała nieprawidłowość polegająca na pozbawieniu strony udziału w nim bez swojej winy, czyli błąd sam w sobie należący do katalogu przesłanek wznowienia postępowania – to ocena sprawy przez pryzmat procedury nieważnościowej, jako dalej idącej, ma pierwszeństwo.

Zastosowanie i zakończenie wynikiem przewidzianym treścią art. 158 k.p.a. owej dalej idącej procedury nadzwyczajnej ma między innymi ten skutek, że tracą znaczenie ustalenia wadliwego postępowania dotyczące między innymi kręgu jego uczestników. Oznacza to, że sąd cywilny w procesie wszczętym na podstawie przepisu art. 160 k.p.a. może i powinien dokonać samodzielnych ustaleń co do tego, czy powód – względnie: czy wszyscy powodowie – dotknięty został szkodą, jako następstwem w udowodnionym normalnym związku przyczynowym wadliwej decyzji. Tym samym sąd cywilny, bez oparcia na prejudykacie, jakim jest decyzja nadzorcza, ocenia, czy osoby występujące w charakterze powodów są czynnie legitymowane w procesie odszkodowawczym. Rozumie się przy tym samo przez się, że sąd powszechny dokonuje tego rodzaju oceny również wówczas, gdy uprawnienia powodów mają źródło w następstwie prawnym po osobach nieprawidłowo pominiętych – to znaczy nieuczestniczących – w pierwotnej sprawie administracyjnej.

Kanwą większości przedstawianych tutaj orzeczeń stały się procesy będące konsekwencją stwierdzenia wydania z rażącym naruszeniem prawa rozstrzygnięć administracyjnych odmawiających ustanowienia użytkownika wieczystego tak zwanych gruntów warszawskich na rzecz przedwojennych właścicieli bądź ich prawnych następców. Gwoli ścisłości trzeba podać, że również najnowsze spośród rozstrzygnięć Sądu Najwyższego prezentujących linię przeciwną tezie orzeczeń powyżej zrelacjonowanych, to znaczy wyrok z 13 października 2010 r., sygn. I CSK 25/10, miało za przedmiot roszczenia odszkodowawcze mające źródło w wadliwym zastosowaniu przepisów art. 7 dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy. W tym odmiennym od przeważającego trendu orzeczniczego rozstrzygnięciu wyeksponowany został argument, że skoro postępowanie nadzorcze przewidziane art. 156 i n. k.p.a. toczy się jako nowa, osobna procedura, a krąg jej uczestników nie musi być tożsamy ze składem podmiotów biorących udział w dawnej sprawie administracyjnej obarczonej w swym wyniku rażącym błędem – to przymioty pozwalające na przy-

branie pozycji powoda dochodzącego roszczeń w postępowaniu odszkodowawczym powinny podlegać ocenie tylko na podstawie przebiegu zdarzenia będącego źródłem szkody, czyli – dawniej zakończonej procedury administracyjnej.

Sposób wnioskowania, na którym opiera się linia orzecznicza nakazująca sądowi powszechnemu samodzielną ocenę prawidłowego kręgu uczestników pierwotnego postępowania administracyjnego, wydaje się zdecydowanie bardziej przekonujący. W wielu sprawach o odszkodowania wynikające z wadliwego stosowania norm „dekrety warszawskiego” zyskałyby on dodatkowe wsparcie, gdyby powołać również argument z treści art. 209 Kodeksu cywilnego (stosowanego poprzez analogię). Mianowicie: ponieważ wynikające z art. 7 dekretu uprawnienie do ubiegania się o przyznanie prawa użytkowania wieczystego „w miejsce” utraconej *ex lege* własności gruntu należy traktować jako roszczenie natury cywilnoprawnej, dla którego ustawodawca przewidział administracyjnoprawny tryb dochodzenia, zatem złożenie w przepisany terminie tak zwanego wniosku dekretowego było w istocie swojej tak zwaną czynnością zachowawczą, zmierzającą do zachowania wspólnego prawa wszystkich uprawnionych. Prawem tym jest ekspektatywa uzyskania użytkowania wieczystego. Nieziszczenie się owej ekspektatywy z przyczyny stwierdzonego w administracyjnym postępowaniu nadzorczym wadliwego działania władzy publicznej otwiera zatem wszystkim współuprawnionym drogę do uzyskania odszkodowania.

Najbardziej interesującym spostrzeżeniem dającym się wysnuć z tezy najobszerniej tu omówionej uchwały o sygnaturze III CZP 28/12 wydaje się jednak to, że orzeczenie to stanowi nieczęsty, a w tym wypadku godny akceptacji przejaw wzajemnego przenikania się materii prawa cywilnego i administracyjnego.

Pytanie o obronę (12)

Antoni Bojańczyk

JAKIE KONSEKWENCJE PROCESOWE WYWOŁUJE NIEZAAKCEPTOWANIE PRZEZ MANDANTA OSOBY OBROŃCY SUBSTYTUCYJNEGO?

1. Odpowiedź na tytułowe pytanie nie jest łatwa. I nie chodzi tu tylko o różnorodność i zniuansowanie potencjalnych konfiguracji procesowych, które sprawia, że nie wydaje się możliwe zaprezentowanie jednego, wiążącego stanowiska wobec analizowanej kwestii. Bardzo wiele zależy bowiem od przyjętych wcześniej założeń ogólnych co do relacji łączącej mandanta z obrońcą, głównie o charakterze aksjologicznym. Wszak zaakceptowanie tych lub innych założeń podstawowych będzie nieuchronnie determinowało ocenę konkretnych układów procesowych czy mniej lub bardziej utartej „praktyki substytucyjnej”. W pierwszej kolejności wypada więc przedstawić właśnie założenia o charakterze ogólnym, dotyczące problematyki związanej ze swobodą wyboru osoby obrońcy, a dopiero następnie odnieść się do kwestii bardziej szczegółowych.

2. Prawo do korzystania z pomocy obrońcy ma charakter swobodny (otwarty) w tym sensie, że polskie ustawodawstwo przyjęło założenie, w myśl którego to oskarżony w zasadzie w sposób nieskrępowany decyduje o tym, który konkretnie adwokat ma być jego obrońcą (por. art. 42 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP, art. 83 § 1 *in principio* k.p.k.). Trzeba podkreślić, że wyraźne zaakcentowanie reguły swobodnego wyboru osoby obrońcy przez samą ustawę zasadniczą („każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania, może on w szczególności wybrać obrońcę [...]”) ma szczególnie doniosłe znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia ewentualnych sporów interpretacyjnych dotyczących kwestii wyboru obrońcy i obrony wykonywanej przez obrońcę substytucyjnego. Oznacza to bowiem, że ustrojodawca przywiązuje szczególne znaczenie do wolności wyboru obrońcy w postępowaniu karnym (ale szerzej – także w każdym postępowaniu o charakterze represyjnym). Wydaje się zatem, że z regulacji konstytucyjnoprawnej płynie obowiązek ścisłej (lub nawet – restryktywnej) oceny wszystkich tych regulacji ustawowych, które ograniczają prawo do wolnego wyboru osoby obrońcy, i bardzo ostrożnego podchodzenia do tych układów procesowych, w których dochodzi do tego typu ograniczeń. Uzasadnienie koncepcji swobody wyboru obrońcy i funkcja takiej

regulacji to zagadnienie powikłane i niedostatecznie zbadane przez piśmiennictwo. Szczegółowe omówienie tych kwestii wykraczałoby daleko poza ramy objętościowe niniejszego cyklu. W tym miejscu godzi się jednak powiedzieć, co następuje.

Ratio legis zasady swobody wyboru obrońcy należy upatrywać, jak się zdaje, w konieczności najpełniejszego zagwarantowania więzi zaufania łączącej mandanta i jego obrońcę. Dla powstania pełnego zaufania pomiędzy obrońcą a mandantem niewystarczająca jest zatem sama ustawowa gwarancja fachowości po stronie obrońcy (wynika ona z tego, że funkcję obrońcy może pełnić wyłącznie osoba upoważniona do obrony w myśl przepisów o ustroju adwokatury, por. art. 82 k.p.k.). Równie istotne są tu czynniki o charakterze czysto subiektywnym, leżące po stronie samego mandanta: jego stosunek do osoby obrońcy, do jego umiejętności i zdolności, do obranej przez niego w konkretnej sprawie taktyki obrończej. Wydaje się więc, że wcale nie będzie przesadą stwierdzenie, iż przy wyborze obrońcy (i zawiązaniu się stosunku zaufania pomiędzy mandantem i obrońcą) niepoślednią rolę odgrywa także osobowość obrońcy (a więc czynnik zgoła pozaprofesjonalny, którego ustawa procesowa nie uwzględnia przy określaniu osób upoważnionych do obrony) i zaakceptowanie tej osobowości przez mandanta. Wszystkie te okoliczności mają istotne znaczenie dla mandanta: w końcu to obrońcy powierza on ochronę swoich najważniejszych dóbr prawnych, którym realnie może zagrozić wynik procesu karnego. Zaufanie do obrońcy jest zatem rzeczą zupełnie pierwszoplanową. Na marginesie tylko wypada dodać, że o wymogu fachowości obrońcy – co znamienne – Konstytucja milczy. Czy jest to pominięcie celowe, czy też ma ono raczej charakter przypadkowego błędu ustrojodawcy, to inna sprawa. Z punktu widzenia niniejszych rozważań znaczenie ma wyłącznie to, że ustawa zasadnicza silnie akcentuje prawo oskarżonego (podejrzanego) do wyboru osoby obrońcy.

3. Swoboda wyboru obrońcy nie ma jednak charakteru nielimitowanego. Ustawodawstwo wprowadza wiele – mniej lub dalej idących – odstępstw od zasady swobody wyboru obrońcy. Nie mają one przy tym wspólnego mianownika i są podyktowane niejednorodnymi względami.

W postępowaniu karnym tylko wyjątkowo w dokonaniu wyboru osoby obrońcy (przy stosunku obrony z wyboru) może oskarżonego wyręczyć inny podmiot. Za nieletniego lub ubezwłasnowolnionego oskarżonego ustanowić obrońcę może osoba, pod której pieczęą pozostaje oskarżony (art. 76 k.p.k.). Jeżeli oskarżony jest pozbawiony wolności, ustanowić obrońcę może „inna osoba”, o czym należy niezwłocznie zawiadomić oskarżonego (art. 83 § 1 k.p.k.). Ostatnie słowo co do wyboru obrońcy w sytuacjach opisanych zarówno w przepisie art. 76 k.p.k., jak i w art. 83 § 1 k.p.k. należy jednak zawsze do oskarżonego. Może on (ale nie musi) usankcjonować wybór podmiotu trzeciego bądź to przez upoważnienie danego obrońcy do prowadzenia obrony w dalszym ciągu w postępowaniu, bądź też przez zachowanie pasywności, co będzie tożsame z niepodważeniem skuteczności upoważnienia do obrony udzielonego „zastępczo”. Oskarżony może też ustanowić innego obrońcę w miejsce dotychczas wyznaczonego przez podmiot trzeci (traci wtedy moc wcześniejsze upoważnienie do obrony) lub *expressis verbis* cofnąć upoważnienie do obrony pochodzące od osób wskazanych w art. 76 k.p.k. i art. 83 § 1 k.p.k. Istotne tutaj jest to, że mimo wprowadzenia przez ustawę procesową pewnych odstępstw od konstytucyjnej zasady swobody wyboru obrońcy w przypadku obrony z wyboru mają one – po pierwsze – charakter gwarancyjny dla samego oskarżonego

(chodzi wszak o wyłączenie go w możliwości ustanowienia obrońcy wtedy, gdy wybór i ustanowienie obrońcy mogłyby być dla niego samego utrudnione z powodu okoliczności o charakterze zobiektywizowanym), a po wtóre, nie mają charakteru nieodwracalnego (trwałego); podlegają ewentualnej rewizji ze strony oskarżonego.

Ograniczenia w swobodzie wyboru obrońcy wprowadza również ustawa ustrojowa adwokatury (art. 25 ust. 2 Prawa o adwokaturze). Przepis ten nasuwa zresztą zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia jego zgodności z konstytucyjną zasadą swobody wyboru. Oczywiście ma on zdecydowanie mniejsze znaczenie praktyczne obecnie, gdy tylko mały odsetek adwokatów wykonuje zawód w zespołach adwokackich. Zespoły jednak nadal istnieją, a przepis nie został uchylony. Wolno żywić wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście ustawa powinna przyznawać kierownikowi tak dalece idącą swobodę w zakresie wyboru adwokata, usuwając w zasadzie na drugi plan wolę klienta i operując bardzo nieprecyzyjnie sformułowaną przesłanką pozwalającą na nieuwzględnienie tej woli („kierownik zespołu uwzględnia życzenia klienta co do wyboru adwokata, chyba że uzasadnione względy uniemożliwiają temu adwokatowi udzielenie pomocy prawnej”). Wątpliwości te pogłębia fakt, że ustawa nie przewiduje możliwości poddania decyzji kierownika jakiegokolwiek kontroli.

I wreszcie wyłączona jest swoboda oskarżonego co do wyboru obrońcy w razie wyznaczenia mu obrońcy z urzędu (*argumentum a contrario ex* art. 81 § 2 k.p.k., por. też m.in. postanowienie SN z 1 grudnia 1999 r., sygn. III KZ 139/99, „Palestra” 2000, nr 2–3, s. 175). Takie jest też stanowisko organów strasburskich, które uważają, że Europejska Konwencja Praw Człowieka „nie gwarantuje oskarżonemu prawa do wyboru obrońcy z urzędu ani bycia konsultowanym w tej sprawie przez sąd” (decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka *F. przeciwko Szwajcarii* z 9 maja 1989 r., cyt. w tłumaczeniu M. A. Nowickiego). Na inne uregulowanie zasad korzystania z pomocy z urzędu z wyboru zezwala też wyraźnie Konstytucja, pozostawiając ustawie zwykłej określenie zasad korzystania z pomocy obrońcy z urzędu (art. 42 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP *in fine*). W efekcie w obecnym systemie prawnym funkcjonują równoległe dwa różne reżimy obrony, odmiennie normujące kwestię swobody wyboru obrońcy. Do tego kontrowersyjnego zagadnienia wypadnie wrócić kiedy indziej w tym cyklu. Wymaga ono jednak drobiazgowej analizy różnic pomiędzy istotą i funkcją obrony z urzędu i obrony z wyboru.

4. Rzecz jasna, bezwzględne przeprowadzenie zasady swobodnego wyboru obrońcy nie jest w praktyce możliwe także z powodów przyziemnych, o charakterze czysto organizacyjnym. Niedające się z góry przewidzieć obciążenie obowiązkami adwokackimi zmusza do korzystania z instytucji substytucji obrończej. Kodeks postępowania karnego nie reguluje wprost zagadnienia udzielania substytucji w ramach stosunku obrończego (czy to z wyboru, czy z urzędu). Ustawa ustrojowa zawiera wprawdzie odrębny przepis (art. 25 ust. 3 Prawa o adwokaturze) upoważniający wyraźnie adwokata-członka zespołu adwokackiego do udzielenia substytucji (również w sprawie karnej) wtedy, gdy „nie może wziąć osobiście udziału w rozprawie lub wykonać osobiście poszczególnych czynności w sprawie”, lecz nie określa ona zasad, na których ma być udzielona substytucja. W szczególności milczy o tym, czy adwokat (kierownik zespołu adwokackiego) ma się konsultować lub uzyskiwać zgodę mandanta na osobę substytutą.

Jeżeli chodzi o udzielenie substytucji w sytuacji obrony z urzędu, to trzeba przyjąć (*argumentum a maiori ad minus*), że skoro ustawodawca uznaje, iż wola oskarżonego co do osoby ustanawianej obrońcą z urzędu nie ma dla podmiotu wyznaczającego obrońcę

z urzędu wiążącego znaczenia, to – konsekwentnie – nie jest także wymagane wyjednanie przez obrońcę z urzędu zgody oskarżonego na osobę obrońcy substytucyjnego. Tu osoba konkretnego obrońcy – z woli samego ustawodawcy – nie odgrywa żadnego znaczenia. A zatem w tym zakresie obrona z urzędu ma także odmienny (niższy) standard niż obrona z wyboru.

Inaczej przedstawia się jednak zagadnienie w przypadku obrony z wyboru i ustanowienia przez mandanta obrońcy z wyboru. Skoro tak istotnym momentem procesowym tego rodzaju stosunku obrończego (eksponowanym, jak powiedzieliśmy, przez samą Konstytucję) jest swobodny wybór osoby obrońcy, to nie może to pozostać bez wpływu na dopuszczalność udzielania przez obrońcę z wyboru substytucji obrończej i konsekwencje procesowe niezaakceptowania przez mandanta osoby obrońcy substytucyjnego. Przede wszystkim należy powiedzieć, że konsekwencje procesowe związane z ewentualnym zaakceptowaniem bądź niezaakceptowaniem osoby obrońcy substytucyjnego przez mandanta wyznacza treść „pierwotnego” upoważnienia do obrony, swobodnie ukształtowanego przez oskarżonego i obrońcę. W tym zakresie może mieć ono charakter nieograniczony bądź ograniczony.

Jeżeli upoważnienie do obrony wyraźnie wyłącza dopuszczalność wyłączenia się przez obrońcę z wyboru substytutem (w ogóle czy też tylko odnośnie do określonych czynności procesowych), to należy uznać, że ewentualne naruszenie zakresu upoważnienia do obrony przez obrońcę z wyboru i wyznaczenie wbrew warunkom „pierwotnego” upoważnienia do obrony obrońcy substytucyjnego musi prowadzić – w warunkach tzw. obrony obligatoryjnej – do naruszenia art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. Nieco inaczej przedstawia się sprawa wtedy, gdy obrońca nie działa w sytuacji zmaterializowania się przesłanek obrony obligatoryjnej, a zatem gdy chodzi o ocenę tego typu uchybienia z punktu widzenia przesłanek stygizowanych w przepisie art. 438 pkt 2 k.p.k. Mając na uwadze konstytucyjny charakter zasady swobody wyboru obrońcy, należałoby uznać, że uchybienie to ma doniosły charakter, w rachubę wchodzi jednak naruszenie przepisu rangi ustrojowej. Szkopuł jednak w tym, że trudne (jeżeli wręcz nie niemożliwe) może się okazać wykazanie potencjalnego wpływu naruszenia na treść orzeczenia, czego przecież wymaga przepis formułujący katalog tzw. względnych przyczyn odwoławczych (art. 438 k.p.k.). Wszak oskarżonego w postępowaniu reprezentuje obrońca i jego prawo do obrony jest realizowane (inna sprawa, że nie przez tego obrońcę, którego wyraźnie wyznaczył do obrony).

Upoważnienie do obrony może z kolei nie zawierać żadnych ograniczeń co do zakresu podmiotowego substytucji. Wyłania się wówczas pytanie, jak należy interpretować zakres takiego upoważnienia. W rachubę wchodzi dwa możliwe rozwiązania.

Pierwsze zakłada, że tego typu ujęcie upoważnienia do obrony oznacza, iż obrońca z wyboru nie musi się liczyć ze zdaniem mandanta co do charakteru czynności procesowych, co do których może zostać udzielone upoważnienie substytucyjne, i co do wyboru samej osoby substytutu, że upoważnienie ma najszerszy charakter, jeżeli idzie o udzielanie substytucji przez obrońcę, który ma w tym zakresie „wolną rękę” i jest zwolniony z obowiązku konsultowania się z mandantem. Byłoby to jednak w zasadzie tożsame ze stosowaniem, na zasadzie analogii, przepisów Kodeksu postępowania cywilnego regulujących zakres pełnomocnictwa procesowego, w tym w szczególności dyspozycji art. 91 pkt 2 k.p.c., w myśl którego pełnomocnictwo procesowe obejmuje z samego prawa umocowanie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa procesowego

adwokatowi. Przeciwno takiemu stanowisku przemawiają silnie względy wykładni dokonywanej w duchu prokonstytucyjnym. Aprobata dla takiego poglądu oznaczałaby bowiem przyjęcie założenia jawnie antykonstytucyjnego, to znaczy uznania, że milczenie oskarżonego równa się jego rezygnacji z prawa do wyboru osoby obrońcy, z prawa do decydowania także o tym, kto jest jego (substytucyjnym) obrońcą. Oczywiście nie można zanegować, że oskarżony ma prawo do zrezygnowania z przyznanego mu przez konstytucję uprawnienia. Takiej rezygnacji nie wolno jednak domniemywać – musi ona w sposób jednoznaczny i bezsporny wynikać z samej treści upoważnienia do obrony. Zatem na obszarze prawa karnego procesowego i substytucji obrończej należy przyjąć – odmiennie niż na gruncie prawa cywilnego procesowego (art. 91 pkt 2 k.p.c.) – regułę, że w razie milczenia upoważnienia do obrony co do zakresu prawa obrońcy do substytucji nie blokuje ono wprawdzie możliwości ustanawiania przez obrońcę substytutów, ale wymaga każdorazowego wyjednanego zgody mandanta na ustanowienie obrońcy substytucyjnego. Zaletą tego rozwiązania jest jego zgodność z konstytucyjną zasadą wolności wyboru obrońcy. Pośrednio zatem mandant akceptuje wybór osoby substytutu dokonany przez obrońcę (możliwe jest oczywiście wyraźne uregulowanie tej kwestii w upoważnieniu do obrony w ten sposób, że udzielanie substytucji przez obrońcę jest dopuszczalne i nie wymaga każdorazowej aprobaty mandanta).

Pozostaje krótko odnieść się do konsekwencji procesowych niez zaakceptowania przez mandanta osoby obrońcy substytucyjnego wybranego przez obrońcę „pierwotnego” (oczywiście przy założeniu, że upoważnienie do obrony zastrzeżę wyraźnie w swej treści uzyskanie zgody mandanta na ustanowienie substytutu). W piśmiennictwie i orzecznictwie dominuje w zasadzie pogląd, że oznacza to cofnięcie upoważnienia do obrony „pierwotnemu” obrońcy i wygaśnięcie tego upoważnienia. Wydaje się, że stanowisko to idzie chyba zbyt daleko. Przecież nie sposób zignorować tego, że wola mandanta wcale nie jest rezygnacja z pomocy „pierwotnego” obrońcy, lecz brak zgody na substytucję (w ogóle) lub na osobę konkretnego substytutu. W takim układzie nie wygasa jednak „oryginalne” upoważnienie do obrony wystawione przez mandanta. Wyjścia z tej sytuacji należałoby poszukiwać w zarządzeniu przerwy w rozprawie czy wyznaczeniu nowego terminu czynności procesowej, co pozwoliłoby na dokonanie ustaleń co do dalszego sposobu wykonywania obrony pomiędzy mandantem a obrońcą. Dopiero niemożność dojścia do porozumienia pomiędzy oskarżonym a obrońcą co do sposobu substytuowania powinna skutkować cofnięciem upoważnienia do obrony.

5. Co do formy samej zgody, to kwestii tej nie reguluje ustawa. Mając jednak na uwadze doniosłość prawa mandanta do wyboru osoby obrońcy (także wtedy, gdy chodzi o obrońcę substytucyjnego), byłoby wskazane, gdyby do formy tej zgody stosować *per analogiam* wymogi obowiązujące w odniesieniu do zaniechania wniesienia środka odwoławczego przez obrońcę, kiedy co do zasady konieczne jest uzyskanie pisemnej zgody oskarżonego na zaniechanie wniesienia środka odwoławczego i właściwe udokumentowanie odmowy udzielenia przez oskarżonego takiej zgody, braku zgody lub niemożności jej uzyskania (por. § 56 Kodeksu etyki adwokackiej). Przemawia za tym także to, że w samym „właściwym” upoważnieniu do obrony wyraźnie określa się osobę obrońcy upoważnionego do obrony. Nie ma powodu, by mniej rygorystyczne wymogi stosować co do wyrażania zgody przez oskarżonego na wybór konkretnego substytutu przez obrońcę, gdy zgody takiej wymaga upoważnienie do obrony.

Problematyka wypadków drogowych

Wojciech Kotowski

OBROŃCA KONTRA PEŁNOMOCNIK W OBLICZU OPINII BIEGŁEGO

Kierujący samochodem marki Jaguar, skręcając w drogę poprzeczną w prawo, zatrzymał się przed przejściem dla pieszych. Kiedy ruszył, mijając już granicę przejścia, na jezdnię weszła piesza, która następnie wpadła na bok samochodu, wskutek czego, będąc zaczepiona zewnętrznym lusterkiem, upadła na jezdnię, doznając obrażeń naruszających czynności organizmu na czas powyżej 7 dni.

Rezultatem postępowania przygotowawczego było wniesienie aktu oskarżenia przeciwko kierującemu samochodem, zarzucającego nieumyślne spowodowanie wypadku, wypełniające znamiona przestępstwa z art. 177 § 1 k.k.

Rozpoznający sprawę sąd rejonowy powołał biegłego ds. rekonstrukcji wypadków drogowych, powierzając mu ustalenie przebiegu wypadku, w tym zachowania jego uczestników, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, zarówno dowodów materialnych, jak i osobowych. Mimo zadania biegłemu niefortunnym pytań: 1) kto spowodował wypadek?, 2) kto się przyczynił do jego zaistnienia i w jakim stopniu? – biegły poradził sobie z nimi doskonale, odbierając intencję pytającego. Kategoryczna odpowiedź na pierwsze pytanie – w myśl której wypadek spowodowała wyłącznie piesza, która w określonej sytuacji mogła zapobiec zdarzeniu, w przeciwieństwie do kierującego, który takiej szansy nie miał – w zasadzie wykluczała zasadność odpowiedzi na drugie pytanie, ponieważ sama w sobie rozstrzygała kwestię winy.

Biegły dokonał dedukcyjnej analizy wzbogaconych przez siebie dowodów materialnych i dowodu osobowego pochodzącego z zeznań pieszej, składanych zarówno przed Policją, jak i przed sądem. Okazało się, że wzbogacony protokół oględzin samochodu Jaguar o dowody materialne w postaci wymiarów: długości – 4961 mm i szerokości – 1877 mm, które biegły wziął z auto-katalogu producenta pojazdu, a także ustalenie odległości śladów na prawym boku nadwozia pojazdu (miejsca kontaktu z pieszą) od czoła pojazdu, dokonane na podstawie zdjęcia boku pojazdu w aksonometrii prostokątnej i równania proporcji wymiarów z katalogu i ze zdjęcia samochodu Jaguar, pozwoliły na dokładne wyliczenie odległości śladu kontaktu pieszej na prawym boku nadwozia

od czoła samochodu Jaguar. Ustalenia oznaczają, że samochód Jaguar swoim czołem nadwozia przeciął tor ruchu pieszej na odcinku drogi wynoszącym ok. 1,84 m, zanim piesza na samochód weszła. Ze szkicu miejsca wypadku drogowego biegły wziął jedyny wiarygodny pomiar, a mianowicie szerokość jezdni wynoszącą 5 m. Z dowodów osobowych, zresztą ze zgodnych wyjaśnień kierującego i zeznań pieszej, wynika, że oboje uczestnicy zdarzenia: kierujący przed wjazdem, a piesza przed wejściem na przejście dla pieszych, zatrzymali się na chwilę. Z ustaleń biegłego wynika także, że oboje, a więc zarówno piesza, jak i kierujący samochodem Jaguar z hydrokinetycznym sprzęgłem i automatyczną skrzynią biegów (samoczynne przełączanie biegów zmieniającymi się oporami ruchu pojazdu) – poruszali się po przejściu z porównywalną prędkością 4–5 km/h.

Obrońca oskarżonego zρέcznie wyeksponował najmocniejsze i niebudzące wątpliwości ustalenia biegłego, zawarte zresztą w wyjątkowo rzetelnej opinii.

Pełnomocnik pokrzywdzonej, nie mając innych argumentów, wniósł o wyłączenie biegłego, zarzucając mu brak bezstronności i tendencyjność opracowania. Chodziło o to, że biegły ośmielił się wykazać przed sądem brak wyobraźni pieszej, co ubarwił jej stwierdzeniem: „w tym momencie wyleciałam w powietrze”. Jest oczywiste, że w określonej sytuacji drogowej kontakt pieszej z samochodem nie mógł spowodować relacjonowanych skutków.

Sąd uznał za zasadne wnioski obrońcy oskarżonego, oddalił wniosek pełnomocnika pokrzywdzonej oraz uniewinnił oskarżonego od zarzutu spowodowania wypadku.

W świetle obowiązującego w dniu zdarzenia stanu prawnego, określającego zachowanie uczestników ruchu drogowego, brak było zarówno technicznych, jak i prawnych podstaw postawienia kierującemu samochodem Jaguar zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 1 p.r.d. przez niespełnienie wymogu „ustąpienia pierwszeństwa pieszemu znajdującemu się na przejściu”, a tym samym postawienia go w stan oskarżenia. Natomiast piesza, wkraczając na przejście dla pieszych w obecności znajdującego się już na nim pojazdu, naruszyła przepis zawarty w art. 14 ust. 1 pkt a p.r.d., zabraniający pieszemu „wchodzenia na jezdnię bezpośrednio przed jadący pojazd, w tym również na przejściu dla pieszych”.

Biegły dokonał gruntownej analizy przebiegu zdarzenia, dochodząc do słusznych wniosków mimo lakonicznego i nieprofesjonalnego opisu dokonanego przez funkcjonariuszy Policji. Opis ten zamykał się stwierdzeniem, że kierujący samochodem po skręceniu w prawo potrafił pieszą, która weszła na przejście dla pieszych od prawej do lewej. Sama jego treść była dezinformująca w kwestii sposobu kontaktu pojazdu z pieszą, z góry sugerowała, że sprawcą jest kierujący. W opisie przebiegu zdarzenia ważne są szczegóły pozwalające na należyte zdefiniowanie rodzaju kontaktu pieszego z pojazdem. Chodzi o to, że jeżeli pojazd wchodzi z pieszym w kontakt: 1) czołem nadwozia, wówczas mamy do czynienia z uderzeniem pieszego, 2) narożnikami czoła nadwozia, wówczas mamy do czynienia z potarciem pieszego, 3) bokiem nadwozia, pieszy wchodzi na bok pojazdu, w takiej sytuacji mamy do czynienia z otarciem się boku nadwozia o pieszego lub zaczepleniem jego tułowia osprzętem nadwozia (np. lusterkiem bocznym).

W chwili wejścia pieszej na prawy bok pojazdu jego czoło znajdowało się już poza torem ruchu pieszej. Analiza dedukcyjna wjazdu-wkroczenia obojga uczestników ruchu wymagała najpierw przyjęcia logicznego toru ruchu pojazdu na wjeździe. Wjazd

szerokości 5,0 m z prawej strony pojazdu był ograniczony chodnikiem z jego krawężnią. Z lewej strony granicę wjazdu stanowiły betonowe słupki wkopane w jezdnię w pewnych odstępach. Biegły przyjął najpierw pierwszy, może dyskusyjny, ale logiczny tor ruchu kierującego pojazdem – środkiem wjazdu, w równej odległości od jego bocznych obramowań. W takim przypadku dla szerokości pojazdu – ok. 1,88 m – prawy bok samochodu Jaguar byłby oddalony od krawężnika chodnika o odległość ok. 1,56 m, a to oznaczałoby, że piesza do chwili kontaktu bocznego z pojazdem musiałaby przebyć odcinek drogi po przejściu właśnie owych 1,56 m. Natomiast jeżeli zatrzymamy obu uczestników ruchu na przejściu w chwili kontaktu pieszej z prawym bokiem nadwozia Jaguara, to czoło pojazdu, aż do szyby przedniej, będzie znajdowało się poza torem ruchu pieszej na długości równej odległości miejsca kontaktu pieszej z pojazdem od jego czoła, to jest ok. 1,84 m. Jeżeli teraz cofniemy pieszą z miejsca kontaktu z pojazdem na krawędź chodnika, z którego zeszła na jezdnię, o odcinek przebytej drogi, to znaczy 1,56 m, i z tą samą prędkością cofniemy pojazd o ten sam odcinek wynoszący 1,56 m, wówczas czoło samochodu będzie wystawać poza tor ruchu pieszej o długość 0,28 m ($1,84\text{ m} - 1,56\text{ m} = 0,28\text{ m}$). Z dedukcyjnego rachunku wynika oczywisty wniosek, że w chwili, gdy piesza schodziła z krawężnika na jezdnię, pojazd nie tylko znajdował się już na przejściu dla pieszych, ale wystawał czołem nadwozia poza jej tor ruchu długością rzędu ok. 30 cm. Zważywszy, że piesza zeznała, iż zrobiła „krok, może 2 kroki po przejściu”, biegły uznał za właściwy stan bardziej korzystny dla pieszej, a więc 2 kroki, i z danych statystycznych dla płci i wieku przyjął długość kroku 50 cm. Zatem za całą drogę według zeznań pieszej przyjął 1 metr. W takim przypadku, po przebyciu przez pieszą po przejściu drogi 1 metra do miejsca kontaktu z bokiem Jaguara, zatrzymaniu się obu uczestników kolizji i cofnięciu się pieszej o 1 metr na krawędź chodnika, cofamy również z tą samą prędkością pojazd o 1 metr. Wówczas odejmując od odległości miejsca kontaktu pieszej od czoła pojazdu odcinek drogi pojazdu 1 metr, otrzymamy 0,84 m ($1,84\text{ m} - 1,0\text{ m} = 0,84\text{ m}$). Według wersji pieszej, po przebyciu przez nią po przejściu dla pieszych drogi ok. 1 m do miejsca kontaktu z bokiem pojazdu, w chwili gdy piesza zdecydowała się wejść z chodnika na przejście, nie tylko pojazd znajdował się na przejściu, ale jego czoło nadwozia wystawało poza tor ruchu pieszej o ok. 85 cm.

Końcowy wniosek dedukcyjnej analizy parametrów ruchu obu uczestników zdarzenia jest następujący. W chwili gdy piesza zdecydowała się zejść z chodnika na przejście dla pieszych, samochód Jaguar znajdował się już na przejściu i częściowo czołem nadwozia przeciął tor ruchu pieszej.

Nie nasuwa wątpliwości, że zarówno stan zagrożenia, jak i sam kontakt fizyczny z bokiem samochodu osobowego Jaguar, kierowanego przez oskarżonego, spowodowała piesza. Ona wszakże, wpadając na będący w ruchu pojazd, odebrała kierującemu samochodem jakiegokolwiek szanse manewru obronnego, ponieważ samochodowi nie można zatrzymać „w miejscu”. Brak jest zatem technicznych, jak i prawnych podstaw utrzymania postawionego kierującemu zarzutu spowodowania wypadku drogowego, a nawet postawienia mu zarzutu przyczynienia się do omawianego zdarzenia. Słusznie sąd, będąc określonego zdania, uniewinnił oskarżonego. Wyrok jest prawomocny.

Co piszczy w prawie

Marian Filar

DARZBÓR

Jeżeli wybieramy się na polowanie, ustalić musimy, na jakiego zwierza zamierzamy zapolować – czy ma być to zając, czy też dzik, zaś by to ustalenie miało w ogóle jakiś sens, rozeznąć jednak musimy, jakiej zwierzyny spodziewać się możemy w lesie, do którego się wybieramy. Gdy już to wszystko ustalimy, nadchodzi czas na przygotowanie stosownej do tych ustaleń broni i amunicji. No, a na sam koniec musimy wybrać właściwy do okoliczności strój myśliwski, w szczególności myśliwski kapelusik.

Nie możemy strzelać breneką do zająca, gdyż rozerwie go na strzępy i żadnej korzyści nikt z tego mieć nie będzie. Nie porazimy też dzika nabojem śrutowym, bo – co najwyżej – go rozsierzdymy, a wtedy trzeba będzie szybko zmykać na drzewo.

W polskiej kniei kryminalistycznej słychać coraz więcej gromkich pohukiwań dziarskich nemrodów wyruszających na łowy z coraz to nowymi konceptami na ich pomyślne rezultaty.

Jak naprawdę wyglądają jej zasoby? Wbrew podtrzymywanym chętnie tezom, przestępczej zwierzyny bynajmniej w niej nie przybywa. Co najmniej od kilku lat ilość tego zwierza utrzymuje się na ustabilizowanym poziomie. Liczba przestępstw stwierdzonych grawituje na poziomie nieco ponad miliona rocznie, z tendencją spadającą. To wprawdzie niemało, ale jak na 40-milionowe państwo o żadnym zalewie przestępczości mowy być nie może. A jaka to zwierzyna buszuje w polskiej kniei kryminalnej? Zwierza grubego ze świecą szukać – nieco ponad 500 zabójstw stwierdzonych rocznie, i to znów z tendencją malejącą. „W temacie” zgwałceń także raczej cieniutko – ok. 1500 czynów stwierdzonych rocznie, oczywiście z tendencją malejącą – cieniutko! W kniei dominuje (tradycyjnie zresztą) kryminalna drobnica – około 25 000 kradzieży rocznie. A czym i z czego strzela się do tej zwierzyny? O wielkich kalibrach zapomnijmy – triumfują zawiasy! Kara pozbawienia wolności z jej warunkowym zawieszeniem to prawie połowa wszystkich orzeczonych kar! To prawie sześć razy więcej niż tzw. bezwzględnej kary pozbawienia wolności, przeszło cztery razy więcej niż kary ograniczenia wolności i nawet w relacji do gryzyny samoistnej trzy razy więcej!

Nawet nad wielką nadzieją polityki kryminalnej opartej na karach wolnościowych

– dozorem elektronicznym – zbierają się czarne chmury. Coraz więcej szeptają się po kątach, że bransoletki wprawdzie są, lecz nie ma wystarczającej ilości elektronicznych stacji bazowych zdolnych bransolety te obsłużyć!

A skąd ta popularność „zawiasów”? Ano z prostej przyczyny! Są one najłatwiejsze i najtańsze w wykonywaniu! Jeśli sędzia waha się, czy orzec karę bezwzględnego pozbawienia wolności, czy „zawiasy” – orzeknie zawiasy. Kondycja naszego więziennictwa znana jest bowiem powszechnie. A tu jeszcze Unia Europejska pogroziła nam palcem w tej kwestii i nie tylko nie będziemy mogli zagęszczać więzień, lecz trzeba je będzie energicznie zmniejszać, bo inaczej będzie nas to słono kosztowało. Zatem ograniczenie wolności? By było ono skuteczne, musi być sprawny aparat nadzorowania jego wykonywania! Może więc grzywna? Dobre sobie! Wiadomo, że kryminalny szaraczek opuści uszka, rozłoży łopatkę i spyta: „A z czego?” Na placu boju pozostają więc nieszczęsne „zawiasy”!

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

KILKA RAD NA KRYZYS

Warto odnotować w kronikach palestry, że do egzaminu adwokackiego w marcu 2013 roku przystąpiło w izbie warszawskiej ponad 850 aplikantów. Kiedy piszę te słowa, nie wiadomo jeszcze, dla ilu z nich egzamin zakończy się pomyślnie, ale bez względu na egzaminacyjne wyniki Warszawa pozostaje niezagrożonym liderem w biciu ilościowych rekordów. Najwięcej adwokatów, aplikantów, spraw z urzędu, skarg i problemów. Tysiące uchwał ORA w sprawach osobowych, setki indywidualnych decyzji dziekana i rozpoznanych spraw członków izby. Ogromne archiwalia i zbiory akt personalnych. Zgromadzenia izby w Sali Kongresowej Pałacu Kultury i Nauki niczym partyjne zjazdy czy ogólnopolskie kongresy.

W nieodległej przyszłości będziemy mieli w stolicy oprócz – ostrożnie szacując – dwóch tysięcy aplikantów, pięć tysięcy adwokatów, z czego grubo ponad połowę o adwokackim stażu nie dłuższym niż trzy lata. To pięć tysięcy krytycznych wyborców, pięć tysięcy płatników składki adwokackiej, pięć tysięcy ludzi, których sprawy (choćby dotyczące rejestru kancelarii czy form wykonywania zawodu) trzeba terminowo załatwiać zgodnie z wymogami k.p.a. Wymaga to szczególnej sprawności i efektywności od biurokratycznego aparatu samorządowego, który utrzymywany jest z jedyne go możliwego źródła – składek adwokackich i aplikanckich. A że składki to obecnie znaczące wydatki dla członków izby, nie zawsze wpływają terminowo i niejednokrotnie niezbędne jest podjęcie kroków dyscyplinujących w celu ich ściągnięcia.

W takiej sytuacji w pełni zrozumiałe jest zarówno zainteresowanie adwokatów każdą złotówką wydaną z samorządowego budżetu, jak i postulaty racjonalizacji (czytaj: ograniczania) wydatków zarówno na poziomie izby, jak i naczelnych władz adwokatury. Coraz większą popularność zyskuje przypominane na fali gospodarczego kryzysu hasło o końcu darmowych obiadów i nie sposób odmówić mu słuszności. W skali kraju pierwszym krokiem powinno być odstąpienie od hucznych rocznicowych obchodów na rzecz skromnych, kameralnych uroczystości i racjonalizacja kosztów osobowych tudzież wydatków na posiedzenia NRA wraz z obniżeniem kosztów noclegu i pobytu jej członków. Przy czym nie idzie o to, aby korzystać z miernej bazy noclegowej, ale o to, aby

uzyskiwać niższe ceny pobytu poprzez efektywne negocjacje i argument wielokrotności korzystania z tego samego hotelu.

W dłuższej perspektywie zasadne byłoby porzucenie filozofii, że jeśli w kasie są pieniądze, to trzeba je koniecznie wydać, bo przepadną. Samorząd zawodowy nie jest wszak jednostką budżetową, której po zakończeniu roku zabiera się niewykorzystane środki. Stałą praktyką powinny stać się wprowadzone w tej kadencji budżety zadaniowe, a każdy wydatek powinien być starannie analizowany. Cóż, nadszedł czas technokratów i dobrze liczących zarządców, odchodzi czas marzycieli i populistów. Realia obecnego roku uzasadniają tę tendencję i biada tym, którzy kwestie finansowe będą bagatelizować.

Efektom kryzysu gospodarczego jest m.in. to, że mówimy o trudnym pieniądzu, wyraźniej dostrzegamy jego wartość i staramy się go szanować. Tym, którzy tak czynią, ale może przede wszystkim tym, którzy tego jeszcze czynić nie zaczęli, gorąco polecam lekturę dzieła (termin jak najbardziej uzasadniony!) Dawida S. Landesa *Bogactwo i nędza narodów. Dlaczego jedni są tak bogaci, a inni tak ubodzy*, Warszawa 2010, które powinno stać się jednym z kanonów edukacji ekonomicznej każdego z nas.

Landes wyjaśnia, dlaczego to Europa stała się w czasach nowożytnych cywilizacyjnym liderem, dlaczego Chiny straciły (choć nie bezpowrotnie) niegdyś swoją szansę na przywództwo, dlaczego Brytyjczycy zbudowali imperium i dlaczego ono upadło, wreszcie z jakich przyczyn kraje islamskie nie potrafią rozwijać gospodarki. Wskazuje, że całkiem niedawno Argentyna miała pozycję i możliwości równe Kanadzie, a jakże różnie potoczyły się gospodarcze i polityczne dzieje obu tych krajów. Jakże smakowity jest wywód Landesa (słowa uznania także za polski przekład Hanny Jankowskiej) o różnicy pomiędzy północnoamerykańskimi kolonistami, twórcami zjednoczonych stanów i społeczeństwem krajów Ameryki Południowej:

„W Ameryce Łacińskiej niepodległość nie była wynikiem zrodzonej w koloniach ideologii i inicjatywy politycznej, ale słabości i nieszczęść Hiszpanii (oraz Portugalii), wynikających z rywalizacji i wojen na kontynencie europejskim. Gdy okazało się, że Hiszpania nie jest w stanie rządzić zza morza, silni ludzie z Nowego Świata wykorzystali powstałą próżnię i przejęli władzę, przy sporadycznym tylko oporze. Niepodległość wślizgnęła się niemal niepostrzeżenie, zaskakując nieuformowane do końca, nierozwinięte jednostki polityczne, których jedynym celem była zmiana panów. Ten rodzaj anarchicznego negatywizmu miał otworzyć epokę wojskowych watażków wyznających kult macho (caudillismo). Nic dziwnego, że historia Ameryki Łacińskiej w XIX wieku przypomina tandetną powieść sensacyjną, stanowiąc jedno pasmo spisków, intryg politycznych, zamachów i kontrzamachów, ze wszystkimi tego stanu konsekwencjami w postaci braku poczucia bezpieczeństwa, złych rządów, korupcji i zacofania gospodarczego. Czy jakiegokolwiek społeczeństwo może długo żyć w takiej atmosferze?” (*Bogactwo*, s. 353).

Choć praca Landesa powstała dwadzieścia lat temu, jego wnioski nie straciły na aktualności. Autor pochwała życie dla pracy, wolę rozwoju i kształcenia oraz wskazuje pożytki codziennego optymizmu. „To nie brak pieniędzy jest hamulcem rozwoju – stwierdza Landes. – Największą przeszkodę stanowi brak gotowości społecznej, kulturowej i technologicznej – brak wiedzy i know-how. Innymi słowy, brak umiejętności użycia pieniędzy” (*Bogactwo*, s. 307).

Mając w pamięci rodzimą historię, nie mogę odmówić sobie zacytowania też jego refleksji na temat jakże nieodległego nam przecież realnego socjalizmu:

„W gospodarce kapitalistycznej bodźcem do pracy jest perspektywa nagrody: «płacisz i wymagasz». Komunizm proponował «lepsze jutro», ale za czekanie trzeba było płacić, a jutro nigdy nie następowało. Kiedy ludzie stojący w kolejkach pracowali? Jak w dowcipie: udawali, że pracują, a państwo udawało, że im płaci. Najgorszą cechą tego systemu była jednak obojętność, co więcej – pogarda dla dobrego gospodarowania i ludzkiej przyzwoitości. W świecie, który potrafił niegdyś wytwarzać i zachowywać piękne rzeczy, nowy system masowo produkował brzydotę: krzywe budynki, niedopasowane okna, fasady pełne plam i liszajów, bloki z gołego betonu, psujące się urządzenia, rdzewiejące maszyny, porzucone metalowe szkielety – jednym słowem wszechobecne plugastwo. To samo, co z rzeczami, system robił oczywiście z ludźmi” (*Bogactwo*, s. 555).

Mamy w Polsce za sobą ponad cztery dekady owego „wszechobecnego plugastwa”, potem dwadzieścia dobrych lat, no i teraz kilka lat nużącego już gospodarczego „spowolnienia”. George Friedman, na którego prognozy kilkakrotnie już zwracałem uwagę, uważa kryzys AD 2008 za typowy i cykliczny, nie przypisując mu żadnych cech kataklizmu (*Następna dekada*, Warszawa 2012, s. 58–70). Jestem pod wrażeniem przejrzystych wywodów:

„Przyczyna jest prosta. Wzrost gospodarki generuje więcej pieniędzy niż możliwości ich szybkiego skonsumowania. Nadwyżka finansowa jest lokowana w nieruchomościach, akcjach i obligacjach, ceny rosną, a stopy procentowe maleją. W końcu ceny osiągają irracjonalny poziom, po czym następuje załamanie. Pieniądzy brakuje, a nieefektywne firmy muszą zakończyć działalność. Cykl rozpoczyna się od początku. I tak jest od momentu powstania nowoczesnego kapitalizmu” – wyjaśnia Friedman (*Następna dekada*, s. 58) i na przykładzie prezydentów USA wskazuje, jak w procesie wychodzenia z kryzysu istotna jest kwestia przywództwa. Pozostając pod wpływem wywodów Machiavellego w dziele *Księżę*, dowodzi, że przywódca w zasadzie nie musi mieć planu naprawy gospodarki (bo ta naprawi się sama), ale musi przekonać wyborców, że go ma, i zarządzać „psychiką narodu”, manipulując strachem i nadzieją.

Pięć lat mówienia o kryzysie pozostawia wszakże trwałe ślady w ludzkiej świadomości. Odbiera skłonność do ryzyka i skłania do oszczędzania. Z adwokackiej perspektywy sprowadza się to do mniejszej ilości pracy i niższych zarobków. Oznacza niejednokrotnie konieczność prowadzenia sprawy „po kosztach”, a nawet akceptację straty, by zapewnić zajęcie sobie czy prawniczemu zespołowi. Władze samorządowe powinny brać to pod uwagę, nie tylko zabiegając w kontaktach z władzą państwową o rozszerzenie przymusu adwokackiego, ale i planując swoje wydatki.

Może warto podjąć dyskusję na temat wyłączenia zawodów zaufania publicznego z systemu powszechnego ubezpieczenia społecznego na rzecz własnego funduszu? Skoro darmowe obiady się skończyły, może warto skończyć z odprowadzaniem składek na rzecz niesprawnego molocha – Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i mieć swój efektywnie działający fundusz ubezpieczeń społecznych zawodów zaufania publicznego? O tym, że taki fundusz może być efektywny, przekonuje opowieść Nialla Fergusona o naprawie chilijskiego systemu emerytalnego przez Jose Pineirę (*Potęga pieniądza. Finansowa historia świata*, Warszawa 2010, s. 213–221). W polskich realiach można jak dotąd liczyć tylko na środki zachowane we własnym posiadaniu, ale Fergusson wskazuje, że poprzez mądre decyzje i za sprawą żelaznej konsekwencji system emerytalny można zmienić ze studni bez dna w efektywną maszynię.

Na kryzys najskuteczniejsze wydają się najprostsze recepty. Porządkując domowe archiwum, trafiłem na odłożony przeze mnie *pro memoria* jedenaście lat temu felieton znakomitego brytyjskiego historyka Paula Johnsona (znany u nas głównie ze starszych prac, jak *Historia chrześcijaństwa*, *Historia świata od 1917 roku do lat 90-tych* i *Intelektualiści*), opublikowany za „The Spectator” w polskim „Forum” pt. *Mądre sknery nie toną*. Urodzony w 1928 roku profesor i dziennikarz, w młodości lewicujący, później uznający kapitalizm za największe dobrodziejstwo w dziejach, zaleca po prostu ograniczenie oczekiwań do rozsądnych rozmiarów („kto nie ma nadmiernie wybujałych oczekiwań, nie musi się denerwować”) i formułuje dziesięć przykazań finansowych, których przestrzeganie gwarantuje materialne bezpieczeństwo i dobre samopoczucie. Z uwagi na prawa autorskie mogę je przedstawić tylko hasłowo, pomijając lub ograniczając zawarte w powołanym felietonie błyskotliwe komentarze, ale i tak warto. A zatem profesor radzi:

1. Miej zawsze płynne aktywa.
2. Nigdy od nikogo nie pożyczaj.
3. Nigdy nikomu nie pożyczaj.
4. Jeśli widzisz coś, czego naprawdę pragniesz, i nie musisz się na to zapożyczyć, kup to.
5. Nigdy nie uprawiaj hazardu (bo to już życie jest hazardem).
6. Nie czytaj dodatków finansowych do gazet, bo dostarczają głównie złych rad.
7. Nie kupuj obrazów, licząc na wzrost ich wartości, ale tylko wtedy, jeśli kochasz malarstwo.

8. Ósma rada jest tak zredagowana, że bez cytatu się nie obejdzie, tym bardziej że Johnson powtarza ją za innym brytyjskim mistrzem słowa – Malcolmem Muggeridge’em:

„...gdy się starzejesz, twoje zasoby finansowe nieuchronnie się kurczą, gdyż mniej zarabiasz, a więcej pomagasz dzieciom i wnukom. Naucz się więc obchodzić bez różnych rzeczy: zrezygnuj z wina, tytoniu, tancerek. Szanuj swoje stare ubrania. Po co jeździć gdzieś daleko, jeżeli już kiedyś tam byłeś? Naucz się cenić uroki ojczystego krajobrazu. Gdy przekroczysz siedemdziesiątkę, powinieneś kupować już tylko książki. I to używane”.

Poruszające, prawda? Z zastrzeżeniem, że rada ta traci sens w przypadku założenia nowej rodziny.

9. Broń się przed złudzeniem, że potrzebujesz więcej pieniędzy, by kupować za nie czas.

Radę ostatnią, choćby z uwagi na zwięzłość wypowiedzi, należy podać *in extenso*:

10. „Pieniądze istnieją wyłącznie po to, byś mógł wieść użyteczne, uczciwe i godne życie. A godność to nie prywatny odrzutowiec, tylko świeża koszula każdego dnia i od czasu do czasu kwiaty dla tych, których kochasz”.

Po lekturze

Andrzej Bąkowski

WALERY SŁAWEK JAKIM GO WIDZĄ ŹRÓDŁA HISTORYCZNE

W swoim czasie na łamach „Palestry” opublikowałem kilka tekstów dotyczących czołowych postaci obozu niepodległościowego, który uformował w znaczący sposób rzeczywistość lat 1918–1939, tj. II Rzeczypospolitej Polskiej. Dotyczą owe teksty najwybitniejszej osobowości, jaką był Marszałek Józef Piłsudski, następnie – osób wybitnych, choć w mniejszym wymiarze – ministra Józefa Becka i marszałka Edwarda Smigłego-Rydza. Zanim przejdę do prezentacji kolejnej osobistości, muszę zauważyć, że wartości stworzone w dwudziestoleciu międzywojennym: głęboki patriotyzm, scalenie Państwa Polskiego po przeszło stuletniej niewoli w jeden organizm funkcjonujący i pomyślnie rozwijający się w ówczesnej Europie oraz – co niezwykle ważne – wykształcenie młodzieży w duchu swobód demokratycznych i wolności obywatelskich, pozwoliły przetrwać Polakom okres okupacji niemieckiej i długotrwałej dominacji sowieckiej.

Ową osobistością, może mniej eksponowaną w przestrzeni historycznej, ale bardzo charakterystyczną i wyrazistą, był pułkownik Walery Sławek. Urodził się 2 listopada 1879 r. na Kresach, a ściślej na Podolu, w miejscowości Strumień. Był jednym z czworga rodzeństwa w rodzinie, która wywodziła się z drobnej szlachty. Przyzwoicie wykształcony, ukończył w Warszawie Wyższą Szkołę Handlową im. Leona Kronenberga. Wcześniej, bo w 1900 r., związał się z Polską Partią Socjalistyczną. Posiadał wybitny zmysł organizacyjny i wkrótce powierzono mu kierownictwo struktur PPS w Warszawie. Ta płaszczyzna działalności w PPS doprowadziła go do spotkania z Józefem Piłsudskim w Wilnie, w maju 1901 r. Związał się już z nim na całe życie, do śmierci Marszałka w 1935 r. Myślę, że słowa „związał się” niezupełnie są tu adekwatne. Walery Sławek podporządkował się mu, jego ideom i rozkazom, całkowicie, bez reszty, przyjmując je jako najlepsze ze wszystkich dla Polski.

W Warszawie pełnił funkcję szefa Wydziału Bojowego PPS. Parokrotnie aresztowany, dzięki ucieczce uniknął szczęśliwie wysyłki na Sybir. „Siedział” w 1905 r. w słynnym X Pawilonie Cytadeli Warszawskiej. Wyszedł dzięki amnestii ogłoszonej przez władze carskie. A już był to czas wrzenia społecznego i rewolucji w całym Imperium Rosyjskim.

Walery Sławek przeważnie zajmował się działalnością dywersyjną i ekspropriacyjną. Podczas przygotowań do akcji pod Milanówkiem w 1906 r. Sławkowi wybuchła w rękę montowana bomba karbonitowa, która go poważnie poraniła, wyrwała kawał ręki, stracił lewe oko, utracił częściowo słuch. Od tego czasu, dla zamaskowania blizny, przez całe życie nosił brodę. Ten krwawy incydent nie przeszkadzał mu wziąć udziału w znanej akcji pod Bezdanami we wrześniu 1908 r. Nie załamał się też po śmierci narzeczonej, *nota bene* pasierbicy J. Piłsudskiego, w tym samym roku. Oprócz działalności dywersyjnej, bojowej, wymagającej bezwzględnej odwagi i determinacji, był jedną ze znaczących postaci w formowaniu Związku Walki Czynnej, Związku Strzeleckiego, Komisji Skonfederowanych Stronnictw Niepodległościowych.

Kiedy w sierpniu 1914 r. wybuchł wielki konflikt światowy, z rozkazu J. Piłsudskiego W. Sławek, jako wyróżniający się talentami organizacyjnymi, a nadto wywiadowczymi, przewidziany został do zdobywania broni i wszelkiego zaopatrzenia Wojska Legionowego, nie brał więc bezpośredniego udziału we frontowych walkach Legionów, nie wyruszył zatem z I Kadrową Kompanią w marszu na teren zaboru rosyjskiego.

Józef Piłsudski już wówczas uważał Sławka za swego powiernika. Zlecił mu utworzenie ściśle tajnej komórki Organizacji A, która rekrutowała działaczy bezwzględnie oddanych Komendantowi. Po tak zwanym kryzysie przysięgowym 14 lipca 1917 r. W. Sławek był już żywą legendą Legionów, wzorcową postacią dla młodych żołnierzy z tytułu bezkompromisowego oddania się sprawie niepodległości Polski.

Po powrocie J. Piłsudskiego z Magdeburga stanął u jego boku, nie tylko jako oddany żołnierz, ale również dyplomata i polityk. W owym okresie, znanym jako wojna o granice Rzeczypospolitej, skierowany został do rozmów z atamanem Petlurą, by przeprowadzić wspólną akcję wyparcia bolszewików z Ukrainy. Ciągłe awansował, był wówczas majorem. W ramach idei federacyjnej J. Piłsudskiego prowadził rozmowy również z przedstawicielami rządów estońskiego i litewskiego.

W niedługim czasie po zakończeniu wojny uzyskał dyplom oficera sztabu generalnego, był już podpułkownikiem. Mobilizował środowiska piłsudczykowskie przed wydarzeniami majowymi 1926 r., ale sam w akcji zbrojnej nie uczestniczył. Pracował w Generalnym Inspektoracie Sił Zbrojnych. W 1928 r. J. Piłsudski przewidział go do pracy politycznej. To właśnie W. Sławek stworzył na potrzeby wsparcia rządów pomajowych Bezpartyjny Blok Współpracy z Rządem. Nie była to, jak wiadomo, organizacja typu partyjnego. Obywatele stowarzyszeni w BBWR – po prostu – mieli w założeniu wspierać działania J. Piłsudskiego, już wówczas Marszałka Polski i Generalnego Inspektora Sił Zbrojnych, Ministra Spraw Wojskowych, w umacnianiu znaczenia Państwa zarówno w Polsce, jak i na arenie międzynarodowej. Walery Sławek, oprócz kierowania BBWR, pełnił funkcję przewodniczącego Związku Legionistów Polskich oraz inspirował kilka innych organizacji społeczno-politycznych. Ba, był nawet członkiem masonerii polskiej, podobno z zalecenia Marszałka Piłsudskiego. Ale gdy loża piłsudczykowska, jak ją nazywano, nie chciała podporządkować się Wielkiej Loży, by nie dopuścić jej do wpływu na pracę ówczesnego rządu polskiego, została rozwiązana. Walery Sławek został wykluczony przez Wielkiego Mistrza z masonerii za postawę niegodną masona. Działalność W. Sławka podobno spowodowała rozłam i paraliż prac Wielkiej Loży.

Cel, jaki stawiał sobie BBWR – uzdrowienie obyczajów parlamentarnych i politycznych – był niewątpliwie szczytny. Realizacja nasuwała jednak niejednokrotnie wątpli-

wości. Szczególnie w okresie tzw. brzeskim. W polityce wewnętrznej kraju zrozumiałe opory budził proces brzeski, aresztowania i więzienie opozycyjnych polityków. W historii Adwokatury Polskiej proces brzeski stanowi piękną kartę. Adwokaci, obrońcy, jak sami o tym mówili, przy sądzonych pełnili raczej wartość honorową, wykonując jednakże wzorowo wszystkie funkcje procesowo-obrończe.

Należy podkreślić, że W. Sławek sprawował wysokie stanowiska państwowe: był Prezesem Rady Ministrów i jedną, krótką kadencję Marszałkiem Sejmu.

Marszałek Piłsudski powierzył W. Sławkowi ścisły patronat nad opracowaniem nowej Konstytucji, która by umacniała Państwo Polskie. Sławek był zatem, jak niektórzy twierdzą, głównym twórcą tej Konstytucji (a przynajmniej jej ideologiem, gdyż nie do przecenienia w powstaniu tekstu Konstytucji jest rola adw. Stanisława Cara). W dniu 11 stycznia 1935 r. komisja senacka zakończyła pracę, którą W. Sławek ocenił następującymi słowami: „W długich dociekaniach, dyskusjach i przemyśleniach (...) jakim ma być ustroj Rzeczypospolitej, nie kierowaliśmy się względami prywaty koteryjnej, klubowej, czy obozu (...) stanowi wynik najlepszej naszej woli (...) Wartość jego niech oceni historia”.

Walery Sławek zdążył jeszcze przed śmiercią Marszałka Józefa Piłsudskiego zameldować mu o wykonaniu zadania. Konstytucja podpisana przez prezydenta Mościckiego 23 kwietnia 1935 r. może być niewątpliwie uznana za akt ustawodawczy pozytywny dla Rzeczypospolitej owego okresu. Konstytucja wysuwała dobro państwa na plan pierwszy, nie zapominając o prawach obywateli (utrzymując w mocy odpowiednie przepisy Konstytucji marcowej). Wszystko to działo się w czasach ewidentnych zagrożeń zewnętrznych dla niepodległości Rzeczypospolitej Polskiej. 23 marca 1935 r. Sławek wrócił na urząd premiera po raz trzeci.

Wszystkim współpracownikom J. Piłsudskiego było znane jego stanowisko, że Prezydentem RP powinien zostać W. Sławek. Wiedział o tym prezydent Ignacy Mościcki. Koteryjne stosunki były niestety przemożne. Po śmierci J. Piłsudskiego 12 maja 1935 r. Inspektorem Generalnym Sił Zbrojnych RP został gen. E. Śmigły-Rydz, urząd prezydenta nadal pełnił I. Mościcki, a W. Sławek został odsunięty na boczny tor. Powodowany stałą troską o bezpieczeństwo Polski, aby nie rozbijać obozu sanacji w okresie niebezpiecznego rozwoju sytuacji politycznej w Europie, rozwiązał BBWR, zrezygnował z bardzo wpływowego stanowiska prezesa związku legionistów, odszedł w zupełny cień polityczny.

Nie można jednakże zapomnieć, że jeszcze w czerwcu 1938 r. W. Sławek został wybrany Marszałkiem Sejmu. Prezydent Mościcki rozwiązał parlament już po trzech miesiącach i tak ostatecznie skończyła się praca W. Sławka dla Polski.

W dniu 2 kwietnia 1939 r. o godzinie 20.45 w swoim skromnym warszawskim mieszkaniu śmiertelnie postrzelił się z pistoletu w głowę. Zmarł następnego dnia rano w klinice im. Marszałka Piłsudskiego (opatrzonej olejami świętymi).

Zostawił krótką notatkę, bardzo charakterystyczną: „Odbieram sobie życie. Nikogo proszę nie winić. 2 kwietnia 1939 W. Sławek”. Z dopiskami: „Spaliłem papiery o charakterze prywatnym, a także wręczone mi w zaufaniu. Jeśli nie wszystkie, to proszę pokrzywdzonych o przebaczenie. Bóg wszystko widzący może mi wybaczyć moje grzechy i ten ostatni”.

Walery Sławek zostawił także list do prezydenta Mościckiego. Jego treść jednak nigdy nie została ujawniona.

Po jego tragicznej śmierci krążyły po kraju różne pogłoski o jej przyczynach. Z całej Polski płynęły kondolencje wyrażające żal z powodu odejścia zamienionej postaci z życia społecznego i państwowego.

Pogrzeb Walerego Sławka odbył się w Kościele Garnizonowym przy ul. Długiej w Warszawie. Spośród wieńców wymienić należy wieniec Aleksandry Piłsudskiej z napisem *Przyjacielowi rodziny* i wieniec jednej z córek Marszałka Piłsudskiego – *Jadwinia Piłsudska Drogiemu Ojcu Chrzestnemu*.

Oceny tego przejmującego wydarzenia dokonał historyk Władysław Pobóg-Malinowski: „Samobójstwo popełnione przez płk. Sławka traktuje się jako honorowe, ponieważ wypełnił wszystkie warunki, jakie o nim decydują. Nie było to chwilowe załamanie (...) Powodów jego decyzji, szukać trzeba w momencie, w którym została powzięta – wisząca nad Polską fatalne zagrożenie przesłoniło dlań wszystkie niemal niesnaski wewnętrzne (...) Był Sławek niewątpliwie jedną z najpiękniejszych postaci w dziejach Polski wyzwolającej się i odrodzonej. Promieniowała z niego niezwykła szlachetność, kryształowa czystość ducha, nieporównana bezinteresowność; w stosunku z ludźmi skromny, subtelny, ujmujący, dla siebie twardy, po spartańsku wymagający – był w postawie swej wobec Polski epigonem niepodległościowego romantyzmu w jego najpiękniejszej polsko-kresowej odmianie”.

Tragiczną śmierć wielkiego Polaka trafnie spuentował Leszek Moczulski:

„Skoro zamknięty był dla niego czyn zbiorowy, zrezygnował – i usunął przeszkodę własnej osoby tak skutecznie, jak to było tylko możliwe. Tajemnica tej śmierci polega jedynie na tym, że nie była samobójstwem. Tylko ofiarą z życia, czymś naturalnym dla żołnierza” (*„Gazeta Wyborcza”*, nr 79 z 3 kwietnia 1999 r., s. 28).

Należę do pokolenia, które podczas okupacji niemieckiej (w listopadzie 1941 r. złożyłem przysięgę harcerza i jednocześnie żołnierza Szarych Szeregów) włączyło się czynnie w akcję oporu antyniemieckiego. Oczywiście w duchu tradycji młodzieży piłsudczykowskiej w II Rzeczypospolitej. Jestem w stanie zrozumieć przyczyny tragicznej śmierci Walerego Sławka, przyłączając się do powyższych uwag o Nim ze strony znanych postaci życia politycznego Polski. Walery Sławek w dniu 2 kwietnia 1939 r. nacisnął spust starego browninga, podobno utrzymanego w stanie gotowości strzeleckiej, ponieważ w uszach brzmiały mu słowa Komendanta: „wy beze mnie do wojny nie leźcie, wy ją przegracie”. Walery Sławek nie chciał doczekać utraty Niepodległej Polski, jako dobra narodowego najwyższej próby. Uwierzył wizji Komendanta, której służył od początku swego świadomego życia.

Stąd mój tekst o Walerym Sławku, postaci, którą należy pamiętać w wymiarze naszej ojczyźnej historii.

Tekst o Walerym Sławku oparłem – w znacznej mierze – na lekturze „Imponderabiliów. Biuletynu Piłsudczykowskiego” 2001, nr 3 (Gdańsk)



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

Witold Wołodkiewicz

GAIUS WERONEŃSKI ODZYSKIwany

Gaius, jurysta ze szkoły Sabinianów, żyjący i tworzący w II wieku n.e., jest wciąż postacią zagadkową. O jego osobie, pochodzeniu i obszarze działania można snuć jedynie bardziej lub mniej prawdopodobne przypuszczenia. Nieznane jest jego nazwisko, lecz jedynie imię, co prowadziło do powstawania różnych hipotez w odniesieniu do osoby Gaiusa. Niektórzy utożsamiają jego Instytucję z przeredagowanym dziełem Gaiusa Cassiusza Longinusa, jurysty żyjącego w I w. n.e.

Pomimo że Gaius pozostawił liczne prace¹, nie był często powoływany przez współczesnych mu prawników. W okresie poklasycznym Gaius zaczął być traktowany jako jeden z czołowych jurystów, a jego główne dzieło, *Institutionum commentarii quattuor*, stało się modelem elementarnego podręcznika do nauczania prawa. Ustawa Teodozjusza II o cytowaniu wymienia go jako jednego z pięciu prawników – wraz z Papinianem, Paulusem, Ulpianem i Modestynem – cieszących się najwyższym autorytetem². Powodzenie Gaiusa – a przede wszystkim jego Instytucji – w okresie poklasycznym wynikało z zamiłowania tego jurysty do systematyzacji, co było niezbędne przy tworzeniu zbiorów prawa. Wprawdzie przedstawianie materiału w głównych częściach kodyfikacji justyniańskiej (Digestach i Kodeksie) było oparte na wywodzącej się z praktyki systematyce edyktu pretorskiego, to w Instytucjach Justyniana, części kompilacji poświęconej dydaktyce prawa, został przyjęty schemat Instytucji Gaiusa. Był to schemat oparty na definiowaniu przez podziały (*definitiones per divisionem*). Idea takiego przedstawiania prawa w Rzymie pochodziła od Cicerona, który – jak wiadomo – był autorem pracy *De iure civili in artem redigendo*.

¹ Poza opracowaniami podręcznikowymi (*Institutiones, Res cottidianae*) Gaius napisał komentarze (do ustawy XII tablic, do edyktu pretora miejskiego i prowincjonalnego, *ad Legem Iuliam et Pappiam Poppeam, ad senatum consultum Tertulianum* oraz *Orfitianum*), a także prace monograficzne.

² C.Th. 1,4,3 Impp. Theod. et Valentin ad senatum urbis Romae: *Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur.*

Arpinata wyrażał też niejednokrotnie ideę przedstawienia prawa według podziałów na *genera et species*³.

Gaius, skromny nauczyciel prawa, zastosował w sposób konsekwentny wskazówkę Cicerona, dzieląc przedstawiany materiał na *genera et species*. Starał się traktować te podziały jako zupełne, używając takich określeń jak: *omne ius, summa divisio, quaedam praeterea, duo genera* itp.⁴

Wartość dydaktyczna Instytucji została doceniona: były one obowiązującym podręcznikiem do nauczania prawa w okresie przed kodyfikacją Justyniana. Również Justynian docenił wartość dzieł Gaiusa, określając dwukrotnie autora Instytucji mianem *Gaius noster*. Podawał również Instytucje Gaiusa jako najważniejsze źródło Instytucji justyniańskich⁵.

Stworzenie przez Justyniana nowego podręcznika do nauczania prawa spowodowało, że wcześniejsze teksty o znaczeniu dydaktycznym straciły na znaczeniu i przestały być przechowywane w bibliotekach. Teksty Instytucji Gaiusa, które musiały licznie krążyć w szkołach prawa przed Justynianem, stały się bezużyteczne po zredagowaniu Instytucji justyniańskich. Cenny pergamin mógł być wykorzystywany do bardziej użytecznych celów. Przykładem może być odkryty w początkach XVIII wieku, a opracowany dopiero w początku XIX wieku palimpsest z biblioteki kapituły weroneńskiej, gdzie na pochodzącym z IV–V wieku rękopisie – po zmyciu tekstu dawniejszego – w wieku VIII–IX opisano listy św. Hieronima.

Okres renesansu i odejście od dotychczasowego sposobu uczenia prawa na podstawie glosowanego tekstu Digestów, traktowany jako święty, spowodował, że prawnicy i historycy reprezentujący „*mos gallicus iura docendi*” zaczęli odchodzić od interpretowania prawa justyniańskiego i studiować klasyczne korzenie prawa rzymskiego, również na podstawie źródeł spoza kodyfikacji justyniańskiej.

Stąd też w okresie renesansu pojawiają się próby odtwarzania zaginionych dawnych tekstów. Przykładem mogą być prace (opisane przez Marię Zabłocką) nad palingenezją ustawy XII tablic⁶.

W roku 1517 Petrus Aegidius Antverpiensis i Gerardus Meerman publikują w Louvain pochodzący z V wieku rękopis zatytułowany *Gai Institutionum epitome*. Tekst ten pojawia się również w szesnasto- i siedemnastowiecznych wydaniach *Corpus Iuris Civilis* Denisa Godefroya.

Nowe perspektywy badania tekstu Instytucji Gaiusa pojawiły się dopiero w XVIII wieku. W roku 1732 Scipione Maffei opublikował notatkę w czasopiśmie „*Verona illustrata*” o odnalezieniu w Bibliotece Kapituły weroneńskiej starożytnego rękopisu (Kodeks XV), „zawierającego – jak pisał – dzieło jakiegoś dawnego jurysty”. O swoim odkryciu

³ Zob. Cicero, *De oratore* 1.190: *Si enim aut mihi facere licuerit, quod iam (diu) cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum proprium cuiusque vim definitione declaret, perfectum artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram.*

Cicero, *De oratore* 1.189: *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus enim id est, quod sui similis communiōne quadam, specie autem differentis, duas aut pluris complectitur partis. Partes autem sunt, quae generibus iis, ex quibus manant, subiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus quam vim habeant est exprimendum.*

⁴ Gai 1,8; 1,9; 2,2; 2,12–14; 3,88; 4,1–5.

⁵ *Constitutio Omnem* 1 oraz *De confirmatione Institutionum* 6.

⁶ M. Zabłocka, *Ustawa XII tablic. Rekonstrukcje doby Renesansu*, Warszawa 1998.

Maffei pisał również w roku 1742 w *Opuscoli ecclesiastici*. Nie precyzując bliżej zawartości rękopisu, wyraził pogląd, że znajdują się w nim obszarpane karty z Digestów, bądź też pochodzące od jakiegoś dawnego jurysty („*Carte lacere da un codice delle Pandette, o d'antico Giuriconsulto*”). Maffei wspomina również o zachowanym, w Bibliotece Kapituły w Weronie, oddzielnym fragmencie zatytułowanym *De praescriptionis et interdictis*.

W roku 1816 Christian Haubold (1766–1824), historyk prawa saskiego w Uniwersytecie w Lipsku, odnalazł wzmiankę Maffei o fragmencie mówiącym o przedawnieniach i interdyktach. Wiadomość o swym odkryciu przekazał w wykładzie wygłoszonym w grudniu 1816 roku, o czym przedtem zawiadomił Fryderyka von Savigny'ego. Wiadomość o cennym rękopisie w Bibliotece w Weronie powziął również, niezależnie od Haubolda, mający wówczas 16 lat Karl Witte (1800–1883)⁷, który powiadomił również Savigny'ego. Odkrycie to dało nowy impuls do inspirowanych przez Savigny'ego, naukowych podróży do Włoch⁸.

Środowisko naukowe historyków prawa, działające w początku XIX wieku w kręgu Savigny'ego, prowadziło prawdziwe „polowania na odkrywanie dawnych kodeksów”. Nie obyło się to bez zawiści i dążenia do uzyskania pierwszeństwa w odkryciach. Rywalizacja w uzyskaniu możliwości pracy nad Kodeksem XV (13) między Hauboldem i Wittem skończyła się wysłaniem przez Savigny'ego do prowadzenia badań w bibliotekach włoskich Bartholda Georga Niebuhra (1776–1831), który odbył w sierpniu roku 1816 podróż studyjną do Włoch. W czasie dwóch dni pobytu w Weronie obejrzał rękopis Kodeksu XV (13), co pozwoliło mu na ustalenie, że zawiera on tekst jurysty przedjustyniańskiego, najprawdopodobniej Instytucje Gaiusa. To stwierdzenie dało Niebuhrowi sławę odkrywcy Instytucji Gaiusa.

Ze zdaniem Niebuhra zgodził się Savigny, który w ramach programu Pruskiej Akademii Nauk w Berlinie organizował poszukiwania dawnych rękopisów na terenie Italii. Pruska Akademia Nauk, na wniosek Savigny'ego, delegowała do Werony J. Goeschena i E. Beckera, którzy wraz z M. Bethmanem Hollwegem sporządzili w roku 1817 odpis Kodeksu XV (13). Kodeks ten był palimpsestem z listami św. Hieronima (zapisanymi w VIII–IX w.), pod którymi znajdował się dawniejszy tekst Instytucji Gaiusa (zapisany w IV–V w.). Goeschen i Becker sporządzili również kopię fragmentu *de praescriptionibus et interdictis*, jedyne, który był pisany na pergaminie jednokrotnie, i doszli do wniosku, że stanowił on część Instytucji Gaiusa.

Pierwsze wydanie Instytucji, przepisanych przez Goeschena, ukazało się w roku 1820 w Berlinie. Znajduje się ono w Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego, z pieczętką „T. Dydyńskiego”⁹. W tomie, liczącym 472 strony, znajdują się: *Praefatio Johannaes Goe-*

⁷ Karl Witte (1800–1883) w młodości uznawany był za cudowne dziecko. W wieku lat 14 uzyskał tytuł doktora filozofii, a w wieku lat 16 tytuł doktora prawa w Heidelbergu. Był profesorem prawa rzymskiego we Wrocławiu i w Halle. Badał twórczość Dantego. Zob. C. Vano, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000, s. 132–133. Por. F. Briguglio, *Gai Codex rescriptus*, (w:) *Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis*, curavit Ph. Briguglio (Memorie vive. Testi antichi recuperati a cura di Isabella Piro), Firenze 2012, s. 29, nota 109.

⁸ Książka Laury Moscati, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della restaurazione* (Roma 2000), oddaje znakomicie atmosferę badawczą dwudziestolecia XIX wieku.

⁹ *Gai Institutionum commentarii IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae Scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi*, Berolini 1820.

schena; wykaz scholii greckich; indeks skrótów w tekście weroneńskim oraz odczytany tekst Gaiusa z aparatem krytycznym. W roku 1824 ukazało się nowe wydanie Instytucji, opracowane przez F. Bluhmego¹⁰, a w roku 1827 Instytucje zostały opublikowane w Warszawie przez Romualda Hubego¹¹.

W latach 1821–1822 nad odczytaniem tekstu pracował F. Bluhme, który ułatwiał sobie pracę przez stosowanie odczynników chemicznych. Umożliwiły one wprawdzie zidentyfikowanie sporej części pierwotnego tekstu Gaiusa, powodowały jednak po pewnym czasie ogromne pogorszenie czytelności rękopisu. Na podstawie kopii Bluhmego nową kopię sporządził w roku 1866 E. Boecking¹². Trzecią wreszcie kopię – po dodatkowych badaniach w Bibliotece w Weronie w latach 1866–1868 – sporządził W. Studemund i opublikował ją w latach 1878, 1883 i 1884. Stanowiła ona podstawę następnych wydań, uzupełnianych późniejszymi znaleziskami¹³. Stosowane dziś powszechnie wydanie Seckel-Kuebler (ze wstępem Huschkego) uwzględniało powyższe uzupełnienia.

Kodeks weroneński XV (13) zawierał początkowo 130 kart pergaminowych, z których dziś brakuje czterech. Podczas lektur dziewiętnastowiecznych blisko 1/10 część tekstu Instytucji zaginęła lub stała się nieczytelna¹⁴. Po uzupełnieniach pozostała nieznaną mniej więcej 1/13 tekstu. Poza tym *lectio* poszczególnych wyrazów czy skrótów wciąż budzi liczne wątpliwości. Wielokrotne próby odczytania pierwotnego tekstu palimpsestu weroneńskiego, połączone z zastosowaniem ówczesnych technik polegających na traktowaniu tekstu różnymi odczynnikami chemicznymi, a następnie pokrywaniu go żelatyną, spowodowały nieodwracalne pogorszenie czytelności tekstu.

Ostatnia konserwacja miała miejsce w Bibliotece Watykańskiej w latach 1899–1901¹⁵. Pod koniec XIX wieku prefekt Biblioteki Watykańskiej, Francesco Ehrle, zasugerował prefektowi Biblioteki w Weronie przekazanie manuskryptu Gaiusa do Watykanu w celu zabezpieczenia go i dokonania konserwacji¹⁶. Konserwacja przeprowadzona w Watykanie pogorszyła jeszcze znacznie czytelność tekstu. Prace nad manuskrytem nr XV (13) w Watykanie obejmowały również jego fotografowanie. Zdjęcia zostały wykonane w latach 1899, 1902 oraz 1909. Porównanie tych zdjęć świadczy o dalszym pogorszeniu tekstu¹⁷. Pergamin, który był chropowaty i pofałdowany, po XIX-wiecznych próbach odczytania pierwotnego tekstu stał się wygładzony i sztywny. Pokrycie tekstu warstwą

¹⁰ *Gai Institutionum commentarii IV e a F. Bluhmio iterum collato secundum edidit codice rescripto*, Berolini 1824. Wydanie to znajduje się również w Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego.

¹¹ *Gai Institutionum commentarii quattuor ad fidem secundae editionis berlinensis. Praemissa est commentario de vita et scriptis Gaii*, Varsoviae 1827. Wydanie to znajduje się w Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego oraz w zbiorach Biblioteki im. Rafała Taubenschlaga w Instytucie Historii Prawa UW.

¹² *Gai Institutiones codicis veronensi apographum ad Goescheni, Hollwegi, Bluhmi schedas compositum scipsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Eduardus Boecking*, Lipsiae 1866 (w Bibliotece im R. Taubenschlaga, sygn. IL-9).

¹³ *Gai, Fragmenta augustodunensia* (V wiek) [FIRA2, s. 207–228] (odkryte przez É. Chatelain w Autun, we Francji w 1898); *Gai, libri quarti institutionum fragmenta oxyrhynchitica* (V wiek) [FIRA2, s. 201–204] (opublikowane w 1927); *Gai, libri tertii ac quarti institutionum fragmenta aegyptia* (IV–V wiek) [FIRA2, s. 195–200] (odkryte przez V. Arangio-Ruiza w 1933).

¹⁴ Por. C. Kunderewicz we wstępie do: *Gaius, Instytucje z języka łacińskiego przełożył i wstępem opatrzył Cezary Kunderewicz. Opracował Jan Rezler*, Warszawa 1982, s. 11–12.

¹⁵ Zob. F. Briguglio, *Gai Codex rescriptus*, (w:) *Gai codex, op. cit.*, s. 49–50.

¹⁶ *Ibidem*, s. 45.

¹⁷ *Ibidem*, s. 48–48.

żelatyny spowodowało zatarcie niektórych fragmentów, a ponadto po upływie czasu doprowadziło do odrywania się pokrytych żelatyną liter i całych wyrazów.

W latach osiemdziesiątych XX wieku grupa włoskich badaczy prawa rzymskiego (m.in. Alessandro Corbino i Bernardo Santalucia) stworzyła projekt fotograficznego wydania tekstów prawa rzymskiego. Pierwszym takim wydaniem była publikacja *Florentyny*, bezcennego tekstu Digestów, rękopisu z szóstego wieku, skopiowanego jeszcze w czasach panowania cesarza Justyniana. To pomnikowe dwutomowe wydanie ukazało się w roku 1988 i zostało zaprezentowane w czasie międzynarodowego kolokwium prawa rzymskiego w Copanello (w Calabrii), w obecności prezydenta Włoch Francesco Cossigi¹⁸.

W czasie prac nad fotograficznym wydaniem Digestów narodziła się idea podobnego opublikowania rękopisu weroneńskiego, zawierającego tekst Instytucji Gaiusa. Było to jednak przedsięwzięcie znacznie trudniejsze niż wydanie Digestów, których tekst jest zachowany w stanie prawie idealnym.

Projekt badawczy odzyskania tekstu manuskryptu nr XV (13) został skonkretyzowany podczas prac Convegno w Bolonii w roku 2006. Do programu nazwanego PRIN 2008 (*Programma di ricerca di Rilevante Interesse Nazionale – Per il recupero del Manoscritto Veronese delle Institutiones di Gaius*), kierowanego przez prof. Alessandro Corbino (Catania) i Isabellę Piro (Catanzaro), przystąpiły Uniwersytety w: Bolonii (prof. Filippo Briguglio), Florencji (prof. Bernardo Santalucia), Messynie (prof. Antonino Metro) oraz Palermo (prof. Pietro Cerami).

Prawdziwym szczęściem dla działalności programu jest udział w nim prof. Filippo Briguglio z Uniwersytetu w Bolonii. Pasjonuje się on swymi badaniami rękopisu Gaiusa weroneńskiego i możliwościami, które daje nowa lektura tekstu. Filippo Briguglio opisuje początki swych zainteresowań tekstem manuskryptu weroneńskiego Gaiusa: w roku 2004 zajmował się on sporną w nauce prawa rzymskiego kwestią możliwości nabycia posiadania przez prokuratora w rzymskim prawie klasycznym¹⁹. W tekście Gaiusa 2, 95, w powszechnie przyjętej dziś lekturze Seckel-Kuebler, ostatnie zdanie fragmentu brzmi: *Tantum de possessione quaeritur, an per liberam personam nobis adquiratur*. W wydaniu Krueger-Studemund (z roku 1891) występuje lektura *per extraneam personam*. Występowała jednak również lektura – zgodna z Instytucjami justyniańskimi (I,2,9,5) – *per procuratorem*. Briguglio, skłaniając się za wersją *per procuratorem*, posłużył się odczytaniem dwóch skrótów wyrazów rozpoczynających się na literę „P”, inaczej przekreślonych: znak **P** oznaczał PER, znak **P** oznaczał PRO²⁰. Dojście do takiego wniosku umożliwiła mu, wykorzystywana przez NASA, technika fotografii numerycznej.

Możliwości, które daje technika numeryczna, pozwalają na nowe odczytanie tekstu palimpsestu. Szczególne znaczenie dla odczytania tekstu ma rozszyfrowanie kształtów liter i skrótów, których w tekście jest bardzo dużo, oraz odczytanie innych liter niż w lekturach dotychczasowych, np. zamiast dotychczasowej lektury TOTUM, lektura SOLUM²¹.

Innym przykładem możliwości, które stoją przed badaczami tekstu Gaiusa weroneń-

¹⁸ *Justiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, curaverunt A. Corbino, B. Santalucia, t. 1–2, Firenze 1988.

¹⁹ F. Briguglio, *Studi sul procurator, I, L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007.

²⁰ F. Briguglio, *Gai Codex rescriptus*, (w:) *Gai codex, op. cit.*, s. 6.

²¹ *Ibidem*, s. 9.

skiego, jest zaprezentowana przez Briguglio technika odczytywania trójwymiarowego („3D”), umożliwiająca odczytanie tekstu zatartego²².

Briguglio podczas Convegno Internazionale prawa rzymskiego, zorganizowanego przez „Centro Romanistico Internazionale Copanello” w dniach 8–11 czerwca 2012 r., zaprezentował (posługując się techniką komputerową) możliwości, które daje nowe odczytanie rękopisu.

Spotkanie w Copanello, zatytułowane „*Gaius noster nei segni del Veronese*”, udowodniło raz jeszcze, że studia nad Gaiusem są stale aktualne dla badania prawa rzymskiego. Panel zatytułowany „*Gaio e l’insegnamento contemporaneo del diritto privato Romano*” pokazał również znaczenie, jakie Instytucje Gaiusa mają dla współczesnych studiów i dydaktyki prawa rzymskiego²³.

Prace uczonych włoskich nad tekstem manuskryptu weroneńskiego pokazują, że studia nad Instytucjami Gaiusa dają wciąż nowe możliwości poznawcze.

²² *Ibidem*, s. 17.

²³ Por. ostatni podręcznik A. Corbino, który dla części przedstawiającej prawo prywatne stosuje systematykę Instytucji Gaiusa [podobnie jak w literaturze polskiej podręcznik W. Wołodkiewicza i M. Zabłockiej, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wydanie pierwsze, Warszawa 1995 (następne wydania: 2000, 2001, 2005 oraz 2009)].

Procesy artystyczne

Marek Sołtysik

PROCES O BAGNO I O BAGNO (cz. 1)

Góral surdutowy *contra* Żmudzin w stylu zakopiańskim

Ludzkość przeżywa teraz chwilę takiego obniżenia się poziomowi zbiorowego życia, takiego wytrzeźwienia z idealizmu, to znaczy z wiary w lepszą przyszłość, takiego uznania każdej podłości, która ma siłę i powodzenie, że ludzie tylko lichsze strony swojej natury zaczynają uważać za rzeczywiste i potrzebne. To obniżenie się idealów społecznych i narodowych widać i u nas.

Stanisław Witkiewicz, *Bagno*

Witkiewicz sam dążył do tego procesu, w którym miał być oskarżonym.

Proces się, owszem, odbędzie, ale – co dziwne – nie z pozwu dr. Chramca, którego godność osobistą Witkiewicz, jako autor *Bagna*, naruszył. Pozew wniósł lekarz Jan Gaik, szwagier Chramca, postać epizodyczna. Doktor Gaik nie miał specjalnego powodu do obrazy, ale, nękanym wątpliwościami, za podszeptem kogoś chytrego zwrócił się do swojego dowódcy, jako oficer rezerwy, z pytaniem, czy z powodu takich a takich słów, wyrażonych drukiem, ma prawo czuć się obrażonym. – Ależ oczywiście! – otrzymał odpowiedź.

Stanisław Witkiewicz¹, człowiek łagodny i miły, nie wytrzymał: po dwunastu latach

¹ Stanisław Witkiewicz (1851–1914), polski malarz, pisarz, architekt, krytyk sztuki, współtwórca stylu zakopiańskiego w architekturze i w rzemiośle artystycznym. Był – poprzez Billewiczów i Szemiothów – krewnym Józefa Piłsudskiego (w publikowanych listach od Bronisława Piłsudskiego, brata Józefa, nazywany jest „Kochanym Wujaszkiem”). W omawianym okresie S. Witkiewicz z żoną, Marią (1853–1931) z Pietrkiewiczów, i synem (S. I. Witkiewiczem – późniejszym Witkacym, który odebrał wykształcenie domowe i właśnie zdał we Lwowie maturę jako ekstern) mieszkał w Zakopanem na stałe w domu Jędrzeja Ślimaka na rogu Krupówek i Tetmajera. Już wtedy utrzymywał bliskie kontakty z Marią Dembowską, wdową po swoim przyjacielu Bronisławie Dembowskim (1847–1893), adwokacie praktykującym w Warszawie (osiadł w Zakopanem, podobnie jak Witkiewicz, w celu leczenia gruźlicy) i etnografie, współzałożycielu Muzeum Tatrzańskiego. Dembowski zmarł

pobytu w Zakopanem napisał *Bagno*. Krytyczny ten esej o karygodnych z punktu widzenia społecznego i zdrowotnego stosunkach panujących w kurorcie, w którym żyli także rdzenni mieszkańcy, powstał w 1902 i na bieżąco, od lipca do listopada 1902 był ogłaszany w odcinkach w „Przeglądzie Zakopiańskim”, po czym został wydrukowany i rozpowszechniony w formie broszury².

Stanisław Witkiewicz w swoim mieszkaniu w Zakopanem³ już skończył przygotowania do podróży do Lwowa, na rozprawę, gdzie ma stanąć przed sądem karnym jako oskarżony. Rok 1903. Popołudnie dojrzałego czerwca, ciepłe tony zachodzącego słońca, można sobie pozwolić na relaks. Zwłaszcza kiedy się ma zaleconą gruźlicę, ataki artretyzmu, kłopoty na głowie i pięćdziesiątkę z hakiem na karku. Ktoś puka. Choć z nikim nie był umówiony, Witkiewicz poderwał się, żeby otworzyć. Uprowadziła go dziewczyna od Ślimaka. W drzwiach stał młody jeszcze mężczyzna, ubrany w odświętny strój góralski. Towarzyszyli mu żona i syn. Gościa bowiem trzeba było podprowadzać. Był ociemniały. Płócienna opaska na oczach. Ten góral, z twarzą w bliznach, miał tylko jedną rękę, prawą, z dłonią bez palców.

Widok dla każdego wstrząsający – ale nie dla Witkiewicza. To on bowiem – wspólnie z doktorem Stanisławem Eljaszem-Radzikowskim⁴ – był pierwszym, który przed

w mężarniach na rękach Witkiewicza, pokąsany przez chorego na wściekliznę konia, któremu robił iniekcję. Maria Dembowska (1856–1922) była działaczką kulturalną, koleżanką ze szkolnej ławki pierwszej żony Henryka Sienkiewicza, przyjaźniła się z autorem *Trylogii*. Dom Dembowskich w „Chacie” Wojciecha Roja przy Zamoyskiego (nie istnieje) stał się ośrodkiem życia artystycznego i naukowego. Związki uczuciowe łączące Stanisława Witkiewicza i Marię Dembowską nie były w Zakopanem tajemnicą. Zrazu Witkiewicz podtrzymywał na duchu młodą wdowę, po latach to ona otoczyła go opieką. Para w roku 1908 wyjechała do Lovrany, gdzie klimat i dobra aura pozwoliły Witkiewiczowi przeżyć jeszcze sześć lat. W Zakopanem pozostawił żonę, która utrzymywała siebie i syna z pensjonatu, którym zarządzała, z lekcji muzyki, których – absolwentka Konserwatorium Warszawskiego – udzielała, przemierzając codziennie Zakopane. Wydane drukiem S. Witkiewicza *Listy do syna*, Witkacego, wówczas m.in. studenta krakowskiej ASP, są świadectwem potężnej kultury artystycznej autora *Bagna* (S. Witkiewicz zmarł w Lovranie, pochowany został dwanaście dni po śmierci; ceremonia pogrzebu z udziałem znakomitych twórców i ludzi kultury odbyła się 17 września 1914 w Zakopanem na cmentarzu na Pęksowym Brzyzku; trumnę ze zwłokami przyjaciela przewiozła w pierwszych dniach I wojny światowej Maria Dembowska). Maria Witkiewiczowa, wdowa, otrzymała w 1927 od rządu dożywotnią pensję, Stanisław Witkiewicz został w roku 1930 odznaczony pośmiertnie Orderem Niepodległości.

² Stanisław Witkiewicz, *Bagno*, Lwów. Nakładem Towarzystwa Wydawniczego Warszawa – Księgarnia S. Sadowskiego 1903, s. 79.

³ Tamten dom Ślimaka już nie istnieje. Na jego miejscu jest modernistyczny budynek mieszkalny, wybudowany pod koniec lat 20. XX w., ze znaną dziś restauracją „Watra” z dansingiem.

⁴ Stanisław Eljasz-Radzikowski (1869–1935), syn znanego artysty malarza Walerego Eljasza-Radzikowskiego. Lekarz (studia na UJ w Krakowie, doktorat na Uniwersytecie Lwowskim), badacz historii Tatr i Podhala, znawca kultury ludowej Podtatrza. Autor odkrywczych, cennych do dziś prac o Tatrach i Podtatrzu. Od wiosny 1894 do jesieni 1896 był lekarzem klimatycznym w Zakopanem. Praktykował potem także jako lekarz. Od wiosny 1897 pracował we Lwowie w klinice uniwersyteckiej prof. A. Gluzińskiego. Od 1905 zajął się pracą pisarską i naukową. Autor kilkuset rozpraw, często ilustrowanych własnymi rysunkami, korespondent czasopism zachodnioeuropejskich i rosyjskich poświęconych medycynie, geografii, meteorologii, etnografii, redaktor, literat – jeden z utworów dedykował koledze z ławy szkolnej z Gimnazjum św. Anny w Krakowie, Stanisławowi Wyspiańskiemu, w czasie I wojny światowej służył w wojsku austriackim jako lekarz. W 1918–1920 aktywny w Komitecie Narodowym Obrony Spisza, Orawy, Czadeckiego i Podhala. Z jednej strony patriota, poważny naukowiec, z drugiej – ekscentryk, sprawiający wrażenie człowieka niezrównoważonego psychicznie, po 1920 schorowany, odizolował się od środowisk naukowych i artystycznych, mieszkał w Krakowie, do roku

siedmiu laty opatrywał rany tegoż tu stojącego Wawrytki⁵ po strasznych skutkach wypadku z dynamitem. To on, Witkiewicz, znakomity malarz realista, mistrz pejzażu i pisarz sławiący uroki Tatr i Podtatrza⁶ – ktoś by pomyślał, że pięknoduch – wspólnie z wdową po zmarłym przyjacielu, panią Dembowską⁷, zajął się Wawrytką, kiedy ów wrócił ze szpitala jako ociemniały kaleka. Nie dość, że nie pozwolił mu umrzeć w zgorzknieniu, to zorganizował spektakularną pomoc dla nieszczęśliwego, jego żony i liczego potomstwa.

Do dziś wielu autorów tekstów przyczynkarskich, a także popularnych, o charakterze przewodnikowym, dając się zwieść powielanym opiniom korespondentów sprzed wieku, z takich czy innych powodów przychylnych dr. Andrzejowi Chramcowi, dają wiarę, że cała sprawa *Bagna* była li tylko skutkiem frustracji dziwaczного artysty Stanisława Witkiewicza, wynikłej i narastającej z powodu nieakceptowania stworzonego przezeń stylu zakopiańskiego w rzemiośle artystycznym i w sztuce użytkowej – i że tedy z powodu *Bagna* najwięcej się dostało Chramcowi, który koncepcje twórcze Witkiewicza lekceważył, a którego głos dużo znaczył. W rzeczywistości Stanisławowi Witkiewiczowi chodziło o co innego niż o styl zakopiański – który przecie wszedł w życie i pozostał w historii kultury. Witkiewicz nie upominał się o tzw. swoje. Jako autorowi *Bagna* chodziło mu o skutki ewidentnie złej woli dr. Chramca, jawiące się nie tylko w drażliwych kwestiach personalnych, stanowiących kanwę dramatu osób przez niego pomówionych i skrzywdzonych, lecz w sprawach dotyczących zdrowia i życia ludzkiego, mogących zakończyć się ekologiczną katastrofą i kulturową zapaścią wskutek chimerycznych decyzji człowieka, który pełniąc ważne funkcje i sprawując wysokie urzędy, z niezrozumiałych powodów miał w pogardzie dobro społeczne.

Pomyślałem, że należy się takie wyjaśnienie. Bo choć to, co było istotą konfliktu w pewnej społeczności, wydarzyło się dosyć dawno temu, to trzeba przypomnieć, że bagno wciąga...

„Historia Wawrytki jest straszna. Zdawać mogłoby się, że los jakby umyślnie zestawił dwie alternatywy: albo nędza i zdrowie, albo dobrobyt i choroba. Wawrytko był przewodnikiem, zarabiał sporo, ale wesoły i lekkomyślny wydawał wszystko i żył w nędzy.

1933 dużo publikował. Był w kontakcie z Juliuszem Zborowskim, dyrektorem Muzeum Tatrzańkiego w Zakopanem, na jego ręce przekazał do zbiorów muzealnych pamiątkowe przedmioty. Jeden z najwybitniejszych badaczy góralszczyzny podtatrzańkiej, umarł w osamotnieniu.

⁵ Józef Gąsienica-Wawrytko-Krzepkowski – ze słynnej góralskiej rodziny, z której wywodzą się zarówno taternicy, przewodnicy tatrzańscy, ratownicy, jak i artyści – muzycy i tancerze. Taniec sławnego na Podhalu Wojciecha Wawrytki miał zainspirować Karola Szymanowskiego do skomponowania baletu *Harnasie* (Wawrytkowie używali także nazwiska Krzeptowski. Zrezygnowali z tego po II wojnie światowej i wrócili do nazwiska Gąsienica-Wawrytko).

⁶ *Na przełęczy* (1889) Stanisława Witkiewicza – utwór nazywany *Ewangelią Tatr* – jest czymś więcej niż pionierskim reportażem z wyprawy w Tatry. Autor, w jednej osobie uduchowiony artysta i surowy przede wszystkim dla siebie redaktor, nie tylko nie ukrywa fascynacji mistyką Tatr, ale wzmaga u czytelnika potęgę tajemniczy zjawiska. Nie pomija okazji – niebawem przecież twórca stylu zakopiańskiego – żeby przedstawić budownictwo, rzemiosło artystyczne, muzykę, stroje i obyczaje górali. Wprawdzie pierwszą polską książką o górach jest *Przewodnik do Tatr i Pienin* (1886) Walerego Eljasza-Radzikowskiego (także malarza, ojca lekarza Stanisława Eljasza-Radzikowskiego, zob. przypis 4), to jednak można powiedzieć, że książki się uzupełniają: pierwsza zawiera niezbędną poezję, druga – rozwałę w obcowaniu z żywiołem.

⁷ Maria Dembowska. Zob. informację w przypisie 1.

Chata jego była ciemną małą norą, w której zaledwo mieścił się on z żoną i siedmiorgiem dzieci; krowy nawet nie mieli, co już świadczy o wielkiej nędzy chłopca. Przychodzi wypadek; Wawrytko traci oczy i rękę, staje się najniezwyklejszym kaleką, i z tą chwilą zmienia się jego nędzne dotychczas pod względem materialnym życie. Zaczyna płynąć ludzka ofiarność na nieszczęśliwego kalekę, a p. Witkiewicz i pani Dembowska stają się pierwszymi jego opiekunami. Wawrytko zaczyna wprost w modę wchodzić, każdy przyjeżdżający do Zakopanego uważa niejako za swój obowiązek dać coś na Wawrytkę, który dzięki temu zagospodarowuje się, dochodzi do posiadania i chałupy, i krowy, i wszystkiego, co przeciętnej chłopskiej rodzinie jest potrzebne. Tak złożyło się, że mimo woli wszelkie datki na nieszczęśliwego przechodzą przez ręce oskarżonego i pani Dembowskiej; oni stają się jakby kasjerami Wawrytki, a ten czuje się niejako w zależności od nich.

Tymczasem dzieje się co? Panowie, którzy tu dziś oskarżenie wnoszą, panowie stanowiący podstawę zakopiańskiego bagna, zabierają się do Wawrytki i doprowadzają go do tego, że on przeciw oskarżonemu składa zeznanie. Jest to sprawa dla oskarżonego niewymownie przykra, bo choć zna lekkomyślność Wawrytki, nie przypuszczał nigdy, pisząc *Bagno*, żeby ktoś z Wawrytków mógł przeciw niemu wystąpić. Gdy dowiedział się oskarżony, że Wawrytko Józef wezwany do gminy zeznał tam, a raczej podpisał zeznanie zadające fałsz prawdzie, a skierowane przeciw oskarżonemu, było mu to bardzo przykre, unikał odtąd jednak Wawrytki, nie chcąc ani wyrzutów mu robić, ani zmuszać go do nowych moralnych koziółków. Później dopiero dowiedział się oskarżony, w jak niegodziwy a przewrotny sposób opanowano duszę Wawrytki, jak go ściągnięto do gminy, częściowo wydobyto tam niezgodne z prawdą, częściowo sfalszowano zeznania przy tłumaczeniu góralskiej gwary na język literacki⁸.

Wróćmy do mieszkania państwa Witkiewiczów. Ciąg dalszy przerwanej relacji prawosowej:

„Dręczyło widać jednak sumienie Wawrytkę, bo ostatniej soboty przed wyjazdem do Lwowa przyszedł on najnie spodziewaniej do oskarżonego i blady, drżącym głosem [na pytanie Witkiewicza, co go sprowadza], zaczął się uniewinniać:

«Nic nie chciałem, przyjechał do mnie sekretarz gminy i powiedział, żebym do gminy tylko pojechał, tam coś powiedział i podpisał, a nic mi nie będzie. Pojechałem. Dr Chramiec mnie pytał; wszystkim dziękowałem, aż oni mi powiedzieli, że dość już tego dziękowania i to tam napisali».

Witkiewicz uspokoił Wawrytkę, że nie ma do niego żalu i że to, co jest prawdą, będzie mógł zeznać we Lwowie przed sądem pod przysięgą.

Odpowiedź radnych gminy Zakopane na *Bagno*, książeczka o 16 stronicach w oparciu «naśladowanej skórze krokodyla», zawiera przy końcu «Protokół spisany dnia 14-go stycznia 1903 r. w Zakopanem, w urzędzie gminnym», a zaczynający się od słów: «Jawił się Józef Gąsienica 'Wawrytko' i oświadcza, co następuje»:

To «dosłowne» zeznanie górala władającego tylko góralską gwara i podpisującego się krzyżykiem, zawiera takie ustępy: «p. dr Chramiec przysłał przed wieczorem w ową sobotę dra Gaika i ten z największą delikatnością, chociaż z dotkliwym bólem opatrzył mi rękę i poradził mi, abym raniutko następnego dnia w niedzielę, tj. najbliższym po-

⁸ „Przegląd Zakopiański” nr 26 z 27 czerwca 1903 r. Relację sygnowano: S.D.

ciągiem z Chabówki udał się do szpitala w Krakowie. Z całym zaufaniem i wiarą przyjąłem radę dra Gaika» itd. [dziennikarz „Przeglądu Zakopiańskiego”, autor powyższych podkreśleń, uśmiecha się smutno; toż tu nawet wie dziecko, że góral tak nie mówi; że nie użyłby takich sformułowań!].

«Przyjechawszy do Krakowa, zastałem na dworcu kolei pogotowie szpitalne, które» itd. [nb. jak wykazały zeznania świadków przy rozprawie, żadnego pogotowia nie było i nikt nie czekał]. «Dziś po 7 latach, gdy do kalectwa i ślepoty już się przyzwyczailem, żywię tylko wdzięczność w mym sercu dla wszystkich, którzy mi opieki w nieszczęściu udzielili, a przede wszystkim błogosławię p. dr. Gaikowi, który przez wysłanie mnie do szpitala nie tylko moje męki skrócił, lecz może życie uratował».

Tu się kończy protokół i następują podpisy: (znak krzyża) *Józef Gąsienica Wawrytko. Podpisałem na żądanie: Wojciech Krzeptowski r[ęka] w[łasna]. W obecności zastępcy naczelnika gminy: Maciej Gąsienica, r. w. Tak zeznał. Piątkiewicz, r. w. (ck. komisarz rządu).*

Zaznaczyć wypada, że pomimo tego specjalnego «błogosławieństwa» Wawrytko po powrocie ze szpitala z Krakowa nie do dra Gaika, lecz do dra Eljasza i p. Witkiewicza się udał⁹.

Zanim ta sprawa, będąc wierzchołkiem góry lodowej, znalazła epilog w sądzie, dwaj panowie, powód i pozwany, spotykali się przez lata całe na ulicach Zakopanego. Jeden z nich, Andrzej Chramiec, był lekarzem i najwyższym urzędnikiem tutejszej gminy, drugi, Stanisław Witkiewicz, artysta malarz, pisarz, redaktor, zupełnie niepraktyczny w osobistych i rodzinnych sprawach bytowych, chcąc nie chcąc, z dnia na dzień utrwalał własną sławę twórcy, był ponadto – czego się nie da ukryć – twórcą stylu zakopiańskiego¹⁰.

Chramiec, góral z urodzenia, który miał własną koncepcję rozbudowy Zakopanego – bez wodociągów, bez kanalizacji, za to z elektryczną iluminacją i z obowiązkowymi splotaczkami kieszonkowymi – raczej nie przypuszczał, że Witkiewicz, urodzony na Żmudzi, a przybyły do Zakopanego z Warszawy, wykona potężny cios wymierzony przeciwko niemu.

Najpewniej Chramiec do końca życia z tego się nie otrząsnął. Po siedemnastu latach od ukazania się broszury Witkiewicza *Bagno*, w której autor poddawał miażdżącej krytyce jego postawę i działania, Chramiec, już z dala od stron rodzinnych, na starość

⁹ Tamże.

¹⁰ S. Witkiewicz zaprojektował kilkanaście budowli w stylu zakopiańskim, z których zachowały się do dziś m.in. „Koliba” (obecnie jeden z oddziałów Muzeum Tatrzańskiego), „Rialto” (dawniej sanatorium dra Mariana Hawranka), „Oksza” (dziś także oddział Muzeum Tatrzańskiego), „Konstantynówka”, nowy gmach Muzeum Tatrzańskiego, „Dom pod Jedłami”, „Grażyna”, dom doktorostwa Dłuskich, najprawdopodobniej dom doktora Waclawa Kraszewskiego, kaplica Albertynów (obecnie Albertynek), kaplica w Jaszczurówce. W stylu zakopiańskim projektował także meble, szachy, zewnętrzne elementy zdobnicze pianina. Dr Chramca irytowała tego rodzaju aktywność wszechstronnego artysty. W swoich *Wspomnieniach* (zob. przypis poniżej) nie kryje satysfakcji z faktu, że na wniosek górali zdarto z kościoła w Zakopanem polichromię według projektu Witkiewicza, z motywami nawiązującymi do kultury góralskiej, i zastąpiono ją konwencjonalną. Dr Chramiec ubolewa (w tej samej pracy), że S. Witkiewicz w twórczości literackiej i plastycznej (pomnik Tytusa Chałubińskiego z Sabalą u stóp cokołu) wyniósł Sabalę do godności piewcy Tatr, nawiedzonego, utalentowanego, podczas gdy – zdaniem Chramca – Sabala to był nigdy nietrzeźwiejący alkoholik, naciągający gości. Komentarz zbędny.

sprząta po sobie. Usiłując rekonstruować na chłodno tamte wydarzenia, taki daje na wstępie portret antagonisty¹¹:

„Witkiewicz widywałem [...] zawsze ubranego w szary garnitur marynarkowy, w serdaku, na głowie czarny miękki kapelusz z wielkim rondem, a w ręku laska, zwykły kijek. Ta skromna postać nabierała niezwykłego uroku, gdy melodyjnym litewskim akcentem rozpoczynał: «jak się miewacie». [...] Żmudzin, człowiek bardzo sympatyczny, wzrost średni, budowa wątła, cera śniada, bujna czarna czupryna, mocno kędzierzawa, wąsy i porost brody u policzków rzadko kurtyzowane, oczy duże, spojrzenie łagodne, jakie zwykle mają suchotnicy. Miałem wrażenie, że Witkiewicz był w moim wieku¹². Witkiewicz pozostawił swój autoportret w obrazie św. Jana Chrzciciela w kościele parafialnym w Zakopanem. Kto Witkiewicza pamięta, musi przyznać, że lepszego modelu, aniżeli on sam, do obrazu tego świętego nie mógł dobrać”.

A, piękna postać!

Witkiewicz był uważany przez Chramca za idealistę pozbawionego zdolności organizacyjnych. No to czemu dzięki Witkiewiczowi kojarzymy Zakopane ze stylem wprowadzonym właśnie przez niego?

O to mniejsza. Kwestia gustu. Ale żeby takiej potędze intelektualnej, autorowi wnikliwych książek o Matejce, o Aleksandrze Gierymskim, o Józefie Siedleckim, zarzucać chwiejność i brak własnego zdania (w dalszej części *Wspomnień*)? To już niezbyt etyczne, zwłaszcza że sprawa się sypie w momencie, kiedy bezstronna opinia Witkiewicza w obronie podstawowych wartości narusza fundamenty interesów Chramca! Stwierdził po latach, że Witkiewicz, zamiast siedzieć spokojnie i pisać dalszy ciąg *Na przelęczy*, posłuchał tych, co psy na Chramcu wieszali, i napisał *Bagno*. Że został odmieniony. To Witkiewicz przez te lata miał siedzieć z nosem w papierach i udawać, że nie widzi objawów bezmyślności lub, co gorsza, działalności przestępczej władz samorządowych? „Za pierwszym razem – pisze Chramiec – założyli mu [Witkiewiczowi] okulary różowe Dembowski, Chałubiński, Modrzejewska i tym podobni. Obecnie dali mu czarne okulary Baranowski, Janiszewski, Radzikowski i wielu innych, a zwłaszcza bankruci pensjonatowi”.

Zestawienie zaiste kuriozalne!

Falsz dostrzeże się i bez okularów.

Witkiewicz nie dał portretu Chramca, pozostawił za to wnikliwy opis jego działalności. Lud góralski, „niespętany nigdy pańszczyzną”, uważał za wartościowy, tym bardziej trudno mu było dociec, dlaczego doktor Chramiec, wzbogacony góral, jest tak przewrotnym człowiekiem i wyrządza szkodę niepowtarzalnemu miejscu, do którego po studiach powrócił. „Przez Zakopane co roku przepływa cała prawie inteligencja, przepływa tłum wielotysięczny ludzi wszelkich stanowisk i kategorii społecznych. Jest ono punktem przecięcia się wszystkich dróg, po których płynie polskie życie” – pisze w *Bagnie*. I trochę dalej: „Przybywają tu rozbitki z Syberii, wędrowcy z Brazylii, Afryki, ze wszystkich kątów Europy i z całego obszaru dawnej Polski od Bałtyku po Liman Dnie-

¹¹ Wszystkie poniższe cytaty pochodzą z retrospektywnych tekstów doktora Chramca, publikowanych w: A. Chramiec, *Wspomnienia*, oprac., wstęp i posłowie B. Wysocka, Biblioteka Kórnicka PAN i Urząd Miasta Zakopane, Kórnik-Zakopane 2004.

¹² W rzeczywistości Witkiewicz był starszy od Chramca o osiem lat. Albo więc wyglądał młodziej, albo pamiętnikarz daje do zrozumienia, że nosił się on niestosownie do wieku, wymagającego już pewnej powagi.

prowy. Można tu widzieć wszystkie odmiany ras zamieszkujących Polskę i wszystkie odmiany klas społecznych. W ciągu paru lat poznaje się tu więcej ludzi interesujących, wybitnych (...) niż gdzie indziej przez całe życie... Ci ludzie z dolin przynieśli tu tyle bezinteresownych, dobrych dążeń, tyle zawiązali użytecznych instytucji” – pisze dalej, że gdyby ich najszlachetniejsze usiłowania trafiły na podatny grunt, „Zakopane byłoby jakimś idealnym środowiskiem, w którym by były złożone wzorowe okazy urządzeń społecznych”. Tak się niestety nie stało, „ponieważ wznoszone tu przez ludzi lepszych wiązania doskonalszych form życia trafiają na grunt parafialno-gminnego zatęchłego bagienka”.

„Doktor Chramiec jest silnym przeciwnikiem. Jako właściciel zakładu leczniczego, który jest największym przedsiębiorstwem handlowo-przemysłowym w Zakopanem, ma za sobą taką siłę jak duży majątek; rozporządza absolutną większością głosów w gminie i Komisji Klimatycznej, kieruje opinią publiczną za pomocą rozmaitych korespondentów do wielu pism, korespondentów, których pióra maczane w bagnie głoszą jego chwałę, jego obywatelską ofiarność, jego cnoty i wdzięki, nazywając go ulubionym przyjacielem i spadkobiercą idei prof. Chałubińskiego, co jest wprost ubliżające pamięci twórcy Zakopanego”.

Witkiewicz – co zresztą wynika z dalszych jego wywodów i dowodów – wie, że ma do czynienia z człowiekiem niewiarygodnie przebiegłym. Pisze, choć mocno, to w tym miejscu bez złości: „W Zakopanem ustaliło się przekonanie, że dr Chramiec w swoich robotach może liczyć na poparcie Władysława hr. Zamoyskiego¹³, że w każdej chwili może się oprzeć o jego milionową fortunę, wpływ jego imienia (...) Nie chcę w to wierzyć. Zaprzęgnięcie do tych robót takiej siły, jak hr. Zamoyski, któremu Zakopane zawdzięcza kolej żelazną¹⁴, który tyle energii, poświęcenia i oddania włożył w sprawę Morskiego Oka, byłoby fatalnym zaprzepaszczeniem i zmarnowaniem wielkiej wartości społecznej, powtarzam więc: nie chcę w to wierzyć”.

Spór na tle wypadku Wawrytki to niejako fundament sprawy „wygryzania” lekarzy klimatycznych.

Oto wersja dr. Chramca (napisana po ćwierćwieczu, kiedy najważniejsi uczestnicy zdarzenia już nie żyli): „Dr Radzikowski cieszył się wielką zyczliwością Witkiewicza (...) W takich okolicznościach zdarzył się nieszczęśliwy wypadek. Wawrytko-Krzepkowski przy rozsadzaniu kamienia doznał obrażenia obu oczu¹⁵. Oddał się w opiekę lekarza klimatycznego, zainteresował się chorym także Witkiewicz, był przypadkiem u Radzi-

¹³ Władysław hrabia Zamoyski (1853–1924), polski działacz społeczny, etnograf, mineralog, fundator Zakładów Kórnickich, aktywny w pracach i przedsięwzięciach emigracji polskiej. Syn generała polskiego, działacza emigracyjnego i Jadwigi z Działyńskich, po studiach politechnicznych w Paryżu i służbie w wojsku francuskim, którą zakończył jako oficer, przybył do kraju, objął dobra kórnickie. Pomagał matce w organizowaniu Szkoły Domowej Pracy Kobiet (1882), przeniesionej później z Kórnika do Kuźnic. Jako obywatel francuski, wydalony z matką i siostrą z zaboru pruskiego, działał w Galicji. Między innymi w 1889 z myślą ratowania lasów tatrzańskich nabył dobra zakopiańskie. W międzynarodowym sądzie w Grazu uzyskał w 1902 roku wyrok włączający okolice Morskiego Oka w granice ziem polskich.

¹⁴ Dzięki staraniom Zamoyskiego – i z pomocą Andrzeja Chramca – powstała stosunkowo tanio, acz nie bez oporów górali, linia kolejowa Chabówka–Zakopane, od 1896 otwierająca kurort dla reszty świata.

¹⁵ Według wcześniejszych relacji dr S. Eljasza-Radzikowskiego (z roku 1896) oraz S. Witkiewicza (z roku 1902 i z roku 1903) oczy Wawrytki były wypalone.

kowskiego, kiedy chorego do niego przyprowadzono, pomagał w opatrywaniu ran. Lekarz zapowiedział, że chory powinien być co dzień opatrywany¹⁶, bo w przeciwnym razie straci wzrok, przyrzekł, że będzie chorego odwiedzał co dzień rano. Na drugi dzień odwiedził Wawrytkę w towarzystwie Witkiewicza, i opatrzył go. Na trzeci i czwarty dzień nie pokazał się doktor, ani Witkiewicz, chory zaczął krzyczeć z bólu. Brat chorego gonił po Zakopanem, szukając lekarza, przyszedł ze skargą do wójta i prezesa Klimatyki. Posłałem policjantów, aby doktora wyszukali, a gdyby go nie znaleźli, mają poprosić dra Gaika, mojego asystenta (i szwagra). Nie odszukano dra Radzikowskiego¹⁷, poproszono dra Gaika. Dr Gaik zbadał chorego i stwierdził ropę w oczach, stan bardzo dla wzroku groźny, przekazał tedy chorego natychmiast do kliniki do Krakowa. Wynajęto furkę i brat chorego odwiózł go do kliniki. W klinice stwierdzono utratę wzroku z powodu dopuszczenia do zropienia rogówki z braku opatrunku. Może przekazanie chorego zaraz po wypadku byłoby uratowało wzrok. Takie było orzeczenie profesora okulistyki”.

Wkrótce się dowiemy, co napisał na ten sam temat Witkiewicz o wiele wcześniej niż memuarzysta Chramiec. Na razie, w przerwie na kawę, garść plotek. Dwaj interesujący nas panowie reprezentowali zgoła odmienne opcje polityczne. Chramiec był głównym sprzymierzeńcem hr. Zamoyskiego. Ludzie z otoczenia hr. Zamoyskiego uważali, że panny powinny dla przyzwoitości unikać Heleny Modrzejewskiej, gdy ją ujrzą na szlaku. Kwit za przewóz kuferka z ubraniami Bronisława Piłsudskiego, którego wykupienia spodziewał się ubogi, lecz nie ubogi duchem, właściciel owego kuferka, Bronisław Piłsudski, odesłał w imieniu hr. Zamoyskiego zarządca dóbr dworskich Wincenty Szyborski¹⁸ pod adres pensjonatu Marii Witkiewiczowej, która jako przygarbna „pensjonatowego bankruta”. Do sanatorium Chramca, reklamowanego bardziej niż samo Zakopane, przyjeżdżali pacjenci, kuracjusze i goście nastawieni prawicowo. Hr. Zamoyski, który tyle pożytecznego zrobił dla Zakopanego i dla górali, należał do tego samego obozu, co dr Chramiec¹⁹. Hrabia zachowywał w sprawach politycznych wytworny dystans, w jednej osobie lekarz-wójt-przedsiębiorca także się nie wdawał w polityczne utarczki – lecz ludzie bliscy im ideowo warczeli na Stefana Żeromskiego, na dr. Kazimierza Dłuskiego, do którego konkurencyjnego sanatorium przyjeżdżała na wakacje Maria Skłodowska-Curie, szwagierka Dłuskiego... Warczeli na socjalnych demokratów, na Daszyńskiego, Piłsudskiego – a do grupy „takich właśnie” był zaliczany także Witkiewicz²⁰.

Cdn.

¹⁶ A. Chramiec opisywał to w roku 1919, w 17 lat po relacji przebiegu wypadku i akcji ratunkowej przez świadka i uczestnika wydarzeń S. Witkiewicza, a w 16 – po dodatkowych, bardzo szczegółowych zeznaniach S. Witkiewicza przed sądem. Opis pod piórem dr. Chramca jest zdecydowanie nierzetelny i tendencyjny.

¹⁷ Dr Chramiec, jako wójt zakopiański, najlepiej wiedział, że dr. Radzikowskiego nie ma w mieście i z jakich to ważnych powodów musiał nagle wyjechać. O tym w następnym odcinku.

¹⁸ Wincenty Szyborski (1870–1936), polityk endecki. Ojciec Wisławy Szyborskiej.

¹⁹ Chramiec został nazwany w *Bagnie* „surdutowym, miejscowym dygnitarzem”. Określenie Witkiewicza przyjęło się, zmodyfikowane, jako „góral surdutowy”.

²⁰ Nie tylko dlatego, że w młodości, kiedy mieszkał w Warszawie, chodził w robociarskich błękitnych drellichach (co nie znaczyło, że jakiś fagas miałby czelność wyprosić go z Hotelu Europejskiego). Witkiewicz szanował niezbywalne prawa człowieka.

Sylwetki wybitnych adwokatów

Piotr Sendeki

ADWOKAT PROFESOR ZDZISŁAW PAPIERKOWSKI (1903–1980) – W 110. ROCZNICĘ URODZIN

Artykuł niniejszy stanowi przeredagowaną wypowiedź wygłoszoną w maju 2012 r. na konferencji zorganizowanej przez Katedrę Prawa Karnego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, pod hasłem „Jubileusz 80-lecia Kodeksu Karnego z 1932 roku”. Do udziału w konferencji jako patron honorowy zaproszona została Okręgowa Rada Adwokacka w Lublinie.

Jubileusz 80-lecia Kodeksu karnego z 1932 r., zwanego Kodeksem Makarewicza, wywołuje refleksję zarówno nad kształtowaniem się polskiego ustawodawstwa karnego, jak też nad losami polskich pokoleń prawniczych, uwikłanych w dramaty okrutnego XX wieku. W losach prawników, twórców kodeksu, ich uczniów i współpracowników, jak w zwierciadle odbija się historia tej ziemi.

Uczniem prof. J. Makarewicza był człowiek szczególnie, związany bardzo blisko z gospodarzem konferencji – Katolickim Uniwersytetem Lubelskim. Niech mi wolno zatem będzie wspomnieć postać prof. dr. hab. Zdzisława Papierkowskiego, dziekana Wydziału Prawa KUL, a w latach późniejszych – po likwidacji przez władze komunistyczne Wydziału Prawa – przez ponad 11 lat prorektora KUL.

Wspomnienie to ma wiele uzasadnień. Po pierwsze – *pro domo sua* – profesor Papierkowski był adwokatem, członkiem Izby Adwokackiej w Lublinie, i to właśnie daje mi jako dziekanowi adwokatury lubelskiej tytuł, ale i obowiązek powiedzenia tych słów. Ma bowiem adwokatura lubelska szczególnie dług i powinność oddania czci człowiekowi, wobec którego nie zdobyto się na takie potraktowanie, na jakie zasługiwał. W 1954 r. – w szczytowym okresie stalinizmu – odmówiono Profesorowi Papierkowskiemu wpisu na listę adwokatów izby lubelskiej. Co prawda, w atmosferze przedpaździernikowej – już we wrześniu 1956 r. – zweryfikowano tę decyzję, dopuszczając prof. Papierkowskiego do wykonywania zawodu adwokata, jednakże odmawiająca wpisu na listę uchwała z 1954 r. zasługuje na potępienie, o czym jeszcze za chwilę.

Drugim uzasadnieniem dla przypomnienia postaci Profesora jest fakt, że Zdzisław Papierkowski był uczniem prof. Juliusza Makarewicza, pod którego wpływem pozosta-

wał przez wiele lat. To właśnie prof. Makarewicz był promotorem rozprawy doktorskiej Z. Papierkowskiego pt. *Bezskuteczne podżeganie do przestępstwa* (Warszawa 1928), którą obronił jako asystent przy Katedrze Prawa Karnego UJK we Lwowie w grudniu 1927 r. W aktach osobowych adwokata Zdzisława Papierkowskiego znajduje się dyplom doktorski, pod którego oryginałem figurowały podpisy profesorów: J. Makarewicza – promotora, Kamila Stefki – dziekana Wydziału Prawa UJK oraz Adama Gerstmanna – rektora UJK. Obrona doktoratu odbyła się dwa lata po ukończeniu studiów prawniczych. Dalsze prace naukowe pozostawały w kręgu zainteresowań promotora, w którego katedrze Zdzisław Papierkowski pracował przez kolejne lata, równoległe od 1931 r. wykładając prawo karne materialne i procesowe na KUL, od 1937 r. jako profesor nadzwyczajny, od 1946 zaś jako profesor zwyczajny.

W okresie pracy na UJK w drugiej połowie lat dwudziestych i pierwszej lat trzydziestych, jak wspominał, cała Katedra była głęboko zaangażowana w proces tworzenia przez J. Makarewicza nowoczesnego kodeksu. Napisał wówczas ważne prace naukowe, jak wydana w 1932 r. publikacja pt. *Udział w przestępstwie wedle projektu polskiego kodeksu karnego*, a następnie *Granice obrony oskarżonego w procesie karnym* (1933), *Rehabilitacja i zatarcie skazania a zniesławienie* (1934), *Wyrok łączny* (1934), *Art. 203 KK a Sąd Najwyższy* (1935), *Usiłowanie a dolus eventualis* (1936), *Usiłowanie przestępstwa polegające na zaniechaniu* (1936). Nie czas na analizowanie spuścizny naukowej, ale samo przywołanie tytułów prac naukowych wskazuje na twórczą analizę instytucji zawartych w nowym kodeksie, sposobu ich regulacji, rodzącego potrzebę refleksji naukowej na kanwie nowego prawa. Jak zauważono w artykule o profesorze: „podobnie jak J. Makarewicz, Z. Papierkowski w swojej koncepcji form zjawiskowych wiązał odpowiedzialność karną za przestępne współdziałanie z zasadą subiektywizmu i indywidualizacji winy”, a „(...) idąc dalej niż J. Makarewicz, opowiadał się za karalnością podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych” [R. G. Hałas – artykuł *Zdzisław Papierkowski*, (w:) *Profesorowie prawa KUL*, Lublin 2008, s. 346]. Po odbytych studiach zagranicznych dr Papierkowski uzyskał habilitację na podstawie pracy z zakresu prawa karnego procesowego pt. *Dowód poszlakowy w postępowaniu karnem. Studium procesowo-prawne* (Lublin 1933), łącząc – co rzadkie – zainteresowania naukowe zarówno prawem karnym materialnym, jak i formalnym.

Trzecim wreszcie motywem mojej wypowiedzi jest refleksja, że losy wybitnego uczonego, robiącego w dwudziestoleciu międzywojennym błyskotliwą karierę prawniczą, w latach powojennej rzeczywistości komunistycznej obrazują typowe dla komunistycznej „dyktatury ciemniaków”, posługując się sformułowaniem Stefana Kisielewskiego, marnotrawienie talentów, eliminowanie z życia publicznego przedstawicieli inteligencji – w imię „jedynie słusznej” doktryny marksistowskiej. Jak napisano w jednej z publikacji tamtych czasów: „profesor Papierkowski jest stracony dla socjalistycznej nauki prawa karnego”. Oczywiście rzeczywista i niepowetowana strata – spowodowana utrudnieniami w publikacjach i odebraniem profesorowi możliwości kształcenia i promowania wychowanków – była po stronie nauki polskiej, której uwikłanie w narzuconą metodologię materializmu historycznego i dialektycznego zrodziło wykreowanie wielu pozornych autorytetów i powstawanie prac legitymizowanych liczbą cytatów z tzw. klasyków marksizmu-leninizmu. Nie poddał się tej presji prof. Papierkowski i jego prace z lat powojennych nigdy nie zawierały ideologicznego haraczu, jaki płaćto wielu wybitnych prawników tych czasów.

Profesor Papierkowski jest szczególnym przykładem człowieka niezłomnego, który nie poddał się presji ideologicznej, nie dał się wciągnąć w dwuznaczną współpracę z komunistycznym reżimem, nie uwikłał się w wymuszający kompromisy konformizm, tak częsty w tamtych czasach. Gdy w 1952 r. zlikwidowano Wydział Prawa i Nauk Społeczno-Ekonomicznych na KUL – jako prawnik nie miał już w istocie szans spełnienia swojego powołania. Ten wszechstronnie wykształcony uczyony, z odbytymi równolegle studiami na Akademii Handlowej we Lwowie, oraz po ukończeniu prawa – studiami z zakresu nauk historycznych – pozostał bez możliwości realizacji tego, do czego był najbardziej predestynowany. I tu nasuwa się pewna analogia z losami jego mistrza – prof. J. Makarewicz, który podobnie jak jeszcze kilku innych uczonych ze Lwowa (jak prof. Mieczysław Gębarowicz) pozostali w tym mieście, będąc mu i sobie wiernymi, licząc się z ryzykiem odsunięcia od pracy naukowej, co nastąpiło, a nierzadko odczuwając na własnej skórze terror stalinowski.

Gdy myślimy o losach prof. Zdzisława Papierkowskiego – wybitnego karnisty, wykształconego pod wpływem Juliusza Makarewicza, stypendysty Fundacji Rockefellera w latach 30., odbywającego staże na uniwersytetach w Wiedniu, Innsbrucku, Münster, Berlinie i Paryżu, władającego czterema zachodnimi językami, wprowadzającego metodę komparatystyki prawniczej w czasach, gdy takie podejście metodologiczne miało nowatorski charakter – to dostrzegamy, jak bardzo te losy są typowe dla tej niezłomnej części polskiego społeczeństwa. Chodzi tu, rzecz jasna, o tę część polskiej inteligencji, która nie poddała się – jak to określił Miłosz, pisząc w swojej książce pt. *Zniewolony umysł* – owe mu „ukąszeniu heglowskiemu” i zachowała niezłomność, będąc wzorcem dla słabszych, a jednocześnie przywracając wiarę w sens i potrzebę idei przyzwoitości w życiu zawodowym i publicznym. Profesor Papierkowski jest przykładem tego, że w najgorszych latach komunizmu można było zachować wierność ideałom, szlachetność postawy, że wreszcie tłumaczenia o historycznych kompromisach, o potrzebie włączenia się w ratowanie tego, co rzekomo jeszcze było do uratowania, o konieczności współpracy – bo przyjdą inni, gorsi, o niezbędności utrzymania rodziny itp. – były w istocie przykrywkami dla słabości charakteru, braku odwagi cywilnej, oportunistu i skłonności do konformizmu.

Te brzydsze cechy natury ludzkiej towarzyszyły, niestety, radzie adwokackiej w Lublinie, gdy profesor Papierkowski – bez widoków powodzenia na przyszłość, profesor bez katedry – ubiegał się o dopuszczenie do wykonywania zawodu adwokata. Miał ku temu najlepsze predyspozycje, gdyż oprócz tytułu profesorskiego, znaczącego dorobku naukowego, posiadał także uprawnienia i praktykę sędziowską. Ten tak niezwykle pracowity człowiek w latach 1926–1929 odbył aplikację sądową, zakończoną egzaminem sędziowskim, zaliczonym przez Komisję Egzaminacyjną przy Sądzie Apelacyjnym we Lwowie na ocenę celującą. Następnie, po paru miesiącach asesury, mianowany został w czerwcu 1929 r. Sędzią Grodzkim miejskim, a po niespełna czterech latach – 9 marca 1933 r. Sędzią Okręgowym Śledczym w Sądzie Okręgowym we Lwowie, w październiku 1933 r. objął zaś urzędowanie w Sądzie Okręgowym w Lublinie. Kwalifikacje te – w odczuciu rady adwokackiej w Lublinie – okazały się przeszkodą w dopuszczeniu do wykonywania zawodu adwokata z powodu tzw. „niedawania rękami wykonywania zawodu adwokata w Polsce Ludowej”.

Analiza akt osobowych Zdzisława Papierkowskiego, znajdujących się w archiwum Okręgowej Rady Adwokackiej w Lublinie, dostarcza ciekawego materiału historycz-

nego. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, by nie narazić się na zarzut ahistoryzmu, że samorząd adwokacki w czasach stalinizmu zredukowany został do szczątkowej postaci. Zachowano wprawdzie z nazwy samorządowy charakter adwokatury, jednak zarówno dziekan, jak i członkowie rady adwokackiej pochodzili z nominacji ministra sprawiedliwości, a obradom rady „przysłuchiwało” się stale trzech przedstawicieli POP (podstawowej organizacji partyjnej) PZPR. Co więcej, początek lat 50. to okres tzw. weryfikacji w adwokaturze, mającej na celu wyrugowanie z niej elementu reakcyjnego. Element ten, jeśli tak nazwać polską inteligencję nastawioną wrogo lub przynajmniej niechętnie do systemu komunistycznego, faktycznie był dominujący w adwokaturze, złożonej w dużym stopniu z osób o zapatrywaniach sanacyjnych, narodowych, a także w istotnej mierze z przedwojennych sędziów i prokuratorów. W tej atmosferze rozpatrywana była 20 listopada 1954 r., po roku od złożenia wniosku, sprawa prof. Papierkowskiego o dokonanie wpisu na listę adwokatów izby lubelskiej. W sentencji uchwały odmawiającej wpisu podano jako motyw uchwały „brak wolnych miejsc w terenie i nadmiar adwokatów w Lublinie”. W uzasadnieniu uchwały, pozostającym w rażącej sprzeczności z częścią dyspozytywną, z rozbrajającą szczerością napisano m.in.: „W okresie od 4 lipca 1934 do 17 sierpnia 1936 r. pełnił w okręgu Sądu Apelacyjnego w Lublinie obowiązki sędziego śledczego «do spraw wyjątkowego znaczenia», tj. spraw o przynależność do KPP i innych konspiracyjnych organizacji lewicowych”, oraz skonkludowano: „Po zlikwidowaniu Wydziału Prawa na KUL pracuje do chwili obecnej tamże, mając wykłady na Wydziale Filozofii Chrześcijańskiej. W pracy społecznej nigdzie nie zaangażowany. Czynniki miarodajne wypowiedziały się negatywnie co do wpisu petenta na listę adwokatów w okręgu tut. Izby”.

Czujność rewolucyjna, strach, szantaż czy nacisk „czynników miarodajnych” spowodowały, że rada, w której uczestniczyło kilkoro cieszących się poważaniem adwokatów, podjęła niechlubną decyzję. Pewnym usprawiedliwieniem jest fakt, że w tym gronie znalazł się jeden sprawiedliwy, który odważył się wstrzymać od głosu. Ten gest, jakkolwiek oddany w głosowaniu tajnym, *toutes proportions gardees*, przypomina samotnie uniesioną rękę innego profesora prawa, zresztą dobrego znajomego Z. Papierkowskiego – prof. Stanisława Stommy. Jego odwaga, wyrażająca się także w geście „wstrzymania się od głosu”, jaki miał miejsce przy uchwalaniu zmian w Konstytucji PRL w 1976 r., bywa dziś trudna do zrozumienia dla młodego pokolenia. Stosując miarę i kontekst historyczny, należy w obu tych gestach dostrzec jeśli nie heroizm, to znaczną dozę odwagi, na którą jakże trudno było zdobyć się w mrocznych czasach stalinizmu.

Ze wspomnianym prof. Stommą łączyła prof. Papierkowskiego znajomość jeszcze z czasów przedwojennych, gdy S. Stomma, wówczas student USB, członek Stowarzyszenia Katolickiej Młodzieży Akademickiej „Odrodzenie”, uczestniczył w organizowanych przy wsparciu ks. prof. Antoniego Szymańskiego, rektora KUL, sławnych już wówczas „Tygodniach Społecznych”. Wydaje się, że „społeczne” nastawienie, wywiedzione ze szkoły socjologicznej prawa karnego, której wybitnym przedstawicielem był J. Makarewicz, mentor Z. Papierkowskiego, w sposób naturalny skłoniło młodego docenta do uczestnictwa w tych wydarzeniach. Wspominał o tym w rozmowach inny uczestnik tych wydarzeń, lubelski adwokat i działacz „Odrodzeniowy”, a następnie znany adwokat lubelski śp. mec. Adam Jurkiewicz. Atmosfera otwarcia intelektualnego, zrodzonego encykliką Piusa XI *Quadragesimo Anno*, nawiązującą bezpośrednio do przełomowej

w dziejach Kościoła katolickiego encykliki Leona XIII *Rerum novarum*, spowodowała nowe podejście do spraw społecznych. Nie bez znaczenia były pojawiające się nowe prądy filozoficzne, zapoczątkowane dziełami rewidującego twórczo tomizm Jacquesa Maritaina, a następnie pogłębiającego te myśli i wiążącego je z zagadnieniami społecznymi Emmanuela Mouniera, twórców nurtu personalistycznego, aż do czasów współczesnych wpływającego ożywczo na kształtowanie umysłów i postaw katolików. Atmosfera dyskusji w środowiskach intelektualistów katolickich tamtych czasów tworzyła glebę, na której rozwijało się młode pokolenie studiujące na uczelniach katolickich. Zdzisław Papierkowski bliski był młodzieży studenckiej, będąc filistrem, kuratorem i honorowym członkiem korporacji Hetmania.

W swych wspomnieniach S. Stomma (*Trudne lekcje historii*, Znak 1998) pisał: „«Odrodzenie» w innych uniwersyteckich środowiskach (poza Wilnem) zachowało dawną chadecką postawę, przychylną endeckiej prawicy (...) Lwów bardzo mocno podkreślał swoją niezależność, w Wilnie zaś coraz wyraźniej zarysowywały się inklinacje demokratyczne i sympatie do rządzącego obozu piłsudczyków, którzy cenili wielonarodowe tradycje ziem byłego Wielkiego Księstwa Litewskiego (...) nie chcieliśmy osłabiać związków ze środowiskami «odrodzeniowymi» na innych uczelniach. Zaczęły się dyskusje międzyśrodowiskowe (...)”, które nabierały temperatury, grożąc nawet rozłamem w „Odrodzeniu”. Próbowali temu przeciwdziałać – jak wspomina Stomma – Stefan Swierzawski z KUL i Jerzy Turowicz. Takie dyskusje toczyły się na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim, gdy początkowo zastępca profesora, a następnie profesor Papierkowski zaczął prowadzić wykłady z prawa karnego. Wielu niezwiązanych już dzisiaj adwokatów wspominało profesora Papierkowskiego z tego okresu, podkreślając jego zainteresowania socjologiczne. W jego pracach (np. *Socjologiczne i filozoficzne oblicze kary*, Lublin 1947) pojawia się też dyskurs z podejściem psychologicznym, wywodzącym się z nurtu petrażycjańskiego, gdy pisał, że kara jest „(...) faktem z dziedziny psychiki społecznej”, że nie wymaga uzasadnienia filozoficznego, aczkolwiek nie negował poprawczej funkcji kary.

Wracając do kwestii wpisu na listę adwokatów, podać należy, że miał jednak profesor Papierkowski trochę szczęścia. Wymieniona, na fali odwilży jeszcze okresu przedpaździernikowego, rada adwokacka po raz pierwszy u schyłku stalinizmu pochodząca z wyboru – wpisała 10 września 1956 r. prof. dr. Zdzisława Papierkowskiego na listę adwokatów Wojewódzkiej Izby Adwokackiej w Lublinie. Gwoli ścisłości podać należy, że jeszcze 7 września 1955 r. Minister Sprawiedliwości nie znalazł podstaw, by uwzględnić odwołanie Z. Papierkowskiego od uchwały rady o odmowie wpisu, zaś 14 czerwca 1956 r., po ponownym rozpoznaniu sprawy, Minister Sprawiedliwości uchylił swoją decyzję z 7 września 1955 r. oraz uchwałę Rady Adwokackiej w Lublinie odmawiającą wpisu, przekazując sprawę tejże radzie do ponownego rozpoznania. Trzeba było kolejnych kilku miesięcy, by rada pod przewodnictwem nowo wybranego dziekana adw. Konrada Bielskiego, *nota bene* znanego literata lubelskiego, podjęła uchwałę o wpisie. Ostatnim aktem było ślubowanie adwokackie złożone przez adw. Zdzisława Papierkowskiego przed dziekanem Konradem Bielskim 6 listopada 1956 r.

Godne odnotowania jest, że świeżo upieczony członek Izby Adwokackiej w Lublinie wybrany został przez Walne Zgromadzenie Izby delegatem na pierwszy i jedyny aż do 1981 r. ogólnopolski Zjazd Adwokatury, który – jeszcze na fali popaździernikowych przemian – zwołany został w 1959 r. Wybranie adw. Z. Papierkowskiego delegatem na

Zjazd Adwokatury w kilkuosobowym gronie adwokatów lubelskich było wyrazem uznania lubelskiego środowiska adwokackiego dla niezłomnej postawy, siły charakteru i wiedzy Profesora. Było także formą zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę i wyrazem hołdu dla Profesora, którego osobę kojarzono powszechnie z – obrastającym już wówczas legendą – twórcą Kodeksu karnego prof. Juliuszem Makarewiczem.

Niezłomność charakteru, pryncypializm Profesora przysparzały w środowisku adwokatury lubelskiej anegdot, wyrażających myśl, że wykonując zawód adwokata, Zdzisław Papierkowski pozostawał przede wszystkim profesorem prawa, a i bywało – sędzią śledczym... Mówiono, że gdy zgłosił się do niego klient oskarżony o kradzież i proszący o obronę, zwykł się dopytywać: czy pan ukradł? Gdy potencjalny klient odmawiał odpowiedzi, mówiąc, że jest jedynie oskarżony o kradzież, Profesor nadal usilnie dopytywał, a gdy usłyszał w końcu odpowiedź – tak, ukradłem – reagował: a tak, to uciekaj złodzieju z mojej kancelarii.

Dostrzegając szczególną rolę adwokata w procesie karnym, widząc w roli obrońcy gwarancję zapewniającą właściwy wymiar sprawiedliwości – dziś powiedzielibyśmy respektowanie standardów praw i wolności – zmarły w 1980 roku Profesor większy nacisk kładł na funkcję wychowawczo-resocjalizacyjną prawa karnego, dostrzegając w nim instrument kształtowania osobowości osób zbaczających z właściwej drogi życia. Wskazywał w ten sposób, że adwokat, dla którego dobro i interes klienta jest zasadniczym drogowskazem, nie może jednocześnie zapominać o pryncypiach, o wykonywaniu zawodu w ramach prawa. Jeśli nawet nie nazywa zła po imieniu, to powinien zachować szczególną rozwagę i siłę charakteru, by nie dać się sprowadzić – w imię niewłaściwie interpretowanej ochrony interesu klienta, rozumianej jako cel, który uświęca środki – do roli podpowiadacza sposobów unikania odpowiedzialności karnej. Postawa, jaką wyrażał Profesor, stanowi pewne antidotum, chroniąc przed podejściem, które może doprowadzić – przy słabości charakteru – do roli *consigliere*, pomocnika czy współsprawcy przestępstwa.

Recenzje i noty recenzyjne

Przestępczość zorganizowana
red. Emil Pływaczewski,
Warszawa: C.H. Beck 2011, ss. 384.

Przestępczość zorganizowana pozostaje od lat przedmiotem zainteresowania literatury przedmiotu z różnych dziedzin nauki. Dobrze się więc stało, że opublikowano pracę prezentującą najważniejsze zagadnienia wiążące się z tą odmianą przestępczości. Książka jest wspólnym dziełem kilku znanych badaczy przestępczości zorganizowanej. Podzielona jest na części, rozdziały i paragrafy.

W części I, której autorem jest E. Pływaczewski, zawarto syntetyczny, acz w zasadzie wyczerpujący opis problemów związanych ze zbudowaniem definicji przestępczości zorganizowanej (przestępstwa zorganizowanego); w części tej dokonano także porównania jej z innymi zbliżonymi formami przestępczości zorganizowanej (zawodową, terroryzmem, różnymi formami „przestępczości białych kołnierzyków”), i jej relacji z bandą (gangiem). Wskazano także genezę przestępczości zorganizowanej w obszarze europejskim, amerykańskim, azjatyckim, Chinach, jak i związki przestępczości zorganizowanej z przestępczością transgraniczną i międzynarodowe powiązania przestępcze postrzegane z polskiej perspektywy.

Część II otwiera rozdział, którego treścią uczyniono fenomen zjawiska przestępczości zorganizowanej. W rozdziale tym (w par. 1) W. Filipkowski przedstawia modele przestępczości zorganizowanej – „spisek obcych”, mafię i jej amerykańską odmianę *La Cosa Nostra*, „przedsiębiorstwa przestępcze” i inne. Autor słusznie uznał, że modele te łączy wzajemne powiązanie i przenikanie się struktur o charakterze przede wszystkim ekonomicznym (por. s. 69). W dalszej części tego rozdziału W. Filipkowski omawia formy (struktury) przestępczości zorganizowanej, także występujące w Polsce i także w ujęciu statystycznym (por. s. 78–80). Z kolei w par. 2 K. Laskowska wskazuje obszary działalności zorganizowanych struktur przestępczych w Polsce, których wymienia 10. Ich dobór jest staranny i potwierdza ugruntowane w literaturze przedmiotu przekonanie, jakie typy czynów zabronionych można uznać za przykłady ich naruszeń w związku z przestępczością zorganizowaną (por. s. 83 i n.). W par. 3 W. Filipkowski omawia skutki funkcjonowania przestępczości zorganizowanej w płaszczyźnie normatywnej, kryminologicznej i kryminalistycznej. Podejmuje też próbę oszacowania zagrożenia tym rodzajem przestępczości. W konkluzji swych rozważań stwierdza, że

„poziom zagrożenia oraz jego [zjawiska przestępczości zorganizowanej – dop. K. I.] ryzyko są o wiele większe niż w przypadku przestępczości pospolitej” (s. 150). Trudno nie podzielić tej tezy.

Rozdział II poświęcono etiologii przestępczości zorganizowanej. Skupiono się w nim na przyczynach popełnienia przestępstw: historycznych, społecznych, ekonomicznych, prawnych, organizacyjnych, międzynarodowych i innych: np. wynikających z rozwoju nowoczesnych technologii. W rozdziale tym K. Laskowska słusznie uznaje, że wyróżnione przyczyny nie mają charakteru swoistego; wydaje się jednak, że przyjęcie za podstawowy powód pojawienia się i rozwoju przestępczości zorganizowanej transformacji ustrojowej jest nieco uproszczoną tezą. Wszak przestępczość ta rozwijała się także przed tą transformacją, która jedynie mogła wpłynąć na jej utrwalenie i udoskonalenie funkcjonowania, o czym zresztą Autorka pisze na s. 156 i 162.

Rozdział III zawiera rozważania na temat systemu przeciwdziałania i zwalczania przestępczości zorganizowanej. W rozdziale tym W. Filipkowski omawia profilaktykę m.in. kryminalistyczną i kryminologiczną, międzynarodowe standardy walki z przestępczością zorganizowaną, krajowy system przeciwdziałania i zwalczania przestępczości zorganizowanej oraz wybrane aspekty tego systemu (np. nastawione na zwalczanie korupcji). Ten fragment pracy zwraca uwagę przede wszystkim kompleksowym ujęciem tego zagadnienia. Szczególnie interesujące są postulaty co do sposobu przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej w Polsce (wsparte badaniami kryminologicznymi), aczkolwiek niektóre wnioski wywiedzione z nich nie wydają się możliwe do realizacji. Np. na s. 206 W. Filipkowski pisze o konieczności podnoszenia świadomości społecznej w takim kierunku, aby uzmysłowić różnym kategoriom nabywców rzeczy uzyskanych z przestępczości zorganizowanej, że ich działania sprzyjają jej rozwojowi. Nie sądzę, aby ten postulat mógł pełnić przypisaną mu funkcję.

Rozdział I części III dotyczy przestępczości zorganizowanej w świetle prawa karnego. Analiza obecnego stanu prawnego dokonana przez E. Zatykę stanowi udaną próbę przedstawienia modelu odpowiedzialności karnej za udział w grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa.

Podobną ocenę można sformułować wobec opracowanego przez E. Jurgielewiczę rozdziału II o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej w aspekcie prawa karnego procesowego. W rozdziale tym zwraca uwagę par. 2, autorstwa E. M. Guzik-Makaruk, jako że stanowi on o regulacjach pozakodeksowych służących zwalczaniu przestępczości zorganizowanej; zestawiono w nim i omówiono stosowne akty prawne: ustawy o Prokuraturze, świadku koronnym, o ABW i inne.

Rozdział III, którego autorką jest G. B. Szczygieł, odwołuje się do aspektu penitencjarnego przestępczości zorganizowanej, jakże ważnego z punktu widzenia podejmowanych działań mających na celu jej zapobieganie.

Część trzecią zamyka krótkie podsumowanie, w którym, jak się wydaje, obecny model prawno Karny zwalczania przestępczości zorganizowanej jest przez wymienionych tu autorów tej części aprobowany; oceniony bowiem został jako pełniący funkcję izolacyjno-zabezpieczającą, wzmocnioną stosownym oddziaływaniem penitencjarnym.

Niezwykle interesująco wypadła część IV, w której E. W. Pływaczewski przedstawia rolę i zadania instytucji międzynarodowych w zwalczaniu przestępczości organizo-

wanej, m.in. Europolu, Interpolu, TREVI. Omówiono w niej także inicjatywy przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej podejmowane na forum ONZ, a także wskazano przykłady europejskich i pozaeuropejskich inicjatyw (projektów) w zakresie przeciwdziałania tej przestępczości oraz kierunki i możliwości zwiększenia efektywności dotychczasowych form w zakresie międzynarodowej współpracy w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej.

W podsumowaniu E. W. Pływaczewski, na tle Rządowego Planu Zwalczania Przestępczości Zorganizowanej w Polsce, kreśli perspektywy jej zwalczania w naszym kraju.

Sumując – recenzowana pozycja jest opracowaniem o dużej wartości merytorycznej, kompleksowo przedstawia problematykę przestępczości zorganizowanej, dzięki czemu można ją uznać za kompendium wiedzy na ten temat, wsparte bogatą literaturą przedmiotu i bardzo kompetentnie napisane. Stąd też krąg adresatów książki jest potencjalnie stosunkowo szeroki: polecić ją można prawnikom, studentom i osobom zainteresowanym przeglądem uwarunkowań funkcjonowania tego zjawiska. Nadto zawartość merytoryczna pracy stanowi doskonałą inspirację do podejmowania dalszych studiów nad przestępczością zorganizowaną i tendencjami jej rozwoju.

Krzysztof Indeck

Sympozja, konferencje

Konferencja „Psychologia i prawo. Teoria i praktyka u progu XXI wieku”, Kraków, 19–20 października 2012 r.

W dniach 19–20 października 2012 r. w Collegium Maius, w sali im. M. Bobrzyńskiego, odbyła się zorganizowana przez Katedrę Kryminalistyki i Bezpieczeństwa Publicznego UJ, Katedrę Kryminologii UJ oraz Instytut Ekspertyz Sądowych im. prof. dr. J. Sehna konferencja pt. „Psychologia i prawo. Teoria i praktyka u progu XXI wieku”.

Głównymi celami konferencji było bliższe przyjrzenie się obszarom badawczym wspólnym dla prawa i psychologii, a także wzmocnienie dialogu pomiędzy reprezentantami obu dyscyplin, zarówno na gruncie naukowym, jak i w obszarze praktycznych zastosowań. Zobrazowaniem tego drugiego stała się przytaczana niejednokrotnie podczas konferencji metafora „wzmacniania przęsła” istniejącego pomiędzy prawnikami a psychologami „mostu”.

Podczas dwóch dni konferencji wygłoszonych zostało 18 referatów, prezentowanych w ramach czterech wydzielonych przez organizatorów panelów tematycznych, moderowanych w każdym przypadku przez dwie osoby, z których każda była przedstawicielem przynajmniej jednej z dwóch stanowiących przedmiot konferencji dziedzin.

Konferencję otworzyła dr hab. J. Czapska, prof. UJ, kierownik Katedry Kryminalistyki i Bezpieczeństwa Publicznego UJ, która wyraziła nadzieję, że nawiązane podczas konferencji znajomości i kontakty będą asumptem do dalszej współpracy, jak również zaowocują pogłębioną dyskusją na temat barier, ograniczeń i możliwości prawa i psychologii.

Panel I, zatytułowany „Stan dyscypliny *psychologia i prawo* oraz perspektywy jej rozwoju”, poprowadzili prof. dr hab. J. K. Gierowski (IES) oraz dr hab. B. Stańdo-Kawicka (UJ). Jego myśl przewodnia uwidoczniona została w rozpoczynającym konferencję wystąpieniu prof. dr hab. E. Gruzy (UW). Referentka, przyglądając się relacjom pomiędzy psychologią i prawem z punktu widzenia reprezentantki tego drugiego, dokonała krytycznej oceny oczekiwań prawników w odniesieniu do psychologii w trzech obszarach: pracy wykrywczej, prowadzenia czynności procesowych oraz przeprowadzanych przez biegłych psychologów ekspertyz, a także zwróciła uwagę na postawę części psychologów, którzy chcąc sprostać wysuwanym wobec nich oczekiwaniom, nie

zawsze pamiętają, gdzie znajduje się granica ich kompetencji. Jednocześnie stwierdziła, że spotkania przedstawicieli obu dyscyplin mogą pomóc w odejściu od „bezdusznego paragrafizmu” na rzecz implementowania przez wymiar sprawiedliwości ugruntowanej wiedzy z zakresu psychologii.

Dla zrównoważenia rozpoczętej już po pierwszym referacie dyskusji w ramach drugiego wystąpienia głos zabrała psycholog dr M. Toeplitz-Winiewska (UW), która podjęła próbę usystematyzowania obszarów działania psychologów, a w szczególności biegłych sądowych z zakresu psychologii, przydatnych dla prawa i prawników. Ponadto wskazała, z jakiego rodzaju trudnościami mogą się oni zetknąć w trakcie pełnienia swoich obowiązków i z czego owe trudności mogą wynikać.

Pozostałe referaty wchodzące w obręb I panelu, wygłaszane kolejno przez dr J. Kabzińską (UJ), dr B. Ledwoch (UMCS), dr hab. B. Stańdo-Kawecką oraz dr A. Barczykowską (UAM), odnosiły się do wężej nakreślonych obszarów wiedzy psychologicznej i (około)psychologicznej oraz do możliwych jej aplikacji. Pierwsze dwa traktowały o zastosowaniach neuropsychologii w przeprowadzanych przez organy ścigania czynnościach wykrywczych oraz wydawanych przez sądy rozstrzygnięciach. Dwa ostatnie zaś dotyczyły wykorzystywania wyników badań empirycznych na etapie wykonywania kar, w ramach *evidence based criminal policy* oraz *evidence-based practice*.

Następny panel tematyczny, „Psychologia sali sądowej”, moderowany przez dr hab. W. Domachowskiego, prof. UŚ, oraz prof. dr hab. S. Wąłtosia (UJ), rozpoczął się wystąpieniem prof. dr hab. E. Nęcki, który w sposób przystępny wyjaśnił, na jakie ograniczenia poznawcze narażeni są poszczególni uczestnicy procesu sądowego. Na temat czynników wpływających na podejmowane na sali sądowej decyzje wypowiedział się również kolejny referujący, sędzia SA T. Duski. Skupił się on jednak na podkreśleniu wagi uwolnienia wydawanych przez sędziów orzeczeń od wpływu wszelkiego rodzaju pozaprawnych oddziaływań o charakterze psychologicznym.

Szczególnym zainteresowaniem podczas tej części konferencji cieszyła się podjęta przez T. Jaśkiewicz-Obydzińską (IES) oraz A. M. Wesołowską, sędzię SO w Łodzi, problematyka szczególnych kategorii świadków, w tym zwłaszcza świadków małoletnich, na których to skupiła się przede wszystkim sędzia Wesołowska. Nawiązując do swoich wieloletnich doświadczeń, podkreśliła dobitnie, jak bardzo istotna jest obecność psychologa podczas przesłuchiwania tego rodzaju świadków.

Panel II zakończony został ciekawym wystąpieniem prokuratora J. Biedermana, E. Wach oraz M. Kowanetz (IES), dotyczącym różnic pomiędzy oczekiwaniami prawników wobec biegłych psychologów na różnych etapach postępowania a ograniczeniami w ich spełnianiu dostrzeganymi przez psychologów. Odwołując się do praktyki opracowywania psychologicznych ekspertyz sądowych, referenci zasygnalizowali istnienie m.in. takich obszarów rozbieżności w kontaktach biegły–organ procesowy, jak: zwracanie się organów procesowych z prośbą o wydawanie opinii jedynie na podstawie udziału biegłego w przesłuchaniu czy też zlecanie kolejnych, wielokrotnych badań tej samej osoby.

Mając miejsce drugiego dnia konferencji dwa ostatnie panele, moderowane przez dr hab. J. Stanika, prof. UŚ, i prof. dr hab. J. Wójcikiewiczą (UJ) oraz dr M. Toeplitz-Winiewską i dr E. Habzdę-Siwek (UJ), poświęcone zostały w całości, zasygnalizowanym pod

koniec pierwszego dnia, problemom komunikacyjnym pomiędzy prawnikami a psychologami. Za punkt wyjścia do podnoszonych w ich trakcie obszarów tematycznych uznać można wygłoszony na początku III panelu referat dr. hab. M. Szostaka, prof. UW, o paradygmatach głównej, stojącej na pograniczu prawa i psychologii, dziedziny nauki, a mianowicie psychologii sądowej.

W przedostatnim panelu uwaga skoncentrowana została na rozbieżnościach o charakterze językowym. Dr Z. Marten (WSB-NLU) przedstawił propozycję analizy hermeneutycznej jako postulat poszukiwania wspólnego rozumienia używanych zarówno przez psychologów, jak i prawników pojęć. Następni referenci zaś przyjrzeni się przykładowym problemom semantycznym, jakie napotkać można na pograniczu prawa i psychologii – dr hab. B. Pastwa-Wojciechowska, prof. UG, oraz dr hab. B. Zalewski, prof. UG, wypowiedzieli się na temat odmienności stosowanych przez obie dyscypliny aparatów pojęciowych odnoszących się do problematyki zawinienia, dr hab. D. Rode (UŚ) przedstawiła zaś referat omawiający nieporozumienia terminologiczne dotyczące „przemocy w rodzinie”, będące wynikiem już samej odmienności nauk stojących u podłoża prawniczego i psychologicznego sposobu pojmowania „przemocy”.

Z kolei podczas IV panelu, w ramach pięciu ostatnich referatów, skupiono się na trudnościach związanych z szeroko pojętym opiniowaniem. Pierwszy, wygłoszony przez dr hab. B. Pastwę-Wojciechowską, prof. UG, dr M. Błażek i dr M. Kaźmierczak, traktujący o jakości opinii psychologicznych, miał na celu podkreślenie, że efekt pracy psychologa uzależniony jest także od jasnych standardów opracowywania ekspertyz. Drugi – autorstwa dr A. Czedereckiej (IES) – zawierał propozycje takowych standardów, w postaci wskazówek do oceny dowodów z opinii biegłego, oraz dziesięć sformułowanych przez autorkę kryteriów psychologicznych. Przygotowany przez dr A. Czederecką wraz z prof. J. Gierowskim referat trzeci, który *nota bene* wywołał najwięcej kontrowersji wśród uczestników konferencji, stanowił wyraz stanowiska, że żądanie od biegłego psychologa ujawniania surowych danych z przeprowadzonych badań (formularze i protokoły przeprowadzonych badań testowych itp.) niesie za sobą wiele niebezpieczeństw, takich jak chociażby błędne rozumienie uzyskanych wyników czy manipulowanie nimi przez strony procesowe. Dwa ostatnie natomiast odnosiły się do napotykaných przez biegłych psychologów trudności podczas podejmowania działań kluczowych dla wydawanych przez nich opinii, jakimi są bez wątpienia gromadzenie materiału empirycznego oraz stawianie diagnozy – dr A. Haś oraz dr T. Rajtar (IES) wskazali dylematy związane z wykorzystywaniem przez biegłego psychologa zbieranych przez organy procesowe danych, z kolei mgr Ł. Barwiński (IES) zwrócił uwagę na nieporozumienia powstające na gruncie posługiwania się przez psychologów niejednoznacznymi kryteriami klasyfikacyjnymi poszczególnych jednostek chorobowych.

Merytorycznego podsumowania konferencji dokonała dr Elżbieta Skupień z Zakładu Psychologii Sądowej IES. Podziękowała organizatorom za profesjonalne przygotowanie konferencji oraz wyraziła nadzieję, że zostanie zorganizowana kolejna, kiedy to więcej uwagi będzie można poświęcić prawu cywilnemu, którego problematyka coraz częściej staje się przedmiotem ekspertyz psychologicznych.

Ewa Radomska

II Ogólnopolska Konferencja Doktorantów „Młodzi badacze w poszukiwaniu prawdy. Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność”, Lublin, 16–18 listopada 2012 r.

W dniach 16–18 listopada 2012 r. na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II odbyła się Ogólnopolska Konferencja Doktorantów – „Młodzi badacze w poszukiwaniu prawdy”. Było to już kolejne z organizowanych przez Radę Doktorantów KUL wydarzeń naukowych, w tym druga konferencja interdyscyplinarna o zasięgu ogólnokrajowym, będąca okazją do spotkania się najmłodszego pokolenia naukowców z całej Polski. Wyjątkowość tego wydarzenia polegała na tym, że zaproszenie przyjęło ponad 120 doktorantów i młodych naukowców z całego kraju, z czego prawie połowę stanowili doktoranci z innych ośrodków uniwersyteckich, którzy pragnęli podzielić się wynikami swoich badań oraz zechcieli czerpać z doświadczenia innych, w tym cenionych profesorów. Celem spotkania była integracja środowisk młodych naukowców będących na początku swojej kariery akademickiej, jak również zorganizowanie forum wymiany myśli i poglądów środowiska doktoranckiego. Uroczystość odbywała się pod patronatem honorowym Prezydenta Miasta Lublina, Marszałka Województwa Lubelskiego, Pisma Adwokatury Polskiej „Palestra”, Stowarzyszenia „Forum Młodych Dyplomatów” oraz Krajowej Reprezentacji Doktorantów.

Właściwe obrady młodych badaczy poprzedziło wydarzenie inauguracyjne, jakim były wykłady mistrzów – profesorów związanych w sposób szczególny z rozwojem poszczególnych dyscyplin naukowych. Konferencję zainauguował wykład prof. dr hab. Ewy Lekkiej-Kowalik, prorektor ds. promocji i współpracy z zagranicą, która zwróciła uwagę na motyw przewodni konferencji, jakim było poszukiwanie i potrzeba prawdy w nauce. To na młodych badaczach ciąży bowiem odpowiedzialność za podejmowanie prac naukowo-badawczych, a prawda i rzetelność naukowa jest nie tyle środkiem, ile ostatecznym celem tych badań. Po wystąpieniach inauguracyjnych przyszedł czas na wysłuchanie wykładów uniwersyteckich mistrzów. Moderatorem debaty profesorów był mgr Tomasz Siewierski, prezes zarządu Rady Doktorantów KUL, który kolejno przedstawił profesorów reprezentujących poszczególne dziedziny nauki: ks. prof. dr hab. Andrzeja Maryniarczyka z Wydziału Filozofii, o. prof. dr hab. Leona Dyczewskiego z Wydziału Nauk Społecznych, ks. prof. dr hab. Krzysztofa Orzeszynę z Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, prof. dr hab. Huberta Łaszkiwicza, dziekana Wydziału Humanistycznego oraz ks. dr hab. Tadeusza Zadykowicza. Profesorowie prezentowali aktualne poglądy istotne dla każdego badacza podejmującego pracę naukową. I tak ks. prof. T. Zadykowicz przedmiotem swoich rozważań uczynił współczesne uwarunkowania nauki, ks. profesor K. Orzeszyna szczegółowo przedstawił zagadnienie godności ludzkiej w prawie polskim i europejskim, natomiast prof. H. Łaszkiwicz dowodził, że zajmowanie się rzeczami pozornie małymi może pełnić funkcję inspirującą dla rozwoju naukowego doktoranta.

Drugi dzień obrad konferencji przebiegał pod znakiem prezentacji badań naukowych prowadzonych przez młodych badaczy. Z racji dużej liczby zgłoszeń obrady były prowadzone na pięciu różnych wydziałach, a każdy z nich miał oddzielny temat przewodni. Młodzi prawnicy obradujący na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji

za przedmiot swoich wystąpień przyjęli tematy oscylujące wokół tematu „Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność”. Wystąpienia zostały podzielone na dwie odrębne sekcje – prawa publicznego i prywatnego. Obrady sekcji otworzył mgr Robert K. Tabaszewski, przewodniczący Rady Doktorantów KUL, który przywitawszy gości, zwrócił uwagę na coraz większą popularność tytułu naukowego doktora prawa oraz na rosnące zainteresowanie młodych badaczy jego pozyskaniem, czemu ma służyć już nie tylko praca *stricte* naukowa, ale praca badawcza wzbogacona o doświadczenia zdobyte w zawodach prawniczych. Podczas obrad obu sekcji zgromadzeni goście mieli okazję wysłuchać trzydziestu dwóch wystąpień doktorantów z wielu ośrodków naukowych w Polsce, m.in.: Uniwersytetu Jagiellońskiego, Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego, Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Uniwersytetu Papieskiego, Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Uniwersytetu Rzeszowskiego, Uniwersytetu Śląskiego, Uniwersytetu Warszawskiego, Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego oraz Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Wystąpienia cieszyły się zainteresowaniem, czego dowodzą liczne pytania zadawane podczas dyskusji. Szczególnie żywą reakcję wśród uczestników wywołało wystąpienie mgr. Tomasza Rzymkowskiego, który przedstawił referat na temat dostępu do broni w Polsce, czym wywołał dyskusję na temat zasadności ewentualnej liberalizacji przepisów w tym zakresie. Konferencję zakończyło wystąpienie mgr. Michała Szatylę, który po przedstawieniu studium prawnego: „Reklama niegodziwa a reklama szokująca” podziękował wszystkim zgromadzonym gościom i zaprosił na przyszłoroczne, kolejne spotkanie doktorantów.

Robert K. Tabaszewski

Konferencja ORA we Wrocławiu pt. „Adwokatura a aktualny model procedur sądowych”, Wrocław, 7 grudnia 2012 r.

Tradycyjnie w pierwszy piątek grudnia, czyli tym razem 7 grudnia 2012 r., odbyła się – zorganizowana przez Okręgową Radę Adwokacką we Wrocławiu przy udziale dziekana Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego – doroczna, szósta już konferencja naukowa wrocławskiej adwokatury. Wobec proponowanych, szczególnie doniosłych modyfikacji modelu postępowania karnego oraz permanentnych w istocie zmian procedury cywilnej jej temat – „Adwokatura a aktualny model procedur sądowych” – stał się szczególnie aktualny, otwierając szerokie pole do wymiany poglądów na temat istoty i charakteru poszczególnych instytucji karno- oraz cywilnoprosesowych.

Cechując się zasłużoną renomą, niewątpliwie wynikającą z ukształtowania jej niebagatelnych walorów merytorycznych, konferencja i tym razem zgromadziła szerokie grono uczestników. Wśród nich byli nie tylko adwokaci i aplikanci adwokaccy – z wielu, nierzadko odległych od Wrocławia, izb adwokackich – ale również sędziowie (w tym zwłaszcza z Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu, z Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu oraz kierownictwo Sądu Okręgowego we Wrocławiu),

prokuratorzy (w tym zwłaszcza kierownictwo Prokuratury Apelacyjnej we Wrocławiu i prokuratorzy Prokuratury Okręgowej we Wrocławiu) oraz przedstawiciele świata nauki.

Oficjalnego otwarcia konferencji dokonał prodziekan Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii UW: prof. dr hab. Piotr Machnikowski. Wszystkich jej uczestników serdecznie powitał adw. Andrzej Malicki. Następnie głos zabrał wiceminister sprawiedliwości prof. dr hab. Jacek Gołaczyński, który z perspektywy teorii i praktyki wymiaru sprawiedliwości podkreślił trafność wyboru tematu konferencji. W dalszej części wystąpił dr Martin Abend, dziekan saksońskiej Izby Adwokackiej w Dreźnie, który zwrócił uwagę na wagę uregulowań wspólnotowych i życzył zebranych owocnych obrad.

Część merytoryczną konferencji podzielono na dwa panele: karny oraz cywilny. Panel karny poświęcono roli sądu i stron procesowych w odniesieniu do postulowanego modelu procesu karnego. Panel cywilny dotyczył zaś roli sądu i stron procesowych w świetle zmian procesu cywilnego.

Moderator panelu karnego, adw. prof. dr hab. Jacek Giezek, już na wstępie nawiązał do istoty projektowanych zmian procedury karnej, eksponując w ten sposób założone *de lege ferenda* znaczne zwiększenie zakresu kontrydiktoryjności stadium jurysdykcyjnego. Niejako w konsekwencji pierwszy z panelistów, prof. dr hab. Paweł Wiliński, przedstawił podstawowe założenia projektowanych zmian ustawy procesowej w tych ich aspektach, które mają zagwarantować osiągnięcie tego rezultatu. Kolejny z panelistów, zastępca Prokuratora Generalnego Robert Hernand, zwrócił jednak uwagę na brak korelacji pomiędzy przewidywanymi zmianami przepisów regulujących stadium jurysdykcyjne a tymi, które dotyczą przebiegu śledztwa lub dochodzenia. Sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu prof. dr hab. Jerzy Skorupka skupił swoją uwagę na projektowanych zmianach regulacji poświęconej tymczasowemu aresztowaniu, akcentując zawężenie przesłanek stosowania tego środka zapobiegawczego. W zasadzie kontynuując wątek zapoczątkowany przez zastępcę Prokuratora Generalnego Roberta Hernanda, następny panelista, adw. prof. dr hab. Piotr Kardas, podkreślił, że niektóre z planowanych rozwiązań dotyczących przebiegu postępowania przygotowawczego – a zwłaszcza przekazanie sądowi przez oskarżyciela publicznego tylko części akt zgromadzonych w tym stadium procesowym – stwarzają obawę znacznego nawet utrudnienia realizacji zasady kontrydiktoryjności. Wreszcie adw. dr Tomasz Razowski – na przykładzie ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary – zwrócił uwagę na, szczególnie widoczny w obszarze zasady kontrydiktoryjności, brak koherencji pomiędzy projektowanymi zmianami Kodeksu postępowania karnego a wynikającymi z nich przeobrażeniami innych ustaw regulujących postępowania represyjne.

Moderator panelu cywilnego adw. Andrzej Malicki już na wstępie odniósł się do szczególnej roli sądu w kontekście tych zmian procedury cywilnej, które poszerzają zakres obowiązków stron, podnosząc zarazem, że zmiany te w istocie prowadzą do wyłącznie pozornego przyspieszenia postępowania, przy jednoczesnym obciążeniu stron i ich pełnomocników ponadstandardowymi sankcjami wynikającymi z niedopełnienia tych obowiązków. Następnie sędzia TK Wojciech Hermeliński – z perspektywy wyznaczonej orzecznictwem sądu konstytucyjnego – nawiązał do problematyki prawa do sądu, zwłaszcza w kontekście rozkładu i wysokości kosztów sądowych. Kolejny

panelista, adw. prof. dr hab. Andrzej Kubas, wychodząc od podstawowych zagadnień dotyczących problematyki pism przygotowawczych, zwrócił uwagę na wzajemne powiązanie pomiędzy dyskrejonálną władzą sędziowską a prekluzją dowodową. Z kolei adw. dr Monika Strus-Wolos krytycznie odniosła się zwłaszcza do obowiązku doręczenia pism procesowych bezpośrednio profesjonalnemu pełnomocnikowi drugiej strony (innego uczestnika postępowania). Adwokat Sławomir Krześ zwrócił uwagę na pojęcie czynności sprzecznej z dobrymi obyczajami, wyjaśniając znaczenie tej klauzuli generalnej oraz jej konsekwencje. Wreszcie adw. Andrzej Michałowski skoncentrował się na ustności postępowania cywilnego oraz wadze wystąpień sądowych stron (uczestników postępowania).

Oba panele zakończyły dyskusje. Końcowym akcentem konferencji były podziękowania skierowane przez dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej we Wrocławiu adw. Andrzeja Malickiego do osób, bez udziału których nie miałyby ona szans się odbyć.

Przebieg konferencji wyraźnie obrazował, że projektowane, a w wypadku postępowania cywilnego już częściowo obowiązujące, zmiany procedur sądowych nakładają na strony oraz ich przedstawicieli procesowych obowiązki, które z jednej strony zwiększają ich wpływ na wynik postępowania w jego głównym nurcie, ale z drugiej nakazują wykonywać swoje obowiązki z ponadprzeciętną starannością, co bynajmniej nie dotyczy tylko adwokatów.

Zwienieniem konferencji był koncert Michała Bajora pt. „Od Piaf do Garou”, który odbył się w Teatrze Współczesnym we Wrocławiu.

Tomasz Razowski

Roszczenia reprivatyzacyjne. „Hamulec gospodarki czy szansa na rozwój?” Debata, Warszawa, 8 grudnia 2012 r.

W dniu 8 grudnia 2012 r. Kancelaria Wardyński i Wspólnicy, z okazji XX-lecia praktyki reprivatyzacyjnej, zorganizowała debatę dotyczącą roszczeń reprivatyzacyjnych. Jej podtytuł brzmiał: „Hamulec gospodarki czy szansa na rozwój?”.

Panel dyskusyjny skupił teoretyków i praktyków, co uczyniło dyskusję rzeczową i naświetlającą problem z wielu stron. Brali w nim udział, poza moderatorem radcą prawnym Krzysztofem Wiktorem, przedstawiciele Biura Gospodarki Nieruchomościami Urzędu m.st. Warszawy Marcin Bojko i Jakub Rudnicki oraz wiele innych osób, a wśród nich: przedstawiciel Ministerstwa Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej pan Rafał Ostrowski, przedstawiciel dewelopera pan Janusz Kraszewski (Real Estate Polonia) oraz przedstawiciele kancelarii prawnych i adwokackich.

Referat wstępny wygłosił adwokat Wiesław Szczepiński, były wspólnik, przez lata odpowiedzialny za dział reprivatyzacyjny. Zwrócił on uwagę na fakty powodujące, że sprawy reprivatyzacyjne, w związku z upływem czasu, stają się istnym węzłem gordyjskim. Jest to m.in. spowodowane tak przepisami, jak i praktyką sądów powszechnych i administracyjnych. Zdarzają się sprawy, w których uczestnikami postępowania jest kilkaset osób. Trzeba im doręczać każde pismo, w gruncie rzeczy nic ich praktycznie nieinteresujące. Pomińnięcie jednej osoby może spowodować nieważność postępowania.

Ludzie wyprowadzają się z domów, umierają, emigrują za granicę, zmieniają nazwiska w związku np. z małżeństwem, przez co dane się dezaktualizują.

Miasto się rozwija, w praktyce niektórych spraw nie da się załatwić. Mówca nawiązał do historii odbudowy Paryża przez XIX-wiecznego polityka (także adwokata!) Georges'a Haussmanna, który nakreślił i zrealizował odbudowę stolicy Francji po ogromnym pożarze i walnie przyczynił się do piękna tego miasta, przekształcając je w 18 lat. Warszawa nie miała po swych zniszczeniach takiego szczęścia. Dobrze, że nie przeniesiono stolicy do Łodzi, co było rozważane. Wtedy los Warszawy byłby jeszcze gorszy – zważywszy na konieczność odbudowy z gruzów bez pomocy całego narodu.

Równocześnie kolega Szczepański nakreślił projekt rozwiązania spraw narosłych i wlekących się, w obecnym stanie niemal nie do rozwiązania. Projekt ten polega na utworzeniu funduszu państwowego, który przejąłby grunty sporne, niezałatwione sprawy reprivatyzacyjne, w zamian za skrypty dłużne, które byłyby spłacane z zysków z gospodarowania i obrotu przejętymi nieruchomościami. Byłyby one przedmiotem obrotu i wykupywania przez państwo w ustanowionych ustawą terminach.

Zebrani w zasadzie jednogłośnie zgodzili się z tezą, że obecny stan rzeczy hamuje gospodarkę. Konieczność przestrzegania drobiazgowych zasad państwa prawa, zachowanie ścisłej dotychczasowej procedury, po upływie kilkudziesięciu lat od „dekretu warszawskiego”, nie rokują załatwienia reprivatyzacji bez szkody dla gospodarki państwowej.

Sprawa domaga się uregulowania ustawowego, konsultacji społecznych i odważnych rozstrzygnięć.

Ryszard Siciński

Konferencja naukowa pt. „Kodeks zobowiązań – historia i współczesność”, Kraków, 11 stycznia 2013 r.

W 2013 roku przypada 80. rocznica powstania Kodeksu zobowiązań – najwspanialszego bodaj osiągnięcia polskiego prawodawstwa w obszarze prawa prywatnego w okresie II RP. Z tej okazji 11 stycznia na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa „Kodeks zobowiązań – historia i współczesność”, zorganizowana przez Sekcję Prawa Rzymskiego TBSP we współpracy z kołami naukowymi wydziałów prawa UAM, UJ, UW i UWr. Spostrzeżenia obejmujące zagadnienia dotyczące działalności Komisji Kodyfikacyjnej, dyskusji towarzyszącej jej pracom oraz przede wszystkim przyjętych ostatecznie rozwiązań normatywnych zaprezentowali pracownicy nauki, doktoranci i studenci¹. W głównym panelu refleksjami

¹ Chronologicznie: J. Kola (UAM), *Działalność Komisji Kodyfikacyjnej RP w obszarze prawa zobowiązań. Przyczynek do refleksji*; T. Bednarek i M. Sepelowski (UAM), *Obraz prac nad Kodeksem Zobowiązań i ocena ostatecznie przyjętych regulacji na łamach „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” w latach 1925–1939*; M. Derek (UJ), *Indywidualizm czy socjologizm? Swoboda umów w projektach polskiego Kodeksu Zobowiązań na tle porównawczym*; mgr K. Wilk (UWr), *Zmiany Kodeksu Zobowiązań w latach 1933–1975*; H. Nowak (UW), *Zagadnienie winy w Lex Aquilia i Kodeksie Zobowiązań*; K. Bokwa (UJ), *Kodeks Zobowiązań wobec ABGB – rys historyczny i porównanie na przykładzie instytucji zadośćuczynienia*; I. Pułka (UJ), *Pojęcie dobrej wiary w Kodeksie Zobowiązań na tle jego rzymskiej genezy*;

na temat KZ i jego twórców podzielili się profesorowie: Andrzej Mączyński, Fryderyk Zoll, ks. Franciszek Longchamps de Bérier oraz dr Adam Redzik.

Zgodnie z ideą przewodnią konferencji, wyrażoną w haśle „historia i współczesność”, referenci, wychodząc poza ustalenia historyczne, akcentowali w swych wystąpieniach szczególnie te wątki, które z dzisiejszej perspektywy mogą i powinny stanowić źródło inspiracji. Wydaje się, że wiele spośród prezentowanych refleksji mogłoby przybliżyć nas do sformułowania odpowiedzi na pytania w istocie uniwersalne, lecz jakże dziś nurtujące.

Jedno z takich uniwersalnych zagadnień prawoznawstwa wyraża się w pytaniu: „jak tworzyć dobre prawo?” Niewątpliwie KZ należy oceniać jako prawo „dobre”. Uczestnicy dyskusji próbowali dociec, co przesądziło, że w nieporównywalnie trudniejszej sytuacji i wobec przeciwności nieznanym dzisiejszemu prawodawcy możliwe było uchwalenie aktu prawnego, który do dziś wzbudza podziw. Na pewno istotną rolę odegrały osobiste uzdolnienia twórców, lecz – jak podkreślano – nie bez znaczenia pozostawały także inne czynniki. Po pierwsze, znaczenie miała już sama procedura, w jakiej zrodził się KZ. Niewątpliwie doświadczenia płynące z prac przedwojennej Komisji stanowią nieocenione źródło sprawdzonych rozwiązań i jako takie – co akcentował szczególnie prof. A. Mączyński – powinny być dziś wykorzystywane przez twórców prawa.

Innym spośród poruszanych, istotnym aspektem był fakt, że dyskusja towarzysząca tworzeniu prawa w II RP, jaka toczyła się w środowiskach prawniczych, była rzeczywiście powszechna. Poza prawnikami-naukowcami ważną dla powstania KZ rolę odegrali także praktycy – sędziowie oraz przede wszystkim adwokaci. W konsekwencji pozwoliło to uwzględnić więcej wymiarów badanych zagadnień. Powszechność tego dyskursu wyraża jeszcze jeden istotny czynnik – silne przekonanie ówczesnych prawników, że ich „prawotwórcza” działalność, decydująca *de facto* o bycie państwa, była sprawą publiczną, zobowiązującą do najwyższej odpowiedzialności.

Jakie powinno być dobre prawo? KZ opracowywano raczej jako syntezę obowiązujących na terenie Polski ustaw, aniżeli w pełni oryginalny akt stanowiący zmianę rewolucyjną. Zamierzeniem twórców było, aby nowe prawo wyraźnie bazowało na regulacjach zakorzenionych w świadomości społecznej, ale jednocześnie by było lepsze – nie tylko pod względem techniki ustawodawczej czy poprawności zastosowanych konstrukcji. Miało być nowatorskie, bardziej dopasowane do bieżących potrzeb życia społeczeństwa (i to konkretnego, polskiego społeczeństwa). Miało wpisywać się w europejskie trendy, czerpać z doświadczeń prób ujednoczenia prawa na kontynencie, a także być wyrazem

K. Sorka (UJ), *Ewolucja koncepcji błędu w Kodeksie Zobowiązań – studium prawnoporównawcze*; P. Łochowski (UJ), *Problematyka realności użyczenia na podstawie Kodeksu Zobowiązań*; J. Kruszyńska (UAM), *Altruizm w Kodeksie Zobowiązań – prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia*; K. Łyczko (UJ), *Umowa dyferencyjna w Kodeksie Zobowiązań. Ujęcie prawnoporównawcze*; M. Borawski (UJ), *Pactum in favorem tertii w Kodeksie Zobowiązań, a współczesne rozwiązania*; W. Bańczyk (UJ), *Ochrona praw „słabszej strony” umowy zawieranej za pomocą wzorca w polskim prawie zobowiązań XX wieku*; dr J. Halberda (UJ), *Wpływ kodyfikacji europejskich na przepisy Kodeksu Zobowiązań dotyczące quasi-kontraktów (art. 115–133 KZ)*; mgr K. Stolarski (UJ), *Zakres ustawowego prawa odstąpienia od umowy wzajemnej w Kodeksie Zobowiązań*; M. Zych (UJ), *Od odszkodowania umownego do kary umownej – ewolucja regulacji czy legislacyjny krok wstecz?*; mgr M. J. Nocuń (UW), *Klauzula rebus sic stantibus w Kodeksie Zobowiązań*; mgr J. Andrzejewski (UAM), *Prawne ujęcie problematyki nieekwiwalentności świadczeń (art. 42 KZ – wyzysk) w Kodeksie Zobowiązań*; D. Ilków (UAM), *Przerwanie biegu przedawnienia w Kodeksie Zobowiązań oraz współcześnie*; M. Robakowska (UAM), *Immowacyjność umowy darowizny w Kodeksie Zobowiązań na przykładzie obowiązków obdarowanego*; M. Labijak (UAM), *Niesłuszne z bogaceniem. Krytyka rozwiązań przyjętych w Kodeksie Zobowiązań i postulaty de lege ferenda A. Ohanowicza*.

ochrony pewnych wartości wpisujących się w pożądaną wizję wspólnoty. Jak pokazały wygłoszone referaty, udało się te zamierzenia w sporej części zrealizować, choć nie uniknięto błędów i niedociągnięć.

Podkreślano, że obecnie nauka prawa na powrót stoi przed trudnym wyzwaniem. Wydaje się, że przełomowe zmiany, jakie od pewnego czasu można obserwować (związane chociażby z integracją europejską, intensywnym rozwojem nauki i techniki, a także przemianami zachodzącymi w społeczeństwach), powodują potrzebę przyjęcia innego podejścia, świeżego spojrzenia, nowych rozwiązań. W takiej sytuacji naturalne jest poszukiwanie wzorców. Oczywiście doświadczenie kodyfikatorów z dwudziestolecia międzywojennego ma tutaj ograniczoną użyteczność ze względu na owe specyficzne warunki współczesności. Niemniej należy pamiętać, że to, co dla nas jest już historią, dla ówczesnych prawników także było niewiadomą, a dobrze znane nam regulacje dla ich twórców wcale nie były oczywiste. Refleksja zatem nie nad konkretnymi normami, które rzeczywiście są już przeszłością, ale nad czynnikami, które pozwoliły ówczesnym prawnikom sprostać wyzwaniu, stanowi dzisiaj cenną wskazówkę – nie tylko dla ustawodawcy.

Jarosław Kola, Joanna Kruszyńska

Konferencja pt. „Pokrzywdzony w procesie karnym”, Warszawa, 12 stycznia 2013 r.

Ośrodek Badawczy Adwokatury i Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie w dniu 12 stycznia 2013 r. w Warszawie zorganizowały konferencję pt. „Pokrzywdzony w procesie karnym”. Konferencji przewodniczył adw. prof. dr hab. Piotr Kruszyński – dyrektor Ośrodka Badawczego Adwokatury, gościem honorowym był zaś prof. dr hab. Stanisław Waltoś z Uniwersytetu Jagiellońskiego. Konferencja miała na celu przede wszystkim przedstawić materiał, jaki Ośrodek Badawczy Adwokatury zebrał do tej pory w związku z prowadzonymi badaniami naukowymi.

W 2012 r. wysiłki Ośrodka Badawczego Adwokatury skoncentrowane zostały przede wszystkim wokół rozwijania nowego, rozległego projektu badawczego poświęconego doniosłym praktycznie i dogmatycznie zagadnieniom związanym z pozycją pokrzywdzonego w polskim procesie karnym. Celem projektu było przedstawienie kompleksowych rozwiązań nakierowanych na poprawę pozycji procesowej tego uczestnika postępowania, bazujących na przeprowadzonych badaniach praktycznych oraz rozbudowanych analizach prawnoporównawczych. Powodem, dla którego Ośrodek Badawczy Adwokatury zajął się problematyką pozycji i roli pokrzywdzonego w procesie karnym, było to, że mimo właściwego kierunku ewolucji rozwiązań prawnych zmierzających w stronę upodmiotowienia pozycji pokrzywdzonego w postępowaniu karnym istniejące rozwiązania normatywne w dalszym ciągu cechuje duża niedoskonałość. Spośród prezentowanych co pewien czas w piśmiennictwie prawniczym propozycji nowych rozwiązań w tej dziedzinie większość z nich ma charakter doraźnych i powierzchownych zmian, bez odniesienia się do uwarunkowań prawnych o charakterze ogólnym, umożliwiających wprowadzenie optymalnych i kluczowych nowelizacji. Problematykę tę w szerszym aspekcie przedstawił

i rozwinął gość honorowy, prof. dr hab. Stanisław Waltoś. Przede wszystkim Pan Profesor zwrócił uwagę na niedoskonałość definicji pokrzywdzonego ujętą w art. 49 k.p.k. i jej wąskie interpretowanie w praktyce stosowania prawa. W szczególności Gość Honorowy jako przykład podał, że wysoce nieprecyzyjna i w odbiorze społecznym wielokrotnie niezrozumiała jurydyczna interpretacja ustawowej definicji pokrzywdzonego, stosowana w odniesieniu do przestępstw, które za główny przedmiot ochrony mają dobro o charakterze ogólnym, powoduje, iż pokrzywdzeni mają ponowne poczucie wiktymizacji. Ów stan pogłębia zasadnicza przewaga restrykcyjnych orzeczeń Sądu Najwyższego w odniesieniu do podejścia do problemu możliwości pokrzywdzenia podmiotów indywidualnych takimi przestępstwami, jak np. przestępstwo składania fałszywych zeznań czy fałszowania dokumentów. W efekcie normatywne spojrzenie na kategorię pokrzywdzonego odrywa się od ontologicznych podstaw tego pojęcia i zdroworozsądkowego spojrzenia na kategorię krzywdy. Profesor Stanisław Waltoś podkreślił, że mając świadomość zagrożeń wynikających z prób rozmydlenia definicji pokrzywdzonego i dopuszczania szerokiego kręgu osób do tego statusu procesowego, uznał, iż mimo wszystko nie można jednak odmawiać ochrony tym podmiotom, które w sposób oczywisty i najbardziej dotkliwy doznały krzywdy w wyniku popełnionego przestępstwa. Innym zagadnieniem w praktyce stosowania prawa, na które zwrócił uwagę Gość Honorowy, jest istnienie stosunkowo niskiego poziomu świadomości realnych uprawnień pokrzywdzonego w procesie karnym, powiązane z niedostatecznym zakresem łatwo dostępnej pomocy prawnej. Pokrzywdzeni wielokrotnie nie znają swoich praw, a nawet, jeśli otrzymają „papierowy” wykaz swoich podstawowych uprawnień od organów ścigania, to i tak często nie rozumieją ich istoty, z uwagi na ograniczenia w rozumieniu języka prawniczego, towarzyszący czynnościom procesowym stres oraz niejednokrotnie niechętnie ich nadmiernej aktywności stanowisko organów prowadzących postępowanie karne. Te niezwykle ciekawe i barwne wywody Pana Profesora spotkały się z gorącym podziękowaniem ze strony uczestników konferencji.

Drugim w kolejności prelegentem konferencji był apl. adw. Radosław Flasz (ORA w Szczecinie), który przedstawił opracowanie dokonane wspólnie z apl. adw. Łukaszem Łowkietem (ORA w Szczecinie) na temat „Wnioski *de lege ferenda* na podstawie statusu pokrzywdzonego w wybranych systemach państw europejskich”. Prelegent zauważył, że poszukując rozwiązań zmierzających do poprawy pozycji pokrzywdzonego w polskim procesie karnym, można wyciągnąć pewne wnioski związane z funkcjonowaniem tej instytucji na gruncie innych rozwiązań europejskich i na ich kanwie zredagować wnioski *de lege ferenda*. Apl. adw. Radosław Flasz zwrócił uwagę na to, że poszczególne systemy prawne państw europejskich przewidują liczne i różnorodne uprawnienia dla pokrzywdzonych, dzięki którym mogą oni zabiegać o ochronę swoich interesów. W dalszej kolejności Prelegent przybliżył najważniejsze rozwiązania prawne dotyczące pozycji pokrzywdzonego (w tym także występującego w roli oskarżyciela posiłkowego i powoda cywilnego) w procesie karnym w ustawodawstwie germańskim, romańskim oraz w systemie anglosaskim, na przykładzie uregulowań obowiązujących w Niemczech i Austrii (system germański), Francji, Hiszpanii i Belgii (system romański) oraz Anglii (system anglosaski) i Szkocji. Analiza ta skupiła się w zasadniczej części na zaprezentowaniu instytucji nieobecnych na gruncie ustawodawstwa polskiego lub w pewnym stopniu odbiegających od polskich regulacji. W dalszej kolejności apl. adw.

Radosław Flaszka wskazał, które z rozwiązań państw europejskich, obcych polskiemu systemowi prawnemu, mogłyby funkcjonować w nim z powodzeniem. Wywody Prelegenta spotkały się z zaciekawieniem ze strony uczestników konferencji, głównie z uwagi na nowatorskie sugestie rozwiązań.

Ostatnią prelegentką była adw. dr Monika Zbrojewska (ORA w Łodzi, UŁ), która swoje wystąpienie zatytułowała „Pozycja pokrzywdzonego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu”. Prelegentka w pierwszej kolejności zauważyła, że od kilkunastu lat na forum Rady Europy i Unii Europejskiej przyjmowane są akty prawne dotyczące sytuacji pokrzywdzonego w procesie karnym. Na gruncie Rady Europy prawo pokrzywdzonych do sądu stało się samodzielnym przedmiotem regulacji konwencyjnych dopiero w ostatnim dziesięcioleciu, początkowo bowiem Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada z 1950 r. nie przewidywała prawa pokrzywdzonego do rzetelnego procesu, w tym prawa do sądu. Dopiero w latach 90. orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ewoluowało w kierunku coraz szerszego stosowania gwarancji wynikających z art. 6 Konwencji wobec pokrzywdzonych w procesie karnym. Następnie adw. dr Monika Zbrojewska stwierdziła, iż analiza orzecznictwa ETPCz na gruncie art. 6 Konwencji pozwala stwierdzić, że:

1) w zakresie wyznaczającym standardy proceduralne dla procesu karnego (art. 6 ust. 1–3 Konwencji) przepis ten chroni pośrednio interesy pokrzywdzonych przestępstwem poprzez ich uwzględnianie przy określeniu granic uprawnień procesowych oskarżonego;

2) gwarancje rzetelnego procesu wyrażone w art. 6 ust. 1 Konwencji przysługują pokrzywdzonemu w postępowaniu karnym zawsze wtedy, gdy w ramach procesu karnego dochodzi on swoich roszczeń cywilnych związanych z popełnieniem przestępstwa;

3) pokrzywdzony inicjujący proces karny przez wniesienie prywatnego aktu oskarżenia w celu ochrony swojego dobrego imienia jest traktowany jak dochodzący swych praw o charakterze cywilnym, w wyniku czego korzysta w pełnym zakresie z gwarancji rzetelnego procesu przewidzianych w art. 6 ust. 1 Konwencji.

Przedstawiając powyższe trzy aspekty nurtu orzeczniczego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Prelegentka omawiała stan faktyczny poszczególnych spraw. Temat wystąpienia wzbudził zainteresowanie ze strony uczestników konferencji, głównie z uwagi na fakt przybliżania spraw polskich, które były rozpoznawane w Trybunale w Strasburgu.

Po zakończeniu wystąpień prelegentów odbyła się dyskusja, w ramach której głos zabierali uczestnicy konferencji. Przede wszystkim dyskutanci odnosili się do wystąpienia Pana Profesora Stanisława Waltosia i przedstawiali – jako praktycy stosowania prawa – główne problemy, z jakimi zetknęli się w ramach wykonywania swojego zawodu, odnośnie do pokrzywdzonego i wykonywania przez niego swoich praw.

Konferencję zamknął podsumowaniem Pan prof. dr hab. adw. Piotr Kruszyński, dziękując wszystkim prelegentom oraz uczestnikom i zapowiadając kontynuowanie przez Ośrodek Badawczy Adwokatury badań naukowych w zakresie roli i pozycji pokrzywdzonego w procesie karnym.

Małgorzata Grzesiak, Piotr Grudziński, Monika Zbrojewska

Kronika adwokatury

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

I. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 9 STYCZNIA 2013 R.

Sekretarz NRA adw. Krzysztof Boszko zreferował problematykę wynikającą z nadesłanych protokołów ORA w Białymstoku, Bielsku-Białej, Częstochowie, Katowicach, Gdańsku, Łodzi, Olsztynie, Opolu, Płocku, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Wrocławiu i Zielonej Górze. Nadto poinformował o nadesłaniu uchwał ORA w Warszawie dotyczących organizacji kolokwium dla aplikantów adwokackich; protokołu ze Zgromadzenia Izby Adwokackiej w Kielcach z 28 września 2012 r., w którym jako goście udział wzięli: prezes NRA adw. A. Zwara, wiceprezes NRA adw. J. Trela i zastępca sekretarza NRA adw. K. Komorowski. Wpłynął również protokół ze zgromadzenia Izby Adwokackiej w Koszalinie z 27 października 2012 r., w którym uczestniczył wiceprezes NRA adw. Zenon Marciniak. W powyższych zgromadzeniach przedstawiciele Prezydium NRA wskazywali problemy dotyczące zagrożeń wewnętrznych i zewnętrznych niepokojących Adwokaturę.

Prezydium NRA podjęło uchwałę nr 97/2013 w sprawie przyznania odznaczenia „Adwokatura Zasłużonym” adw. Henrykowi Stabli i ks. Janowi Pasierbkowi.

Sprawę podniesienia opłaty za aplikację adwokacką przesunięto do stycznia 2014 r.

Przeprowadzono dyskusję nad statusem aplikantów adwokackich w zakresie występowania przed sądami po zakończeniu procesu aplikacyjnego szkolenia zawodowego. Dotychczas decyzje w tej mierze podejmowali prezesi poszczególnych sądów. Prezydium zaleciło przekazać do wiadomości ORA treść postanowienia Sądu Najwyższego z 14 marca 2012 r., którym SN wypowiedział się w przedmiocie dopuszczalności reprezentowania strony w postępowaniu cywilnym przez osobę, która odbyła szkolenie w ramach aplikacji radcowskiej i uzyskała stosowne zaświadczenie, a nie uzyskała tytułu radcy prawnego. Sąd Najwyższy stwierdził, że w opisywanej sytuacji nie dochodzi do nienależytego umocowania pełnomocnika, o którym mowa w art. 379 pkt 2 k.p.c. W uzasadnieniu podniesiono, że nie wydaje się, aby intencją ustawodawcy była chęć pozbawiania aplikanta – czy to adwokackiego, czy to radcowskiego – uprawnień do występowania, oczywiście w ramach stosownego upoważnienia, przed sądami powszechnymi w związku z ukończeniem trzyletniego cyklu szkolenia aplikacyjnego. Zauważono, że sprawa ta będzie wymagała

jednoznacznego uregulowania. Jest to ważny problem, ponieważ mogą się wyłaniać ewentualne zarzuty nieważności postępowań. Prezydium NRA podtrzymuje swoje stanowisko z 12 stycznia 2012 r.

W przedmiocie akcji Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczącej edukacji prawnej w szkołach ponadgimnazjalnych zabrali głos adwokaci Małgorzata Gruszecka, dr Monika Strus-Wołos, Zenon Marciniak, Krzysztof Boszko, prezes NRA Andrzej Zwara. Do niedawna akcja sponsorowana była z funduszy unijnych, a w roku 2013 ma być realizowana *pro bono*. Po dyskusji, w której przypomniano, że adwokaci angażują się w akcje *pro bono*, postanowiono, iż NRA nie przystąpi do porozumienia z Ministerstwem Sprawiedliwości w sprawie edukacji prawnej w szkołach ponadgimnazjalnych. Prezydium NRA zdecydowało, że Adwokatura opracuje własny projekt zaspokajający potrzeby edukacyjne w tym zakresie, i powierzyło adw. Małgorzacie Gruszeckiej przygotowanie projektu i koordynację działań.

Poruszono ponadto zagadnienia: nowej siedziby izby lubelskiej, wydania płyt CD z przemówieniami i kazaniami ks. abp. Józefa Życińskiego, wysokości składki członkowskiej NRA w CCBE, wysłania delegacji adwokackiej do Kazachstanu w charakterze obserwatorów procesu karnego czołowego przedstawiciela opozycji demokratycznej.

Prezes NRA adw. A. Zwara zreferował prace nad projektem nowej ustawy o adwokaturze. Zaznaczył, że Ministerstwo Sprawiedliwości zamierza zorganizować debatę Okrągłego Stołu poświęconą temu projektowi.

II. POSIEDZENIE NADZWYCZAJNE PREZYDIUM NRA Z 10 STYCZNIA 2013 R.

Posiedzenie odbyło się w związku z przyznaniem przez NRA pomocy finansowej oraz pożyczki dla ORA w Lublinie na cele związane z polepszeniem sytuacji lokalowej izby adwokackiej.

III. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA Z 22 STYCZNIA 2013 R.

Prezes adw. A. Zwara poinformował, że Prezydium NRA 18 stycznia br. w trybie obiegowym podjęło uchwałę nr 98/2013 o przyznaniu odznaczenia „Adwokatura Zasłużonym” zmarłemu w ubiegłym tygodniu adw. Jerzemu Trochimczykowi, sekretarzowi ORA w Płocku.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko zreferował problematykę spraw wynikającą z protokołów ORA w: Częstochowie, Gdańsku, Kielcach (2 protokoły), Lublinie, Płocku, Poznaniu, Wałbrzychu. Uchwałę Prezydium nr 99/2013 uchyliło uchwałę nr 13/XXXV/2012 ORA w Lublinie z 28 listopada 2012 r. w sprawie obniżenia opłaty za wpis na listę adwokatów.

Na uwagę zasługuje informacja z Izby Adwokackiej w Częstochowie, gdyż z inicjatywy częstochowskiej ORA w dniu 14 grudnia 2012 r. na Jasnej Górze odbyło się spotkanie opłatkowe, w którym wzięli udział prezes NRA adw. Andrzej Zwara i członkowie Prezydium adwokaci dr Monika Strus-Wołos, Mirosława Pietkiewicz, dziekani innych ORA, przedstawiciele sądownictwa i prokuratury, generał Zakonu Paulinów o. Izidor Matuszewski, przeor Klasztoru Paulinów o. Roman Majewski, Krajowy Duszpasterz Prawników ks. Jan Pasierbek, Metropolita Częstochowski ks. abp. Wacław Depo, Duszpasterz Izby Częstochowskiej ks. Jan Kocłęga. Dziekan Izby Adwokackiej w Częstochowie wyraził pragnienie, aby spotkania opłatkowe na Jasnej Górze stały się trwałym

i ważnym elementem życia Adwokatury Polskiej. Zauważyć wypada też, że w okręgu izby częstochowskiej, w Piotrkowie Trybunalskim, 15 grudnia 2012 r. odsłonięto tablicę pamiątkową poświęconą adw. Marii Budzanowskiej, a w uroczystości tej brali udział przedstawiciele Prezydium NRA. Okręgowa Rada Adwokacka w Częstochowie wystąpiła też o odznaczenia państwowe i samorządowe dla członków Izby, a także o przyznanie Wielkiej Odznaki „Adwokatura Zasłużonym” adw. Aleksandrze Przedpeńskiej.

W dniu 3 grudnia 2012 r. w Gdańsku doszło do spotkania z inicjatywy samorządu gdańskiego z byłym prezydentem RP Lechem Wałęsą. W uroczystej atmosferze wzięli w nim udział dziekani z ORA w: Bydgoszczy, Gdańsku, Koszalinie, Poznaniu i Szczecinie oraz prezes NRA adw. A. Zwara, skarbnik NRA adw. M. Pietkiewicz, zastępca sekretarza adw. K. Komorowski. Były Prezydent RP ubolewał, że politycy nie rozmawiają z inteligencją, lecz mimo wszystko zachęcał adwokatów do udziału w dialogu i niestrudzonego przekonywania do słusznych idei. Prezydentowi dziękowano za wspieranie środowiska adwokackiego w ważnych dla Adwokatury chwilach.

Prezes NRA adw. A. Zwara poinformował, że 5–6 marca br. odbędzie się w Popowie na zaproszenie Ministra Sprawiedliwości oficjalna dyskusja nad projektem nowej ustawy Prawo o adwokaturze.

Odbyła się ożywiona dyskusja na temat ustnego egzaminu adwokackiego. Udział w niej wzięli adwokaci: A. Zwara, dr M. Strus-Wołos, J. Trela, E. Krasowska, M. Pietkiewicz, M. Gruszecka, K. Boszko.

Prezydium NRA podjęło decyzję, aby obchody 95-lecia Adwokatury Polskiej odbyły się w styczniu 2014 r. Adwokat dr M. Strus-Wołos powierzono kierowanie pracami Komitetu Honorowego wspomnianych obchodów we współdziałaniu z adw. Czesławem Jaworskim – honorowym przewodniczącym Komitetu.

Prezes NRA adw. A. Zwara poinformował, że nie może nastąpić żadna obniżka składki na CCBE, ponieważ Adwokatura Polska przez wiele lat już korzystała z obniżonych składek. Obecnie z tytułu przynależności Adwokatury do różnych organizacji międzynarodowych składki te wynoszą na rzecz CCBE – 40 272,50 euro, IBA – 1500 funtów oraz UIA – 1600 euro. Prezydium NRA upoważniło adw. Macieja Łaszczuka do podjęcia działań na forum CCBE w sprawie racjonalizacji kosztów funkcjonowania tej organizacji, co może wpłynąć na zmniejszenie płaconych składek.

Andrzej Bąkowski

Przegląd wydarzeń: wrzesień 2012–luty 2013

W dniach 4–6 września 2012 r. w Krynicy odbyło się Forum Ekonomiczne. Adwokatę reprezentowali adw. Andrzej Zwara, prezes NRA oraz adw. Mikołaj Pietrzak, przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy NRA.

*

22 września podczas posiedzenia plenarnego NRA w Jadwisinie przyjęto projekt ustawy Prawo o adwokaturze. Projekt przygotowany przez zespół pod kierownictwem adw. prof. Macieja Gutowskiego przewiduje m.in. powrót do zawodowego egzaminu ustne-

go, czteroletnią kadencję NRA oraz możliwość ponownego wpisu na listę adwokatów po dyscyplinarnym skreśleniu. Projekt został przekazany Ministrowi Sprawiedliwości i obecnie czeka na skierowanie go na ścieżkę legislacyjną. Podczas plenum przyjęto także uchwałę dotyczącą kosztów sądowych w sprawach cywilnych oraz uchwałę w sprawie niezawisłości sędziowskiej.

*

W dniach 19–21 października 2012 r. odbyła się w Toruniu I Ogólnopolska Konferencja Naukowa Aplikantów Adwokackich. Zob. „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 305–306.

*

W dniach 19–21 października w Warszawie odbyły się szkolenia mediacyjne dla adwokatów. Zakres kursu obejmował wszystkie rodzaje mediacji oraz problematykę dotyczącą roli profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu mediacyjnym. Zajęcia prowadzili specjaliści z Wielkiej Brytanii. W szkoleniach uczestniczyło 45 adwokatów z wszystkich izb adwokackich. Zwieńczeniem szkoleń był egzamin. Osoby, które pomyślnie przez niego przeszły, otrzymały certyfikat mediatora. Lista certyfikowanych mediatorów znajduje się na stronie adwokatura.pl w zakładce Centrum Mediacyjne przy NRA.

*

W dniach 25–26 października w Madrycie odbyło się VI Europejskie Forum *Pro Bono*. Wzięła w nim udział adw. dr Monika Strus-Wołos, przewodnicząca Komisji ds. Wizerunku Zewnętrznego i Działalności *Pro Bono* przy NRA. Była to okazja do poruszenia na arenie międzynarodowej problemów podatkowych wynikających z udzielania bezpłatnej pomocy prawnej oraz zagadnienia przedsądowej pomocy prawnej z urzędu. Warto zaznaczyć, że Polska będzie gospodarzem tegorocznego Forum *Pro Bono*.

*

10 listopada w Warszawie miała miejsce konferencja pionu dyscyplinarnego, zorganizowana przez adw. Jacka Ziobrowskiego, prezesa Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury oraz adw. Ewę Krasowską, rzecznika dyscyplinarnego NRA. Uczestnicy dyskutowali m.in. na temat zasad składania środków odwoławczych do WSD od postanowień sądów izbowych, które rozpoznawały odwołania od decyzji rzeczników dyscyplinarnych odmawiających wszczęcia postępowania. Obecnie praktyka stosowana przez różne izby nie jest ujednoczona – jedne uznają tzw. III instancję, inne uważają, że decyzja sądu izbowego powinna być ostateczna. Zebrani zastanawiali się również nad interpretacją art. 88a ustawy Prawo o adwokaturze. Czy sądy powinny przygotowywać z urzędu uzasadnienie każdego orzeczenia i wyroku kończącego postępowanie, czy należy stosować przepisy Kodeksu postępowania karnego?

*

16 listopada we Wrocławiu Komisja Doskonalenia Zawodowego przy NRA zorganizowała konferencję pt. „Adwokat w demokratycznym państwie prawa”. W trzech panelach poruszono zagadnienia dotyczące konstytucyjnych i europejskich standar-

dów pomocy prawnej, roli adwokata w postępowaniu cywilnym oraz roli adwokata w postępowaniu karnym i karnym wykonawczym.

*

W dniach 23–24 listopada 2012 r. w Krakowie zorganizowano finał Ogólnopolskiego Konkursu Krasomówczego dla Aplikantów Adwokackich. Pierwszą nagrodę zdobyła Anna Pacholska. Wyróżnieni zostali również Rafał Tarsalewski (II miejsce) oraz Paulina Pyrek (III miejsce). Przy tej okazji w dniach 22–25 listopada w Krakowie spotkali się kierownicy szkolenia aplikantów adwokackich.

*

We Wrocławiu, 7 grudnia 2012 r., odbyła się doroczna, szósta już konferencja naukowa wrocławskiej Adwokatury (zob. s. 269–271).

*

8 grudnia w Warszawie adwokaci, dziennikarze i naukowcy dyskutowali na temat „Granica wolności słowa w mediach”. Wszyscy zgodnie twierdzili, że granicę tę winna zawsze wyznaczać godność drugiego człowieka. Organizatorem wydarzenia była Komisja Praw Człowieka.

*

10 stycznia w Pałacu Sobańskich w Warszawie zebrali się adwokaci oraz zaproszeni goście ze świata prawniczego i politycznego, aby świętować początek Nowego Roku.

*

12 stycznia 2013 r. w Warszawie odbyła się konferencja „Pokrzywdzony w procesie karnym”, zorganizowana przez OBA i ORA w Warszawie. Celem konferencji było przedstawienie materiału, jaki OBA zebrał dotychczas w związku z prowadzonymi badaniami naukowymi poświęconymi zagadnieniom związanym z pozycją pokrzywdzonego w polskim procesie karnym.

*

25 stycznia 2013 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego miała miejsce ogólnopolska konferencja na temat modelu studiów prawniczych w Polsce oraz zmian proponowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w zakresie dostępu do zawodów prawniczych. Spotkanie zorganizowało Polskie Towarzystwo Myśli Politycznej oraz Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych Uniwersytetu Wrocławskiego przy współudziale m.in. NRA oraz ORA we Wrocławiu.

*

Do Sejmu trafił projekt ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze, autorstwa Solidarnej Polski (druk nr 1048). Naczelna Rada Adwokacka przedstawiła Marszałek Sejmu trzy opinie na temat projektu. 4 lutego projekt został wycofany przez samego wnioskodawcę, natomiast jego poprawiona wersja trafiła na biurko Marszałek Sejmu 8 lutego.

*

Tradycyjnie w ostatnie dni lutego zorganizowano Tydzień Pomocy Poszkodowanym Prześpstwem. Pokrzywdzeni mogli uzyskać pomoc prawną, psychologiczną oraz zacerpnąć informacji na temat postępowania przygotowawczego w Ośrodkach Pomocy dla Osób Pokrzywdzonych Prześpstwem. W akcję – jak co roku – włączyli się adwokaci. Koordynatorem z ramienia NRA była adw. Magdalena Fertak z komisji wizerunku zewnętrznego i działalności *pro bono*.

*

W ostatnim czasie adwokaci wielokrotnie przyjmowali dowody uznania swojej pracy. Adw. Zbigniew Cichoń odebrał nagrodę im. Sługi Bożego Jerzego Ciesielskiego za zaangażowanie na rzecz rodzin w Polsce. Diamentowe Spinki – przyznawane przez ORA w Katowicach – otrzymał w tym roku adw. prof. Piotr Kruszyński, zaś adw. dr Małgorzata Kożuch, wraz z grupą swoich studentów z Uniwersytetu Jagiellońskiego, wygrała Międzynarodowy Konkurs Mediacyjny w Sprawach Gospodarczych (ICC International Commercial Mediation Competition) w Paryżu, w którym uczestniczyli studenci prawa z wielu państw.

Joanna Sędek

Biesiada Adwokatów

W Krakowie w dniach 21–24 listopada 2012 r. odbyły się Dni Kultury Adwokatury Polskiej pod patronatem Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie i jej dziekana Jana Kuklewicza, a także Komisji Kultury Naczelnej Rady Adwokackiej i jej przewodniczącego adw. Stanisława Estreicha, w siedzibie Klubu Adwokatów na rogu Rynku i ulicy Sławkowskiej, w kamienicy, w której w XVIII wieku mieścił się słynny zajazd „Pod Jeleniem”. W nim zatrzymał się Johann Wolfgang Goethe podczas pobytu w Krakowie od 5 do 7 września roku 1790. Wielki poeta zwiedził nie tylko Kraków, szczególnie zainteresowały go również żupy solne w Wieliczce.

Klub Adwokatów, założony przez niezwykłą kobietę, adwokat Janinę Ruth Buczyńską, działa od lat czterdziestu. Dla uczczenia uwielbianej przez środowisko prawnicze, naukowe i artystyczne pani mecenas, zmarłej w 2012 roku, nadano Klubowi jej imię; o tym fakcie będzie też przypominał portret założycielki, namalowany przez Emilię Ćwiczekowską, młodą absolwentkę krakowskiej Akademii Sztuk Pięknych.

Pierwszego dnia Zjazdu, w środę 21 listopada, w auli Polskiej Akademii Umiejętności przy ulicy Sławkowskiej 17 prof. dr hab. Ewa Łętowska wygłosiła swoje *Uwagi o dysfunkcyjności prawa w Polsce*. Tego samego dnia wieczorem uczestnicy mogli posłuchać koncertu w siedzibie Klubu Adwokatów. Na skrzypcach Guarnieriego z kolekcji warszawskiej grała młoda, utalentowana skrzypaczka Aleksandra Kuls, laureatka tegorocznego wrześniowego konkursu im. Szigetiego w Budapeszcie, która debiutowała w Klubie Adwokackim jako studentka pierwszego roku Akademii Muzycznej w Krakowie. Akompaniowała jej Justyna Danczowska, jedna z nielicznych uczennic Krystiana

Zimmermana. Na koncercie była też obecna jej Matka profesor Kaja Danczowska, wielka polska skrzypaczka. Solistka wykonała następujące utwory: *Legendę* Wieniawskiego, *Źródło Aretuzy* Szymanowskiego, a także sonatę na skrzypce i fortepian Ravela (którą artystka zachwyliła jury II etapu XIV Konkursu Skrzypcowego im. Henryka Wieniawskiego w 2011 r.). Na zakończenie wieczoru artystycznego usłyszeliśmy zagraną bravurowo i z ogromnym temperamentem *Fantazję* Pablo Sarasatego, na tematy z opery *Carmen* Georges'a Bizeta. To wykonanie *Fantazji* zrobiło duże wrażenie na wielbicielach zarówno opowiadania Prospera Mériméego (na którym zostało oparte libretto), jak i samej opery *Carmen*, która, po pierwszym niepowodzeniu, dziś należy do najbardziej znanych i najczęściej wystawianych oper na świecie. Przed laty filmową wersję *Carmen* wyreżyserował Francesco Rossi, śpiewaczka Julia Migenes Johnson stworzyła wówczas niepowtarzalną kreację sewilskiej bogini, emanując poczuciem wolności i nieograniczonej namiętności. Aleksandra Kuls swoją grą stworzyła podobną postać tej niezwyklej kobiety, co w pełni potwierdziło zasadność słów samego Bizeta (skierowanych do Ernesta Guirauda – przyjaciela i powiernika): „Różnica między malarzami, rzeźbiarzami, muzykami jest bez znaczenia. Wszystkie rodzaje sztuk są ze sobą spokrewnione, ale jeszcze więcej: jest tylko jedna sztuka. Nieważne, czy się swoje myśli wyraża na płótnie, w marmurze, czy teatrze, myśl jest zawsze ta sama”.

Ten dający tyle emocji koncert był poprzedzony wykładem prof. dr hab. Teresy Grzybkowskiej *Wokół krakowskiego Rynku. Pan Bóg i Kallimach, Neron i Cecylia, a także Jama*, będącym żarliwą pochwałą Krakowa jako miasta sztuki o europejskim znaczeniu. W obrębie samego Rynku, w kościele Mariackim, znajduje się Wita Stwosza Ołtarz Mariacki – arcydzieło średniowiecznej snycerki, w Sukiennicach, pierwszym polskim Muzeum Narodowym, zainaugurowanym w roku 1879 z okazji jubileuszu Ignacego Józefa Kraszewskiego, można zobaczyć najwspanialsze dzieła polskich artystów XIX i początków XX wieku, od założycielskich *Pochodni Nerona* Henryka Siemiradzkiego, *Holdu Pruskiego* i *Kościuszki pod Racławicami* Jana Matejki, obrazów Piotra Michałowskiego, Jacka Malczewskiego, po *Szał uniesień* Władysława Podkowińskiego. Blisko Rynku znajduje się kościół dominikanów, gdzie w prezbiterium można odwiedzić przybyłego z Florencji Fillippo Buonaccorsiego zwanego Kallimachem, znakomitego humanistę, wychowawcę synów króla Kazimierza Jagiellończyka. Znajduje się tam jego wizerunek na wykonanej z brązu płycie nagrobnej projektu Wita Stwosza, a odlanej w norymberskim warsztacie Vischerów. Uczony siedzi przy pracy, przy pulpicie, na wprost lustra, które jest lustrem umysłu – mało kto zdaje sobie sprawę, że takie przedstawienie jest zupełnie wyjątkowe w skali ogólnej. Zaraz niedaleko kościoła dominikanów znajduje się drugi kościół zakonu żebraczego – franciszkanie, z europejskim arcydziełem Stanisława Wyspiańskiego, witrażem *Boga Ojca stwarzającego świat*. Świetlne formy barwnego szkła tworzą w słońcu refleksy ponadczasowej kosmicznej wizji. Warto sobie zdać sprawę, że w Krakowie na tak niewielkiej przestrzeni znajdują się najwyższej światowej klasy dzieła sztuki.

Jeszcze do niedawna, do roku 2009, kiedy to rozpoczął się remont Muzeum Czartoryskich, na niedalekiej ulicy św. Jana znajdował się obraz *Dama z gronostajem* Leonarda da Vinci, uznany za najpiękniejszy kobiecy portret renesansu, tak została bowiem uhonorowana Cecylia Galerani na wystawie portretu renesansowego w Berlinie w 2010 r. W Muzeum Książąt Czartoryskich można też było zobaczyć arcydzieło Rembrandta

Krajobraz z miłosiernym Samarytaninem. Do czasu ukończenia remontu obraz Leonarda wystawiany jest na Wawelu, a Rembrandt w Muzeum Okręgowym w Toruniu.

Bogactwo świata sztuki i artystycznych indywidualności znalazło wyraz w drugim dniu uroczystości, jakie odbyły się w Klubie, w czwartek, 22 listopada br. Przed koncertem prof. dr hab. Mieczysław Tomaszewski mówił o kwestiach fundamentalnych w wykładzie *O pięknie dzieła sztuki*. Ten erudycyjny przegląd myśli o pięknie od Platona po Husserla i Heideggera wykazał, że wbrew naszym lękom piękno powraca, jako wartość nieśmiertelna. Ilustracją tego nieprzemijającego piękna w muzyce było wykonanie utworów Beethovena, Schuberta, Mendelssohna. Grało doborowe trio: na skrzypcach Tomasz Tomaszewski, pierwszy koncertmistrz Opery Berlińskiej i Prezes Towarzystwa Beethovenowskiego w Berlinie, na wiolonczeli Dorota Imiełowska i na fortepianie Jerzy Tosik-Warszawski. Tomaszewski na swoim stradivariusie zagrał w sposób dojrzwały i wirtuozowski *Sonatę Kreutzerowską* Beethovena, a artyści wspólnie wykonali marsz żałobny z *Tria Es-dur* Schuberta i *Trio d-moll* F. Mendelssohna Bartholdiego. Zachwycająco brzmiały tony stradivariusu w rękach Tomaszewskiego, pozwalając na refleksje nad tajemnicą interpretacji dzieła muzycznego. *Sonata Kreutzerowska* to jeden z najbardziej rozslawionych w literaturze utworów muzycznych, którego narastająca dramaturgia zainspirowała Lwa Tołstoja do napisania opowiadania pod tym samym co utwór muzyczny tytułem. Uczucia namiętności, zazdrości wyrażone w dziele literackim pisarz zaczerpnął z narastającej dramaturgii muzyki. Opowiadanie Tołstoja powstało w roku 1889, dwa lata po *Carmen* Bizeta, oba utwory dowodzą, jak w świecie sztuki emocje zaczęły nabierać coraz to większego znaczenia jako tworzywo artystyczne.

Spotkania w Dniach Kultury Adwokatury Polskiej miały swoją przemyślaną dramaturgię, której kulminacją był wieczór 23 listopada. Przed południem toczyły się obrady ogólnopolskiej konferencji szefów szkolenia aplikantów adwokackich. Natomiast 40-lecie Klubu Adwokatów zainaugurował wykład prof. dr hab. Stanisława Waltosia, wieloletniego dyrektora Muzeum Uniwersytetu Jagiellońskiego, pt. *Prawnik – zawód czy powołanie?* Tego wieczoru nadano Klubowi imię jego założycielki Janiny Ruth Buczyńskiej, „córki znanego architekta, wykształconego w Wiedniu, a pochodzącego z Tarnopola, Emila Erdheima, po którym patronka odziedziczyła niezawodne poczucie smaku i zmysł estetyczny”. Wspominano też o „jej niezwyklej urodzie i najbardziej autentycznym wdzięku, świetnym poczuciu humoru i przenikliwym umyśle i powołaniu do obrony bliźniego”. Andrzej Wajda powiedział, że ci, którzy znali mecenas Buczyńską, „mieli szczęście spotkać w swoim życiu Anioła, który przeszedł przez nasze życie”. Przewodniczący Gminy Żydowskiej wyznał, że „Gmina straciła to, co miała najcenniejszego”.

Następnego dnia, 24 listopada, w Klubie Adwokatów o godzinie 10 rano miał miejsce finał ogólnopolskiego konkursu krasomówczego dla aplikantów adwokackich. Wieczorem o godzinie dziewiątej wszyscy spotkali się w „Piwnicy pod Baranami”, a rozeszli się nad ranem, występ „Piwnicy” zgodnie z dobrym obyczajem jej założyciela Piotra Skrzyneckiego trwał bowiem do godziny drugiej. Poezja na przemian z satyrą pobudzały publiczność od łez do niebawalnych salw śmiechu. Wychodzących z „Piwnicy” witał pogrążony w nocnej mgle Rynek, potwierdzając przekonanie o aurze poezji roztaczającej się nad tym jedynym, niezwykłym miastem.

O dziwo, „Piwnica pod Baranami” przetrwała próbę czasu. Założona przez Piotra

Skrzyneckiego w 1956 r., mimo jego śmierci w 1997 r. zachowała jego temperament i wyobraźnię, często surrealistyczny humor. Kabaret powstały na najlepszych wzorach sztuki wysokiej okazał się trwałą, niezniszczalną wartością. Piotr Skrzynecki, historyk sztuki, człowiek o nieograniczonej fantazji i wielkim sercu, nie stawiał tam swojej wyobraźni, jak bohater *Rękopisu znalezionej w Saragossie* Jana Potockiego szukał we śnie swojej ukochanej. Znalazł ją w kabarecie, scenie utopionej w żywiole nocy. Od śmierci Skrzyneckiego minęło niemal szesnaście lat, a jego dzieło, wydawałoby się ulotne i kapryśne, nadal trwa w najlepszej formie. Dowiódł tego listopadowy występ dla środowiska prawniczego.

W spektaklu tym wzięli udział niemal wszyscy artyści „Piwnicy”, zarówno znane gwiazdy, jak i młodzi absolwenci szkół artystycznych, którzy pragną kontynuować dzieło Mistrza Piotra. Tamara Kalinowska zaśpiewała swoją sławną *Wariatkę*, a także nie mniej sławny niegdyś hymn nauczycieli z muzyką Zbigniewa Preisnera, a słowami Adama Asnyka, który w Krakowie ma ulicę i upamiętniającą poetę tablicę, *Musimy siać, choć grunta nasze marne*. Nie mniej podziwiana Ola Mauer zachwyca nadal swoją *Ćwierć piosenką i Matką Boską Częstochowską* do słów Jana Lechonia, utworem mówiącym o tym, że „w Nią wierzy nawet taki, który w nic nie wierzy”. Jak dawniej wzruszała, tak nadal wzrusza nostalgiczna piosenka *Wśród łąków, wśród jęczmienia* w jedynym wykonaniu Mieczysława Świącickiego. Można było usłyszeć piwniczne znakomitości: Ewę Wnukową, Kamilę Klimczak, Dorotę Ślęzak, Beatę Czernecą, Agatę Ślęzyk, Anetę Talkowską, Rafała Jędrzejczyka, Piotra „Kubę” Kubowicza, Czesława Wojtałę, Krzysztofa Janickiego, świetnego Mikiego Obłońskiego. Bard „Piwnicy”, Leszek Wójtowicz, prowadził wieczór z zawsze błyskotliwą inteligencją. Piosenki miały dedykacje dla Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej Andrzeja Zwary, jak i dla poszczególnych wybitnych dziekanów Okręgowych Rad Adwokackich, w Krakowie przy takich okazjach reprezentowana jest bowiem cała Polska Adwokatura, która z radością korzysta z kulturalnych dobrodziejstw grodu pod Wawelem, przybывая tu na zaproszenie Krakowskiej Adwokatury.

Spojrzenie na siebie i życie przez pryzmat kabaretowych tekstów jest czasami bardzo potrzebne, by nabrać właściwego dystansu do spraw z pozoru ważnych, które odbite w lustrze sztuki nabierają właściwych proporcji.

Uczestnicząc w spotkaniach w Klubie Adwokatów, wszystkich na znakomitym poziomie artystycznym oraz intelektualnym, można zadać sobie pytanie, czy podobnego typu wieczory mogą się zdarzyć w innych środowiskach zawodowych, co – jak sądzę – miałyby wielkie znaczenie dla wzbogacenia ogólnego poziomu życia kulturalnego i społecznego w Polsce. Chyba jednak siła tradycji sprawia, że dzieje się tak tylko w Krakowie, i to właśnie w gronie prawników, wykształconych na sławnym Uniwersytecie Jagiellońskim. Uniwersytet ten spełnił fundamentalną rolę w życiu kulturalnym miasta, zwłaszcza w XIX stuleciu, w czasach zaborów, kiedy autonomia galicyjska dawała złudne, ale jednak poczucie wolności językowej i państwowej. Nigdzie nie odczuwano tak bardzo przebywania w Polsce, jak właśnie w Krakowie i sytuacja taka w pewnym stopniu pozostała do dziś. Wówczas z innych powodów niż obecnie wzruszenie budził Wawel i Skalka, i krakowski Rynek, jeden z największych w Europie, ze wszystkimi swoimi ważnymi budowlami. Dzisiaj, kiedy świat stoi otworem, tym bardziej dawne budowle Krakowa i przeszłość miasta budzą zachwyt na równi z największymi stoli-

cami artystycznymi Europy. Nie ma wielu miast, w których wokół Rynku skupiałyby się tyle nadzwyczajnych dzieł sztuki, arcydzieł, niosących tyle znaczeń historycznych i artystycznych. Kraków zawsze był miastem wybitnych uczonych i artystów – dowodzą tego krakowskie cmentarze Rakowicki i na Salwatorze, gdzie spoczywają bohaterowie Polskiego Słownika Biograficznego.

W życiu Krakowa, miasta, w którym, zwłaszcza od XIX wieku, ton nadawał uniwersytet, nie było dziedziny życia intelektualnego, artystycznego, naukowego, w której nie przewodziłaby inteligencja. W XIX wieku na Uniwersytecie Jagiellońskim wykładali profesorowie najlepsi z najlepszych, wybierani ze wszystkich zaborów i to oni wychowywali ów „kwiat społeczeństwa”, jakim była inteligencja krakowska, która obok wykonywanego zawodu posiadała pasje artystyczne, teatralne, muzyczne, kolekcjonerskie dzieł sztuki. Przedstawiciele wolnych zawodów, głównie prawnicy, lekarze, byli odbiorcami sztuki. Znana była ich ofiarność w czasach odbudowy Wawelu, budowy pomnika Grunwaldzkiego w 1910 r.

Prawnicy, a zwłaszcza adwokaci i notariusze, spełniali ważną rolę w życiu Krakowa, we władzach administracyjnych – wystarczy wspomnieć Franciszka Smolkę, Mikołaja Zyblikiewicza, Floriana Popiela, Stanisława Biesiadeckiego. Wybitnym prawnikiem, prezydentem Krakowa w czasie sławnego Jubileuszu Józefa Ignacego Kraszewskiego, był Mikołaj Zyblikiewicz, wówczas to doszło do zatwierdzenia aktu powstania Muzeum Narodowego w Sukiennicach. Uczonym prawnikiem był Juliusz Leo, znakomity prezydent miasta, od 1904 r. wybierany przez trzy kadencje; w 1905 r. przeprowadził wykupienie od władz austriackich Wawelu, przystąpiono wówczas do prac konserwatorskich. Leo był jednym z inicjatorów powstania Legionów Polskich. Sylwetki tych znakomych ludzi znamy z wnikliwych portretów Jacka Malczewskiego. Trzeba tu też wspomnieć o jednym z najwybitniejszych polskich znawców epoki renesansu – Kazimierzu Chłędowskim, z wykształcenia prawniku, autorze sławnych, po dziś wznawianych, monografii Rzymu i Florencji oraz ostatnich Wależjuszy.

W Krakowie trwa pamięć o tych wybitnych postaciach, a co najważniejsze, mimo różnych przeciwieństw losu istnieje potrzeba stałego nawiązywania do tych świętych tradycji. Właśnie do takich osób należała, przypomniana i uczczona z tak wielką miłością środowiska, mecenas Ruth Buczyńska. Spadkobiercą tych najlepszych wzorców jest obecnie mecenas Stanisław Kłys, który od trzydziestu lat z niezwykłą pasją i pomysłowością działa w Klubie Adwokatów. Jego miłości do muzyki, szeroko pojętej sztuki i kultury zawdzięczamy wykłady i koncerty, spotkania z ludźmi reprezentującymi różne dyscypliny naukowe, przypominające o roli inteligencji w życiu społeczeństwa. Kraków zawsze był dumny ze swojej palestry, o czym świadczy liczba prezydentów miasta i wielkich darczyńców kultury wywodzących się właśnie ze środowiska prawniczego.

Adwokat Stanisław Kłys inspirował wydarzenia artystyczne związane z Klubem Adwokatów, jak powstanie płyty CD z nagraniem spektaklem Romana Brandtstaettera *Ja jestem Żyd* z „Wesela”, która to sztuka opowiada przecież o relacjach prawnika z klientem. Warto też tu wspomnieć, że niedawno ocalał dla nas wszystkich zabytkową kawiarnię – „Jamę Michalikową”, bezprecedensową w skali europejskiej ze względu na znajdujące się tu karykatury, co wykazała niedawna międzynarodowa konferencja w Londynie poświęcona europejskim kawiarniom przełomu wieków. Mecenas Kłys był pomysłodawcą

i realizatorem programu artystycznego Dni Awokatury, którego zwieńczenie stanowił występ „Piwnicy pod Baranami”.

Sztuka obecna w życiu codziennym wymaga stałej pielęgnacji, tak jak zabytkom potrzebna jest opieka i ochrona nie tylko ze strony specjalistów i powołanych ku temu instytucji. Dekretami i państwowymi ustawami nie tworzy się kultury dnia codziennego, ta zależy od ludzi. I dlatego sądzę, że trudno jest stworzenie podobnego krakowskiemu adwokatom klubu w innych miastach w Polsce. Tutaj tradycję kontynuują władze izby adwokackiej i pełni pasji ludzie, do jakich należała mecenas Ruth Buczyńska, osoba powszechnie znana i podziwiana. I tu mamy odpowiedź na postawione wcześniej pytanie, czy podobne spotkania są możliwe w pozostałych miastach, gdzie mają siedziby inne rady adwokackie. Jakie miasto w Polsce może równać się tradycją z Krakowem i jego światłą palestrą, która tak świadomie i z wielką troską dba o tej tradycji zachowanie.

Teresa Grzybkowska

Dostęp do zawodu adwokata bez zmian – wyrok Trybunału Konstytucyjnego

12 lutego Trybunał Konstytucyjny rozpoznał wniosek NRA o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów dotyczących dostępu do zawodu adwokata osób, które nie odbyły aplikacji adwokackiej i nie złożyły egzaminu adwokackiego, oraz przepisów w sprawie kompetencji Ministra Sprawiedliwości w zakresie organizacji egzaminów zawodowych, a także formuły egzaminu adwokackiego (K 6/12).

NRA miała wątpliwości co do zgodności:

1) z art. 2 Konstytucji RP – art. 66 ust. 1 pkt 4 lit. b ustawy, zwalniającego z wymogu odbycia aplikacji adwokackiej i złożenia egzaminu adwokackiego osoby, które zdały egzamin sędziowski lub prokuratorski po dniu 1 stycznia 1991 r. oraz w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku o wpis na listę adwokatów, łącznie przez okres co najmniej 3 lat wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej w kancelarii adwokackiej, zespole adwokackim, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 4a ust. 1, lub kancelarii radcy prawnego, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, oraz co do zgodności z art. 2 Konstytucji RP art. 66 ust. 2 pkt 3 ustawy, dopuszczającego do egzaminu adwokackiego bez odbycia aplikacji adwokackiej, do którego mogą przystąpić osoby, które po ukończeniu wyższych studiów prawnych przez okres co najmniej 5 lat w okresie nie dłuższym niż 10 lat przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do egzaminu wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego w kancelarii adwokackiej bądź radcowskiej, zespole adwokackim, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej;

2) art. 66 ust. 1 pkt 4 lit. b i art. 66 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie, w jakim dotyczą osób

wykonujących wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej na podstawie umowy cywilnoprawnej, z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP;

3) z art. 2 Konstytucji RP – art. 68 ust. 3 pkt 5 i art. 78a ust. 4 pkt 6 ustawy, mówiącego o dołączeniu do wniosku o wpis na listę adwokatów umowy o pracę wraz z dokumentami określającymi zakres obowiązków lub zaświadczeniami od pracodawcy określającymi zakres obowiązków, lub umowy cywilnoprawnej wraz z oświadczeniem o złożeniu deklaracji do właściwego urzędu skarbowego oraz zapłaceniu podatku wynikającego z tytułu tych umów – w przypadku osób, o których mowa w art. 66 ust. 1 pkt 4 i 5;

4) z art. 2 i art. 17 ust. 1 Konstytucji RP – art. 66 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczącego zwolnienia z wymogu odbycia aplikacji adwokackiej i przystąpienia do egzaminu zawodowego osób, które posiadają stopień naukowy doktora nauk prawnych w warunkach określonych w art. 66 ust. 1 pkt 5 lit. a i lit. b;

5) z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP – art. 77a, art. 78 ust. 1, 3, 4, 8, 9 i 15, art. 78d, art. 78e i art. 78h ustawy, dotyczącego kompetencji Ministra Sprawiedliwości w zakresie organizacji egzaminów zawodowych.

Przed Trybunałem NRA reprezentowali adw. dr Szymon Byczko i adw. dr Michał Jackowski, którzy poparli wniosek NRA i obszernie go uzasadnili (szerzej zob. www.trybunal.gov.pl/rozprawy/2013/k_06_12.htm oraz <http://adwokatura.pl/?p=7257>).

Sejm reprezentował poseł Andrzej Duda, który wnioskował za umorzeniem postępowania, uznając, że NRA niedostatecznie uzasadniła wniosek.

W podobnym tonie wypowiedział się przedstawiciel Prokuratury Generalnej. Dodał, że Trybunał w ubiegłym roku rozstrzygał bliźniaczy wniosek, złożony przez Krajową Radę Radców Prawnych.

Trybunał Konstytucyjny orzekł, że wszystkie zaskarżone przepisy są zgodne z Konstytucją.

W uzasadnieniu wyroku TK stwierdził, że Konstytucja reguluje sprawowanie pieczy nad wykonywaniem zawodu przez samorządy zawodów zaufania publicznego, ale w granicach wyznaczonych przez ustawodawcę. W ocenie Trybunału przepisy uzależniające możliwość uzyskania wpisu na listę adwokatów bez obowiązku złożenia egzaminu adwokackiego albo dopuszczenia do egzaminu adwokackiego bez odbycia aplikacji adwokackiej od legitymowania się faktycznym wykonywaniem przez odpowiedni czas wymagających wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związanych ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego nie naruszają Konstytucji. Sędzia sprawozdawca uzasadniała, że wykonywanie tych czynności przez oznaczony w ustawie czas pod kierownictwem adwokata lub radcy prawnego pozwala nabyć doświadczenie praktyczne i kwalifikacje niezbędne do uzyskania wpisu na listę adwokatów lub dopuszczenia do egzaminu adwokackiego. Podkreślano także, że samorząd adwokacki sprawuje pieczę należytego wykonywania zawodu przez możliwość weryfikacji rzeczywistego czasu praktyki osób ubiegających się o wpis oraz poprzez ocenę rękopisów kandydata.

Stwierdził też, że w zakresie zaskarżonych przepisów ustawodawca działał w granicach przysługującej mu swobody regulacyjnej. Odpowiedni udział samorządu winien być rozumiany przy tym jako możliwość jego uczestniczenia w określaniu zakresu egzaminu, a w dalszej kolejności – zgodnie z naturą egzaminu – jako uczestni-

ctwo w sprawdzaniu umiejętności niezbędnych do wykonywania zawodu. Ponieważ samorządowi zawodowemu zagwarantowano wpływ na zakres, przebieg oraz ocenę wyników przeprowadzanego egzaminu adwokackiego, Trybunał Konstytucyjny nie dopatrywał się w przepisach regulujących przygotowanie oraz przeprowadzenie tego egzaminu naruszenia Konstytucji.

Trybunał nie podzielił też zdania NRA w kwestii braku części ustnej podczas egzaminu adwokackiego, wprowadzenia części testowej oraz wprowadzenia przez ustawodawcę zakresu sprawdzanych umiejętności. Zdaniem TK należy to do kompetencji przyznanych ustawodawcy w art. 17 ust. 1 Konstytucji.

Rozprawie przewodniczył sędzia Stanisław Biernat, wiceprezes Trybunału, sprawozdawcą była sędzia Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, w składzie sędziowskim uczestniczyli również sędziowie: Wojciech Hermeliński, Marek Kotlinowski oraz Stanisław Rymar.

Po ogłoszeniu wyroku adw. Andrzej Zwara, prezes NRA, skomentował wyrok: *Drzwi do zawodu adwokata są otwarte i nie chcemy ich w żadnym wypadku zamykać. Jednak obowiązkiem samorządu adwokackiego jest troska o wykonywanie zawodu na jak najwyższym poziomie i aby osoby, które dołączają do palestry, miały jak najlepsze kwalifikacje.*

Dodał, że w ubiegłym roku zapadło podobne orzeczenie po rozpatrzeniu wniosku, jaki złożyła Krajowa Rada Radców Prawnych. Podziękował pełnomocnikom NRA adw. dr. Szymonowi Byczko oraz adw. dr. Michałowi Jackowskiemu za pracę, jaką włożyli przy opracowaniu wniosku i za merytoryczne wystąpienie przed TK.

Biuro Prasowe NRA

Z życia izb adwokackich

Izba lubelska

NOWA SIEDZIBA IZBY ADWOKACKIEJ W LUBLINIE

19 stycznia 2013 r. adwokaci izby lubelskiej uczestniczyli w tradycyjnym spotkaniu noworocznym z arcybiskupem lubelskim ks. Stanisławem Budzikiem. Tym razem spotkanie miało wyjątkowy charakter, gdyż połączone zostało z poświęceniem nowych pomieszczeń biurowych izby, znajdujących się w nowoczesnym kompleksie wybudowanym na placu pomiędzy ulicą Żwirki i Wigury, Alejami Raclawickimi i ulicą Artura Grottgera. W owych pomieszczeniach (będących częścią okazałego nowoczesnego biurowca), o łącznej powierzchni ponad 700 m², znajdują swoje lokum organy lubelskiej izby adwokackiej.

W trakcie uroczystości dziekan ORA w Lublinie adw. Piotr Sendecski podkreślił, że miejsce to jest dla lubelskiej adwokatury szczególnie, gdyż jedna z działek, o powierzchni 826 m², na których wybudowano biurowiec, została zakupiona przez Okręgową Radę Adwokacką w Lublinie 21 lipca 1939 r. i zgodnie z planami ówczesnej ORA kierowanej przez legendarnego dziekana Stanisława Kalinowskiego miał na niej powstać budynek z przeznaczeniem na siedzibę lubelskiej adwokatury.

Lata wojny, a potem Polski Ludowej, nie sprzyjały realizacji planów. W okresie PRL adwokatura lubelska nie podejmowała tematu działki. Dopiero w wolnej Polsce, w latach 90. XX w. ORA kierowana przez dziekana adw. Andrzeja Banaszkiwicza podjęła pierwsze kroki manifestujące uprawnienia i obowiązki właściciela (opłacono np. zaległe zobowiązania podatkowe) i zwróciła się do Wydziału Architektury Urzędu Miasta o wydanie warunków zagospodarowania nieruchomości, na której znajdował się od lat 80. pomnik Henryka Wieniawskiego (dziś obok Filharmonii Lubelskiej). Po rozważeniu różnych koncepcji co do działki, w 2007 r., za zgodą Zgromadzenia Izby dziekan ORA adw. Stanisław Estreich podpisał umowę z inwestorem, lubelską spółką Rupes, który kupił sąsiednią działkę i wyszedł z propozycją wybudowania na całym placu kompleksu biurowego – czyli wspólnej inwestycji. W kolejnych latach pierwotną umowę z inwestorem kilkakrotnie zmieniano, a w realizację projektu zaangażowała się ORA kierowana przez dziekana adw. Sendeckiego. Inwestycję zrealizowano do końca 2012 r.

W najbliższym czasie organy Izby Adwokackiej w Lublinie przeniosą się do nowych

pomieszczeń, opuszczając lokale przy ul. Artura Grottgera 7, które służyły lubelskim adwokatom przez pięćdziesiąt lat.

Wypada dodać, że cały budynek ma dziewięć kondygnacji – sześć naziemnych i trzy podziemne. Lokale ORA w Lublinie znajdują się na pierwszym piętrze. Pozostałe pomieszczenia zajęły głównie firmy z branży finansowej, a na górze znajdują się trzy luksusowe apartamenty z dostępem do indywidualnych tarasów. Z kolei w sąsiedztwie biurowca powstaje Lubelskie Centrum Konferencyjne, nowa siedziba Urzędu Marszałkowskiego i – w miejscu straszącej Lublin od lat 70. budowli tzw. Teatru w Budowie – Centrum Spotkania Kultur.

Władysław Lutwak

Izba wrocławska

KONCERT BOŻONARODZENIOWY SKALDÓW

Tradycyjnie od 6 lat w styczniu, a w tym roku w dniu 6 stycznia, we Wrocławiu, w Katedrze pod wezwaniem św. Jana Chrzciciela odbył się koncert kolęd w wykonaniu zespołu Skaldowie. Organizatorem koncertu dedykowanego mieszkańcom Wrocławia była ORA we Wrocławiu, przy wsparciu Katolickiego Radia „Rodzina”. Przybyłych na koncert, w tym kapelana Adwokatury ks. prałata Stanisława Pawlaczka, powitał dyrektor radia ks. Cezary Chwilczyński. Następnie dziekan ORA adw. Andrzej Malicki mówił do zebranych o zadaniach Adwokatury wypełniającej nie tylko ustawowe posłannictwo, ale i reagującej na wyzwania społeczne, a z okazji tego niezwykłego wieczoru zaprezentował Skaldów jako twórców znanych i umiejących się dzielić radością z muzyki i słowa, a nawiązując do świątecznego czasu, w jakim odbywa się koncert, i głębi daru Trzech Króli, zacytował słowa jednej z kolęd: „z darami, z darami, z darami wszyscy [...] by odtajało serce”.

Niezwykła sceneria gotyckiego wnętrza z pełgającymi refleksami światła po srebrnych lichtarzach i ramach obrazów, zloceniach drewnianych stall i mistrzowskiego tryptyku w ołtarzu głównym, choinki, światełka na nich, a wysoko ledwo widoczne, a jednak, nasycone kolory witraży – to wszystko stworzyło podniosły nastrój. Sam koncert kolęd z muzyką Jacka Zielińskiego, słowami do nich Leszka Aleksandra Moczulskiego oraz słowem wiążącym Jana Budziaszka – perkusisty Skaldów, zagrany stałym składem Skaldów, wywołał aplauz zebranych, wyrażany długotrwałymi oklaskami po każdym z utworów, w tym tradycyjnych kolęd, i śpiewaniem wraz z obdarzonym charyzmatycznym głosem Jackiem Zielińskim.

Na zakończenie koncertu Jacek Zieliński w imieniu Skaldów podziękował dziekanowi Andrzejowi Malickiemu za zorganizowanie kolejnego koncertu, tym razem w takim miejscu i przed tak wielką, spontanicznie i radośnie reagującą wspaniałą publicznością. Przy zrywających się co chwilę brawach Skaldowie wykonali jeszcze kilka szlagierów, jak *Medytacje wiejskiego listonosza* i *Kulig*.

Wszystko, co dobre, ma swój koniec. Gospodarz katedry ks. inf. Adam Drwięga, który zauważył, że jak jest proboszczem już od 28 lat, to katedra nie oglądała takich tłumów, wspólnie z dziekanem ORA zakończyli spotkanie ponownym serdecznym podziękowaniem obecnym i artystom.

Wypada dodać, że ideę koncertu wsparli w tym roku adwokaci: Grażyna Biernat, Andrzej Bryłka, Jacek Giezek, Edward Gorzelańczyk, Andrzej Hoffman, Barbara Józefowicz-Olczyk, Agnieszka Kleszczyńska, Sławomir Krześ, Dorota Kwocińska-Szelc, Andrzej Malicki, Piotr Migaj, Roman Mucha, Zbigniew Piątkowski, Zbigniew Ściagała, Jacek Wałęcki, Mariusz Wysocki i anonimowy darczyńca.

Barbara Józefowicz-Olczyk
Kierownik Adwokackiej Pomocy Prawnej
świadczonej z urzędu

NOWOROCZNY KONCERT KOLĘD, 30 STYCZNIA 2013 R.,
KLUB ADWOKATA WE WROCŁAWIU

W końcu stycznia br. odbył się kolejny Noworoczny Koncert Kolęd zorganizowany przez ORA we Wrocławiu. Warto także podkreślić, że pod przewodnictwem dziekana ORA we Wrocławiu adw. Andrzeja Malickiego izba wrocławska organizuje koncerty kolęd dla wszystkich mieszkańców miasta we wrocławskich kościołach.

Wśród znakomitych gości Koncertu Kolęd w Klubie Adwokata znaleźli się: gość specjalny – prezes Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Andrzej Niedużak, duszpasterz prawników diecezji dolnośląskiej ks. prałat Stanisław Pawlaczek, seniorzy izby adwokackiej, członkowie organów samorządowych, adwokaci i aplikanci adwokaccy. Na zaproszenie adw. Ewy Kubickiej-Miłek, przewodniczącej Rady Klubu Adwokata, wystąpili soliści Opery Wrocławskiej.

Wspólne kolędowanie odbyło się w wypełnionej po brzegi Sali Klubu Adwokata, w miłej i wesołej atmosferze.

Maria Ślęzak

Głos aplikanta

Marta Piotrowska

CZY OPŁATY ZA UDZIAŁ W EGZAMINIE KONKURSOWYM NA APLIKACJĘ, WPIS NA LISTĘ APLIKANTÓW, ROCZNE ZA APLIKACJĘ, SKŁADKI CZŁONKOWSKIE, EGZAMIN ZAWODOWY, WPIS NA LISTĘ ADWOKATÓW I RADCÓW PRAWNYCH STANOWIĄ KOSZTY UZYSKANIA PRZYCHODU?

Postawione w tytule pytanie niestety nadal pozostaje bez jednoznacznej odpowiedzi. Szkoda, bo kwestia dotyczy licznej grupy podatników, którzy musieli wyłożyć z własnej kieszeni niemałe kwoty, by uzyskać uprawnienia do wykonywania zawodów adwokata i radcy prawnego.

Praktyka w tym zakresie jest również niejednolita. Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie uznał, że wydatki poniesione przed rozpoczęciem pozarolniczej działalności gospodarczej w celu uzyskania uprawnień do wykonywania zawodu adwokata, warunkujące w świetle Prawa o adwokaturze wykonywanie działalności gospodarczej w formie kancelarii adwokackiej, nie mogą zostać zaliczone do kosztów uzyskania przychodów z tejże działalności. W uzasadnieniu decyzji podał, że skoro wydatki zostały poniesione przed rozpoczęciem prowadzenia działalności gospodarczej (część z nich w okresie, kiedy podatnik był związany stosunkiem pracy), to brak jest związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy poniesieniem kosztów a uzyskiwaniem przychodów z działalności gospodarczej prowadzonej w późniejszym okresie¹. Z kolei Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi, w odniesieniu do wydatków wiążących się z uzyskaniem uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego, przyjął, że należy je uznać za koszty uzyskania przychodów².

¹ Por. stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie wyrażone w interpretacji indywidualnej z 19 lipca 2012 r., IPPB1/415-496/12-2/AM.

² Por. stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi wyrażone w interpretacji indywidualnej z 5 stycznia 2012 r., IPTPB1/415-227/11-2/ASZ.

Stany prawne i faktyczne stanowiące podstawę wydania powołanych interpretacji były identyczne. Wnioskodawcy w latach 2007–2011 odbywali aplikacje adwokacką i radcowską, których ukończenie stanowiło warunek wzięcia udziału w egzaminie zawodowym. Egzamin ten odbył się w terminie 14–17 czerwca 2011 r. Wnioskodawcy uzyskali wyniki pozytywne, co z kolei dało im prawo złożenia wniosków o wpis na listę adwokatów i radców prawnych. Właściwe miejscowo Rady podjęły uchwały o wpisie wnioskodawców na listy adwokatów i radców prawnych. Wraz ze złożeniem ślubowania wnioskodawcy uzyskali formalnie tytuły zawodowe adwokata i radcy prawnego, a tym samym możliwość wykonywania zawodu w formie kancelarii adwokata i radcy prawnego. W 2011 r. wnioskodawcy rozpoczęli prowadzenie działalności gospodarczej w formie kancelarii. Działalność tę wnioskodawcy wykonują samodzielnie i jest to jedyna forma wykonywania przez nich zawodu. W jej ramach wnioskodawcy prowadzą księgowość na zasadach ogólnych (podatkowa księga przychodów i rozchodów).

WYDATKI

Poniesione przez wnioskodawców wydatki związane z uzyskaniem uprawnień zawodowych obejmowały następujące pozycje:

- opłaty za udział w egzaminie konkursowym na aplikacje adwokacką i radcowską,
- opłaty za wpis na listę aplikantów adwokackich i radcowskich,
- opłaty roczne za aplikacje adwokacką i radcowską,
- składki członkowskie z tytułu uczestnictwa w samorządzie,
- opłaty za egzamin zawodowy,
- opłaty za wpis na listę adwokatów i radców prawnych.

Większość z wymienionych wydatków została poniesiona przez wnioskodawców przed datą planowanego rozpoczęcia działalności.

Należy zaznaczyć, że choć wspomniane interpretacje znajdują zastosowanie jedynie w sprawach wnioskodawców, to różnicowanie sytuacji prawnej obywateli wobec identycznych stanów faktycznych i prawnych jest nieuprawnione z punktu widzenia art. 32 Konstytucji RP i wyrażonej w niej zasady równości wobec prawa i równego traktowania przez organy władzy publicznej.

Przechodząc do meritum – aby określony wydatek mógł być uznany za koszt uzyskania przychodów, winien spełniać, w myśl przepisu art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.), łącznie następujące warunki:

a. pozostawać w związku przyczynowym z przychodem lub źródłem przychodu i być poniesiony w celu osiągnięcia przychodu lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodu,

b. nie znajdować się na liście kosztów nieuznawanych za koszt uzyskania przychodów, wymienionych w art. 23 ust. 1 ustawy od podatku dochodowym od osób fizycznych,

c. zostać faktycznie poniesiony i być właściwie udokumentowany.

Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, że dla uznania danego wydatku za koszt podatkowy niezbędne jest, aby wydatek ten miał związek z prowadzoną działalnością gospodarczą, aby został faktycznie poniesiony, by nastąpił w celu uzyskania

przychodów, a ponadto by został należycie udokumentowany. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie³.

1. ZWIĄZEK O CHARAKTERZE PRZYCZYNOWO-SKUTKOWYM

Zgodnie z ogólną normą prawną zawartą w art. 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych kosztami uzyskania przychodów są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów. Zwrot „koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów” oznacza uzależnienie uznania danego wydatku za koszt podatkowy od istnienia pomiędzy tym wydatkiem a przychodem związku o charakterze przyczynowo-skutkowym albo też gospodarczym. Efektem istnienia tego związku jest osiągnięcie przychodu lub przewidywanie jego osiągnięcia⁴. Obowiązkiem podatnika, jako odnoszącego korzyść z faktu zaliczenia określonych wydatków w poczet kosztów uzyskania przychodów, jest wykazanie związku pomiędzy poniesieniem kosztu a uzyskaniem przychodu, zgodnie z dyspozycją powołanego art. 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Musi to być zatem taki wydatek, którego związek z prowadzoną działalnością nie budzi wątpliwości.

Zasadą jest, że koszty uzyskania przychodów należy przyporządkować do tego źródła przychodów, z którymi dane wydatki są związane. Oznacza to, że koszty uzyskania danego przychodu mogą pomniejszać tylko ten właśnie przychód. Należy zwrócić uwagę, że nie jest możliwe przyporządkowanie kosztów związanych z uzyskaniem uprawnień do wykonywania zawodów adwokata i radcy prawnego do konkretnych przychodów. Nie oznacza to jednak samo przez się, że koszty poniesione na ten cel nie stanowią kosztów uzyskania przychodów. W doktrynie wskazuje się bowiem, że związek przyczynowo-skutkowy nie musi być wyraźny. W niektórych przypadkach nie można dopatrywać się związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy konkretnym wydatkiem a danym przychodem. Niekiedy na sprawę należy spojrzeć szerzej, pamiętając, że określone koszty ponoszone są w związku z samym faktem prowadzenia określonej działalności. Można by je nazwać kosztami funkcjonowania przedsiębiorcy. Nie są one ponoszone w związku z myślą o osiągnięciu konkretnego przychodu, lecz ich poniesienie zazwyczaj warunkuje w ogóle możliwość prowadzenia działalności, a więc także uzyskiwanie przychodów. Koszty tego rodzaju – mimo braku łatwo uchwytneho związku przyczynowego pomiędzy nimi a jakimkolwiek przychodem – z pewnością stanowią koszt uzyskania przychodu. Bez nich osiąganie przychodów w ogóle byłoby niemożliwe⁵. Do tego rodzaju kosztów należy zaliczyć wydatki związane z uzyskaniem uprawnień do wykonywania zawodów adwokata i radcy prawnego. Koszty te wiążą się bowiem z samym faktem podjęcia działalności w formie kancelarii, a bez ich poniesienia nie byłoby to możliwe.

Poszukiwanie związków między określonym wydatkiem a konkretnym przychodem

³ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 grudnia 2011 r., II FSK 1147/2010, LexPolonica nr 2818916.

⁴ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 grudnia 2011 r., II FSK 1147/2010, LexPolonica nr 2818916.

⁵ Por. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *PIT. Komentarz*, w komentarzu do art. 22 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, Wolters Kluwer 2010.

jest niekiedy nieporozumieniem. Przykładowo, żaden organ podatkowy nie neguje, że wydatki na sprzętanie biura należą do kosztów uzyskania przychodów. A przecież nie sposób wykazać, że jakaś konkretna kwota osiągniętego przychodu została uzyskana na skutek posprzątania lokalu⁶.

Wobec powyższego nie znajdują przeciwskazań do uznania wydatków związanych z uzyskaniem uprawnień do wykonywania zawodów adwokata i radcy prawnego za koszt uzyskania przychodów. Należy je potraktować analogicznie do kosztów ponoszonych na podnoszenie kwalifikacji zawodowych, których również nie sposób powiązać z konkretnym przychodem. Wymowne w tym względzie jest stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, który przyjmuje, że podnoszenie kwalifikacji pracowniczych ma wpływ na osiąganie przez firmę przychodów i powinno być zakwalifikowane jako koszt uzyskania przychodu, choć taki wydatek trudno wiązać z konkretnym przychodem. Jest to koszt ogólny działalności firmy, podobnie jak płace pracowników i inne tego typu koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa⁷.

2. CELOWOŚĆ PONIESIENIA KOSZTÓW

W orzecznictwie podkreśla się, że dany wydatek musi mieć charakter celowy. Ustawodawca wyraźnie powiązał koszty uzyskania przychodów z celem osiągnięcia przychodów. Cel ten musi być widoczny, a ponoszone koszty winny go bezpośrednio realizować lub co najmniej winny zakładać jego realizację w przyszłości. O tym, co jest celowe, potrzebne w prowadzonej działalności, decyduje podmiot prowadzący tę działalność, a nie organ podatkowy⁸. Natomiast do organów podatkowych należy weryfikacja decyzji podatnika.

Planowana przez podatników działalność w formie kancelarii adwokackiej i radcy prawnego może być prowadzona jedynie przez osobę posiadającą tytuł zawodowy adwokata czy radcy prawnego. Ustawowym warunkiem podjęcia działalności gospodarczej w formie kancelarii jest bowiem uprzednie uzyskanie tytułu zawodowego. W konsekwencji wszelkie przychody osiągnięte w ramach tejszej działalności są bezpośrednio związane z uzyskanymi uprawnieniami zawodowymi. Bez nich bowiem niemożliwe byłoby w ogóle świadczenie usług w ramach kancelarii. Przesądza to o celowości tych wydatków.

3. KOSZTY NIEUZNANE ZA KOSZTY UZYSKANIA PRZYCHODÓW, WYMIENIONE W ART. 23 UST. 1 USTAWY O PODATKU DOCHODOWYM OD OSÓB FIZYCZNYCH

Konstrukcja kosztów uzyskania przychodów oparta jest na swoistej klauzuli generalnej, która stanowi, że kosztami uzyskania przychodów z poszczególnego źródła są

⁶ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17 marca 1999 r., III SA 5345/98, LEX nr 39460.

⁷ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy w Szczecinie z 13 maja 1998 r., SA/Sz 1354/97, LexPolonica nr 340718.

⁸ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy w Szczecinie z 13 maja 1998 r., SA/Sz 1354/97, LexPolonica nr 340718.

wszystkie koszty ponoszone w celu osiągnięcia przychodów, z wyjątkami taksatywnie wymienionych w art. 23 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (art. 22 ust. 1 ustawy). Wydatki w postaci: opłaty za udział w egzaminie konkursowym na aplikację, opłaty za wpis na listę aplikantów, opłaty rocznej za aplikację, składki członkowskie z tytułu uczestnictwa w samorządzie, opłaty za egzamin zawodowy, opłaty za wpis na listę adwokatów i radców prawnych, nie zostały ujęte w katalogu wydatków nieuznawanych za koszt uzyskania przychodów, zawartym w treści art. 23 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

4. UDOKUMENTOWANIE WYDATKÓW

Trzeci wymóg wypełnia przykładowo udokumentowanie poniesienia wydatków za pomocą potwierdzeń wykonania przelewów. Niemniej jednak jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W razie wadliwości dowodu księgowego podatnik może wykazywać innymi dowodami, że poniósł określony wydatek⁹.

5. OKRES, W JAKIM MOGĄ BYĆ POTRĄCANE KOSZTY

Wątpliwości mogą pojawić się w odniesieniu do wydatków z lat wcześniejszych niż rok podatkowy, w którym osiągnięte zostaną przychody. Treść przepisu art. 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych nie wyklucza jednak możliwości zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów wydatków poniesionych w innym roku podatkowym niż osiągnięte przychody. Stanowisko to doznaje wsparcia w orzecznictwie sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny stanął na stanowisku, że koszty uzyskania przychodów są potrącalne tylko w roku podatkowym, którego dotyczą. Jeśli zaś chodzi o koszty poniesione w latach poprzedzających rok podatkowy, to są one potrącalne, jeśli dotyczą przychodów tego roku podatkowego¹⁰. Nie jest natomiast możliwe ich potrącenie w roku, w którym je poniesiono, jeśli rok ten nie jest jednocześnie rokiem, którego dotyczą. Koszty poniesione w latach poprzedzających, które są bezpośrednio związane z przychodami podatkowymi, są zatem potrącane w kosztach dopiero w roku podatkowym wystąpienia przychodu. Ponadto na mocy art. 22 ust. 6 w związku z ust. 5 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych podatnik prowadzący podatkową księgę przychodów i rozchodów może, pod określonymi warunkami, potrącić koszty uzyskania przychodów poniesione w latach poprzedzających rok podatkowy, ale nie odwrotnie¹¹.

Prezentowane stanowisko znalazło potwierdzenie również w piśmiennictwie. Zgodnie z wypowiedziami doktryny koszty uzyskania przychodów bezpośrednio związane

⁹ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy w Szczecinie z 13 maja 1998 r., SA/Sz 1354/97, LexPolonica nr 340718.

¹⁰ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy w Katowicach z 22 września 1997 r., I SA/Ka 354/96, LexPolonica nr 340386.

¹¹ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 stycznia 1999 r., III SA 597/97, LEX nr 39456.

z przychodami, poniesione w latach poprzedzających rok podatkowy oraz w roku podatkowym, są potrącalne w tym roku podatkowym, w którym osiągnięte zostały odpowiadające im przychody. Jeśli podatnik miał uzasadnione prawo spodziewać się, że przychód w danym roku wystąpi (jest to wielce prawdopodobne), to koszt uzyskania przychodu może być potrącony w roku, w którym przychód ten powinien wystąpić¹².

Przytoczone wypowiedzi jednoznacznie wskazują możliwość kwalifikacji wydatków związanych z uzyskaniem uprawnień zawodowych warunkujących podjęcie działalności w formie kancelarii adwokata i radcy prawnego, poniesionych w latach wcześniejszych niż rozpoczęcie prowadzenia kancelarii, jako kosztów uzyskania przychodu. Koszty te powinny być zaksięgowane w podatkowej księdze przychodów i rozchodów w dacie rozpoczęcia prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej, niezależnie od przyjętego sposobu prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów (metoda kasowa albo memoriałowa)¹³.

Niejednolita wykładnia przepisów być może poskutkuje w przyszłości wydaniem interpretacji ogólnej przepisów prawa podatkowego. Zdecydowanie kwestia ta powinna stać się jej przedmiotem.

¹² Por. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *PIT. Komentarz*, w komentarzu do art. 22 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

¹³ Por. stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie wyrażone w interpretacji indywidualnej z 21 czerwca 2010 r., nr IPPB1/415-387/10-2/MT, stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi wyrażone w interpretacji indywidualnej z 5 stycznia 2012 r., IPTPB1/415-227/11-2/ASZ.

Od redakcji

Artykuł został opublikowany również w dwumiesięczniku szczecińskich środowisk prawniczych „In Gremio” (2012, nr 6, s. 23–25), o czym Autorka poinformowała redakcję tuż przed wysłaniem tego zeszytu „Palestry” do druku. Z uwagi na poruszaną problematykę redakcja uznała, że opracowanie zasługuje na zaprezentowanie szerszemu odbiorcy.

Piotr Skalimowski

GRANICE MIĘDZY WYKŁADNIĄ PROKONSTYTUCYJNĄ A BEZPOŚREDNIM STOSOWANIEM PRZEPISÓW KONSTYTUCJI – UWAGI NA TLE UCHWAŁY IZBY GOSPODARCZEJ NSA Z 22 CZERWCA 2011 R.

Jednym z bardziej interesujących zagadnień, które pojawiło się w orzecznictwie podatkowym Naczelnego Sądu Administracyjnego w 2011 r., stała się kwestia zwrotu nadpłaty podatku akcyzowego z tytułu sprzedaży energii elektrycznej w sytuacji, w której ten, kto ją uścił, nie poniósł uszczerbku majątkowego. Po raz pierwszy poszerzony skład NSA rozstrzygnął ten problem w uchwale składu siedmiu sędziów w 2009 r., uznając, że brak poniesienia ekonomicznego ciężaru daniny nie jest przesłanką negatywną zwrotu nadpłaconego podatku¹. Dopiero jednak druga uchwała pełnego składu Izby Gospodarczej NSA wzbudziła liczne wątpliwości nie tylko z powodu odstąpienia od wcześniej wyrażonego poglądu składu siedmiu sędziów, ale również ze względu na tryb podjęcia uchwały oraz uzasadnienie orzeczenia.

I

Zwykły skład NSA przedstawił Izbie Gospodarczej następujące zagadnienie prawne: „Czy w rozumieniu art. 72 § 1 pkt 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.) jest nadpłatą kwota podatku akcyzowego uiszczona z tytułu sprzedaży energii elektrycznej w sytuacji, w której ten, kto ją uścił, nie poniósł z tego tytułu uszczerbku majątkowego?”. Skład orzekający, przedstawiając powyższe pytanie, powziął wątpliwość, czy podatnik, który osobiście nie poniósł żadnego ekonomicznego ciężaru podatku, może wnioskować o stwierdzenie i zwrot nadpłaty. Stan faktyczny sprawy dotyczył podatku akcyzowego. Podatnikiem była elektrociepłownia, która zgodnie z przepisem art. 6 ust. 5 nieobowiązującej już ustawy z 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym² zobowiązana była do zapłaty podatku, przy czym obowiązek

¹ Uchwała NSA z 13 lipca 2009 r., I FPS 4/09.

² Dz.U. nr 29, poz. 257 ze zm.

podatkowy powstawał z dniem wydania energii elektrycznej do obrotu. Przepis ten okazał się jednak niezgodny z art. 21 ust. 5 akapit pierwszy dyrektywy Rady 2003/96/WE z 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów ramowych dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej³. Zgodnie z prawem unijnym w przypadku obrotu energią elektryczną obowiązek podatkowy powstaje w momencie jej dostawy przez dystrybutora. Polska została zobowiązana do wprowadzenia od 1 stycznia 2006 r. normy, która implementowałaby powyższy przepis dyrektywy. Z uwagi na brak stosownych regulacji po tej dacie w dalszym ciągu to producenci, a nie dostawcy energii byli podatnikami w rozumieniu przepisów Ordynacji podatkowej. W związku z tym podatek akcyzowy do momentu implementacji pobierany był od podmiotów, które w świetle prawa unijnego nie powinny być podatnikami.

Producenci energii, mając na uwadze opieszałość ustawodawcy w wywiązywaniu się z obowiązków wynikających z prawa unijnego, złożyli wnioski o zwrot nadpłaty. Uzasadnieniem roszczeń było stwierdzenie, że po 1 stycznia 2006 r. nie byli podatnikami podatku akcyzowego, a co za tym idzie – podatek został zapłacony nienależnie. Organy podatkowe stały na stanowisku, że nie może żądać zwrotu nienależnie zapłaconego podatku ten, kto nie poniósł jego ekonomicznego ciężaru. Fundamentalnym założeniem podatków obrotowych, takich jak podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jest ich neutralność dla podatników. Obrót towarami i usługami ma obciążać krańcowego odbiorcę, którym powinien być konsument. W związku z tym podatek płacony przez producenta energii nie mógł powodować uszczerbku majątkowego po jego stronie. Należało zatem, zdaniem organów, stwierdzić, że nie mógł on wystąpić o stwierdzenie nadpłaty.

Powyższej argumentacji nie podzielił NSA w powołanej uchwale siedmiu sędziów z 13 lipca 2009 r. Uznał bowiem, że przepisy Ordynacji podatkowej nie określają żadnej dodatkowej przesłanki do zwrotu podatku w postaci „uszczerbku majątkowego” bądź „ciężaru ekonomicznego”. Każda kwota podatku zapłacona w wysokości wyższej niż należna będzie co do zasady stanowić nadpłatę. Podatnik nie ma obowiązku wykazywania poniesionej szkody, a organ podatkowy nie posiada uprawnienia do żądania jej wykazania. Pomijając w tym miejscu szczegółowe rozważania na temat instytucji nadpłaty w prawie podatkowym, należałoby się zgodzić z tezą przyjętą w uchwale. Szersze omówienie problematyki z pewnością wykraczałoby poza ramy niniejszego artykułu.

Mimo podjęcia przez skład siedmiu sędziów uchwały, która jednoznacznie przesądziła o wykładni przepisów dotyczących nadpłaty, jeden ze składów orzekających NSA zwrócił się z ponownym pytaniem o interpretację przedmiotowych przepisów. Izba Gospodarcza, która odpowiadała na zadane zagadnienie, wyraziła pogląd całkowicie odmienny od wcześniejszego, wyrażonego w uchwale z 2009 r. Skład orzekający uznał, że: „W rozumieniu art. 72 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.) nie jest nadpłatą kwota podatku akcyzowego uiszczona z tytułu sprzedaży energii elektrycznej w sytuacji, w której ten, kto ją uiszczył, nie poniósł z tego tytułu uszczerbku majątkowego”. Chociaż zmiana stanowiska zajętego przez sąd może w tym przypadku wzbudzać uzasadnione wątpliwości, czego potwierdzeniem jest zgłoszenie przez ośmiu sędziów zdań odrębnych, to należy

³ Dz.U. UE L 283 z 31 października 2003 r.

uznać, że jest to forma kształtowania się linii orzeczniczej, która może polegać na kolejnym potwierdzaniu stanowisk zajętych przez składy orzecznicze lub – jak to miało miejsce w tym przypadku – całościowe odejście od wcześniejszych poglądów. Jak zawsze w przypadku zmiany stanowiska sądu ważne jest jego uzasadnienie i zasadnicze podstawy rozstrzygnięcia, które zostaną przeanalizowane w kolejnej części artykułu. Nie mniej istotne od rozważań materialnoprawnych powstałych na gruncie uchwały z 22 czerwca 2011 r. są kwestie formalnoprawne odnoszące się do trybu podejmowania uchwał przez poszerzone składy Naczelnego Sądu Administracyjnego.

II

Przepisami regulującymi tryb podejmowania uchwał przez NSA są art. 15 § 1 pkt 2 i 3 oraz art. 264–269 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴. Ustawodawca przewidział dwa rodzaje uchwał, które podejmuje NSA, tj. uchwały mające na celu wyjaśnienie przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych (tzw. uchwały abstrakcyjne), oraz uchwały zawierające rozstrzygnięcia zagadnień budzących poważne wątpliwości w konkretnej sprawie sądowoadministracyjnej. Powyższe uchwały podejmowane są w składzie siedmiu sędziów, całej Izby lub w pełnym składzie⁵.

Izbie Gospodarczej NSA zostało przedstawione zagadnienie prawne przez jeden ze składów orzekających, rozpoznający skargę kasacyjną od wyroku sądu pierwszej instancji. Sąd pytający nie podzielał stanowiska zajętego we wcześniejszej uchwale składu siedmiu sędziów z 13 lipca 2009 r. W związku z tym w drodze postanowienia skierował pytanie bezpośrednio do składu Izby. Zgodnie bowiem z art. 269 § 1: „Jeżeli jakkolwiek skład sądu administracyjnego rozpoznający sprawę nie podziela stanowiska zajętego w uchwale składu siedmiu sędziów, całej Izby albo w uchwale pełnego składu NSA, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia odpowiedniemu składowi”. W sprawie tej, chociaż skład pytający nie zgadzał się ze stanowiskiem składu siedmiu sędziów, skierował pytanie do Izby. Powstaje zatem kwestia, czy składy zwykłe NSA, przedstawiając pytanie prawne, mają swobodę w kierowaniu zagadnień do dowolnie wybranych składów poszerzonych tego sądu. Nie sposób bowiem przyjąć, aby kwestia ta miała marginalne znaczenie bądź stanowiła problem iluzoryczny. Pomijając fakt angażowania większej liczby sędziów do podejmowania uchwał w przypadku przyjęcia dowolności w wyborze składu sądu, do którego zostanie skierowane pytanie, wiąże się to również z późniejszym odmiennym trybem odstąpienia od przyjętego wcześniej stanowiska wyrażonego w uchwale, udziału Prokuratora Generalnego (w przypadku posiedzeń pełnego składu NSA lub Izby), a także z wpływem i siłą oddziaływania takich uchwał na orzecznictwo sądów administracyjnych.

Kwestii właściwości składów poszerzonych nie wyjaśnia ustawa. O ile w przypadku uchwał abstrakcyjnych to podmiot uprawniony (np. Prezes NSA) kieruje wniosek do rozstrzygnięcia przez jeden ze składów określonych w art. 264, o tyle w przepisach

⁴ Dz.U. nr 153, poz. 1270 ze zm.

⁵ Dotychczas Naczelny Sąd Administracyjny podjął jedną uchwałę w pełnym składzie.

regulujących materię uchwał konkretnych takiej regulacji brak. Wspomniany art. 269 mówi jedynie o przedstawieniu powstałego zagadnienia „odpowiedniemu składowi”. Już tylko ta wypowiedź prawodawcy wskazuje, że nie chodzi tu o dowolność składu pytającego. Skład odpowiedni będzie zatem niejako determinowany przez wcześniej podejmowane uchwały, co wynika z faktu, że chodzi tu o odstępianie od uprzednio zajętego stanowiska. Należy uznać, że pojawią się dwie hipotezy interpretacyjne dotyczące wykładni tego przepisu. Pierwsza zakładałaby, że odpowiedni skład to ten, który wcześniej podejmował już uchwałę. Przykładowo do odstąpienia od uchwały podjętej uprzednio przez skład siedmiu sędziów uprawniony będzie inny skład siedmiu sędziów. Druga hipoteza zakładałaby, że tylko szerszy skład sądu będzie mógł odstąpić od wcześniej przyjętej uchwały, a więc przykładowo od uchwały podjętej przez skład Izby odstąpić będzie mógł wyłącznie pełny skład NSA. Wydaje się, że drugi z przedstawionych toków rozumowania przyjął w swoim postanowieniu skład pytający. Istnieją jednak argumenty przemawiające za bezzasadnością takiej interpretacji przepisów.

Kwestią zasadniczą jest ostatnie zdanie art. 269 § 1 p.p.s.a. o brzmieniu: „Przepis art. 187 § 1 i 2 stosuje się odpowiednio”. Ustawodawca odsyła w ten sposób składy pytające do art. 187 p.p.s.a., który stanowi, że NSA może odroczyć postępowanie i przedstawić zagadnienie do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów tego sądu. W tym przypadku sąd nie dysponuje żadnym luzem decyzyjnym. W razie wyłonienia się zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości jedynym składem, który rozpozna zagadnienie, będzie sąd w składzie siedmiu sędziów.

Należy uznać w tym miejscu, że jedyną wątpliwością jest owo „odpowiednie stosowanie” art. 187 p.p.s.a. Zgodnie z powszechnie przyjętymi metodami wykładni prawa „odpowiednie stosowanie” może polegać zarówno na stosowaniu wprost danych norm; na ich stosowaniu z odpowiednimi modyfikacjami, bądź też na ich niestosowaniu, kiedy ze względu na bezprzedmiotowość lub sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, do których miały być stosowane odpowiednio, nie mogą być w ogóle stosowane⁶. Trudno przyjąć, aby zachodziła w przypadku art. 187 p.p.s.a. jakkolwiek przesłanka uniemożliwiająca jej stosowanie. Powstaje zatem kwestia stosowania przepisu wprost, bądź też stosowania go wraz z niezbędnymi modyfikacjami. Odpowiednie stosowanie polegałoby między innymi na tym, że Izba nie mogłaby przejąć sprawy do swojego rozpoznania⁷, a więc w tym przypadku skład pytający powinien zwrócić się z zagadnieniem prawnym do składu siedmiu sędziów, dopiero ten mógłby na podstawie art. 264 § 4 p.p.s.a. w formie postanowienia przekazać zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia pełnemu składowi Izby, a dalej Izba pełnemu składowi Naczelnego Sądu Administracyjnego. Ustawodawca wskazał pewien sekwencyjny tryb podejmowania uchwał, który nakazuje kolejność przekazywania zagadnienia prawnego. Z całą pewnością nie chodziło tu o szeroko rozumianą swobodę w kierowaniu zagadnień prawnych do poszerzonych składów sądu. Stanowiłoby to niezrozumiałe i niczym nieuzasadnione odstępstwo od sformalizowanego postępowania w zakresie podejmowania uchwał przez NSA.

⁶ Zob. uchwałę SN z 29 października 1991 r., III CZP 109/91 wraz z głosem T. Żyznowskiego, „Przebieg Sądowy” 1992, nr 5–6.

⁷ Zob. A. Skoczyła, *Działalność uchwalodawcza NSA*, Warszawa 2004, s. 174.

Na szczególną uwagę w kontekście powyższych uwag zasługuje art. 269 § 2 p.p.s.a., w którym ustawodawca zdecydował, że w przypadku niepodzielenia przez skład pytający stanowiska zajętego we wcześniejszej uchwale skład siedmiu sędziów, skład Izby lub pełny skład Naczelnego Sądu Administracyjnego podejmuje „ponowną” uchwałę. Przyjmując jako punkt wyjścia przy interpretacji normy wykładnię językową, trudno przyjąć, aby ponowną uchwałę mógł podjąć skład, który jej jeszcze nie podejmował. Jeżeli bowiem wcześniejszą uchwałę podjął skład siedmiu sędziów, to skład pełnej Izby nie podejmie ponownej uchwały, lecz wyda pierwsze orzeczenie. Bez względu na skład osobowy sądu, który w takim przypadku jest irrelevantny, zasadne jest przyjęcie, że to właśnie skład siedmiu sędziów byłby kompetentny do podjęcia ponownej uchwały.

W omawianej sprawie Izba Gospodarcza, do której skierowano zagadnienie prawne, kwestię poprawności formalnej postanowienia składu pytającego potraktowała w swoim uzasadnieniu nader lakonicznie; w punkcie II.1 Sąd stwierdził: „Mając na względzie wagę powstałych wątpliwości prawnych i dotychczasowe działania zmierzające do ich wyjaśnienia, można uznać za usprawiedliwione odstępianie od zwykłego trybu postępowania w takich sprawach, określone w art. 187 § 1 p.p.s.a.”.

Trudno odczytać powyższy fragment inaczej niż swoiste przyznanie się składu orzekającego do niezastosowania się do zwykłego, tj. ustawowego, trybu podejmowania uchwał. Nigdzie w tekście ustawy nie przewidziano przesłanki „wagi powstałych wątpliwości”, której zaistnienie nakazywałoby skierowanie pytania do składu Izby. Jeśli przyjąć tok rozumowania zaproponowany przez Sąd, rodzi się pytanie, czy „waga powstałych wątpliwości” nie powinna uzasadniać rozpatrzenia zagadnienia przez pełny skład NSA. Jeszcze bardziej zagadkowo brzmi sformułowanie „dotychczasowe działania zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości prawnych”. Nie wiadomo w tym przypadku, czy chodzi o działania podejmowane przez NSA, organy podatkowe, czy może podatnika.

Połączenie uzasadnienia pozanormatywnego „odstąpienia od zwykłego trybu” z jego lakonicznością może budzić wątpliwości. Dodatkowo wzmacnia je dotychczasowa praktyka orzecznicza. W innej sprawie, rozpoznanej w 2011 r. przez skład pełnej Izby (tym razem Finansowej), wskazano w uzasadnieniu drogę, jaką przeszło zagadnienie prawne sformułowane przez skład pytający⁸. Zwykły skład NSA, nie aprobując wcześniejszej uchwały składu siedmiu sędziów w sprawie opodatkowania tzw. pakietów świadczeń medycznych, przedstawił pytanie do rozstrzygnięcia właśnie składowi siedmiu sędziów. Dopiero taki rozszerzony skład w drodze postanowienia przekazał zagadnienie pełnemu składowi Izby Finansowej. W uzasadnieniu uchwały słusznie wskazano podstawę prawną takiego działania, jaką jest art. 264 § 4 p.p.s.a. W tym wypadku zagadnienie prawne przeszło jednak właściwą „drogę”: od składu zwykłego NSA, poprzez skład siedmiu sędziów, aż do ostatecznego jego rozpoznania przez Izbę Finansową.

Mając na uwadze poczynione wyżej uwagi, nie można pominąć kwestii ewentualnego formalnego rozstrzygnięcia, które powinna była podjąć Izba Gospodarcza w uchwale z 22 czerwca 2011 r. Pewnym usprawiedliwieniem dla działania Izby, choć tylko częściowym, jest konieczność podjęcia przez skład rozszerzony uchwały. Artykuł 269 § 2 stanowi, że Naczelny Sąd Administracyjny nie może odmówić podjęcia uchwały. Z oczywistych względów niedopuszczalne byłoby również umorzenie postępowania.

⁸ Uchwała Izby Finansowej NSA z 24 października 2011 r., II FPS 7/10.

Również w literaturze przedmiotu przyjmuje się, że skład poszerzony zobowiązany jest w takich wypadkach do podjęcia uchwały, której treścią powinno być stwierdzenie o pozostawieniu przedstawionego zagadnienia bez rozpoznania⁹. Wobec braku ustawowej możliwości podjęcia uchwały o takiej treści należy przyjąć przywołane stanowisko z ostrożnością. Ustawodawca nie przewidział możliwości pozostawienia uchwały bez rozpoznania, z drugiej strony – jak już zasygnalizowano – nie stosuje się przepisu o odmowie podjęcia uchwały. Wobec ewidentnej luki ustawowej składy poszerzone NSA, mimo błędnych postanowień składów pytających, powinny podjąć uchwałę *in meriti*.

Niedopuszczalne jest w każdym razie szukanie przesłanek pozaustawowych do podjęcia uchwały. Zadaniem składu poszerzonego jest na wstępie uzasadnienia wytknięcie błędu proceduralnego składowi zwykłemu, a następnie zaakcentowanie luki legislacyjnej. Działanie takie skutkowałoby na przyszłość po pierwsze: przyjęciem właściwej praktyki orzeczniczej, która nie prowadziłyby do sytuacji bez wyjścia dla składów poszerzonych, po drugie: możliwością zmian normatywnych. Trudno bowiem liczyć i wymagać, aby ustawodawca, nie wiedząc o pominięciach legislacyjnych, sam je naprawiał. W tym zakresie potrzebna byłaby aktywna rola sądu, a także działalność informacyjna Prezesa NSA¹⁰. Pozostawienie ustawy w obecnym kształcie może zrodzić pokusę przedstawienia zagadnień prawnych szerszym składom orzeczniczym niż rozpoznające pytanie wcześniej, jako swoistym wyższym instancjom. W rezultacie pełny skład Naczelnego Sądu Administracyjnego mógłby stać się właściwy w każdym wypadku, w którym zachodzą wątpliwości prawne. Z pewnością nie taki był zamysł prawodawcy.

III

Nie mniej istotnym problemem, a dla rozstrzygnięcia merytorycznego zagadnienia prawnego kwestią kluczową, stało się uzasadnienie uchwały Izby Gospodarczej. Swoje rozstrzygnięcie skład poszerzony oparł na wykładni prokonstytucyjnej, która w opinii autora tekstu narusza fundamentalną zasadę orzekania na podstawie ustawy. Naczelny Sąd Administracyjny, odnosząc się do kwestii przesłanki „zubożenia” podatnika występującego o zwrot nadpłaconej daniny, słusznie rozpoczął swój wywód od uznania wykładni językowej jako metody interpretacji, która nie uzależnia powstania nadpłaty od wykazania, że podatnik poniósł ciężar ekonomiczny podatku. Istotnie, prymat wykładni językowej (literalnej, gramatycznej) na gruncie prawa podatkowego jest niezaprzeczalny. W innym przypadku od stron podatkowego stosunku zobowiązaniowego żądano by spełnienia świadczeń, które nie wynikają z ustaw, co stanowiłoby naruszenie art. 84 i 217 Konstytucji RP.

Zdaniem NSA w sprawie zaistniały jednak przesłanki do odstąpienia od wykładni językowej i uzupełnienia jej o wykładnię celowościową, funkcjonalną oraz systemową. W ocenie sądu nie bez znaczenia pozostaje konieczność weryfikacji rezultatów wykład-

⁹ A. Skoczylas, *Działalność*, s. 206.

¹⁰ Zgodnie z art. 15 § 1 ustawy z 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. nr 153, poz. 1269 ze zm.) Prezes NSA informuje Prezydenta RP i Krajową Radę Sądownictwa o działalności sądów administracyjnych, oraz § 2 – Prezes NSA informuje Prezesa Rady Ministrów o problemach funkcjonowania administracji publicznej wynikających ze spraw rozpatrywanych przez sądy administracyjne.

ni z zasadami i normami wynikającymi z Konstytucji. Powyższe rozważania NSA, jak również stanowisko przyjmujące konieczność eliminacji rezultatów wykładni językowej niezgodnych z normami konstytucyjnymi w drodze pozajęzykowych metod wykładni, nie budzą wątpliwości. Jednak uznanie, że interpretacja art. 72 § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej przy użyciu wyłącznie wykładni językowej jest niezgodna z regulacjami konstytucyjnymi, jest nieuzasadnione. W swoich dalszych rozważaniach NSA, stwierdzając brak definicji legalnej nadpłaty, podejmuje próbę odnalezienia norm regulujących tę instytucję w przepisach konstytucyjnych, m.in. art. 1, 64, 77 ust. 1 Konstytucji RP. W tym zakresie poszerzony skład NSA pominął treść ustawy (art. 72 O.p.) i oparł swoje uzasadnienie bezpośrednio na normach konstytucyjnych. Co najmniej z kilku powodów orzeczenie Sądu i jego uzasadnienie budzi poważne zastrzeżenia.

Po pierwsze, nie sposób nie zauważyć, że NSA w istocie nie uwzględnił brzmienia art. 72 O.p. Uznał, że wobec braku definicji nadpłaty w ustawie podatkowej nadanie treści przepisowi leży w kompetencji składu orzekającego, który to uczynił, przyjmując taką definicję, która byłaby zgodna z wybranymi normami Konstytucji. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Nie odnosząc się w tym miejscu do szczegółowych rozważań dotyczących stosowanych modeli nadpłaty, wyróżnia się dwa podstawowe systemy¹¹. Pierwszy z nich uzależnia zwrot nadpłaconego podatku od poniesienia przez podatnika ciężaru ekonomicznego daniny. Drugi zaś nie przewiduje spełnienia dodatkowych przesłanek uzasadniających zwrot nienależnie pobranego podatku. Każdy z wymienionych systemów jest równoprawny, a przyjęcie jednego z nich zależy jedynie od woli prawodawcy. Polski ustawodawca zdecydował się przyjąć rozwiązanie nieprzewidujące spełnienia dodatkowych przesłanek, które uzasadniałyby zwrot nadpłaty. Niedopuszczalne byłoby także stosowanie w przypadku nadpłaty przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących nienależnego świadczenia (art. 405–410 k.c.). W obowiązujących przepisach okoliczność bezpodstawnego wzbogacenia nie może być przesłanką zwrotu nadpłaty¹². W uzasadnieniu uchwały NSA ten fakt całkowicie pomija. Faktyczne zignorowanie rozwiązania ustawowego i oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na normach konstytucyjnych stanowi *de facto* uznanie art. 72 O.p. za niezgodny z Konstytucją RP. Naczelny Sąd Administracyjny, chcąc jednak dokonać wykładni prokonstytucyjnej, sam naruszył Konstytucję. Zgodnie bowiem z art. 178 ust. 1 Konstytucji sędziowie podlegają tylko Konstytucji i ustawom. Stosowanie ustawy jest więc zawsze obowiązkiem sądu, niezależnie od przyjętego systemu wartości. Jeżeli zaś sąd ma wątpliwości dotyczące zgodności normy ustawowej z Konstytucją, ma możliwość skierowania pytania prawnego na podstawie art. 193. Niedopuszczalne jest jednak pominięcie w orzeczeniu normy ustawowej. Kompetencja taka zarezerwowana jest wyłącznie dla Trybunału Konstytucyjnego¹³. W sposób oczywisty zarówno zagadnienia prawne kierowane przez składy pytające, jak również uchwały poszerzonych składów NSA, nie mogą zmierzać do wyjaśnienia wątpliwości prawnych dotyczących zgodności ustaw oraz innych aktów normatywnych niższej rangi z Konstytucją¹⁴.

¹¹ Zob. zdanie odrębne do omawianej uchwały m.in. sędziów K. A. Stec i M. Korycińskiej.

¹² Zob. L. Etel, (w:) C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, S. Presnarowicz, P. Pietrasz, *Ordynacja podatkowa – komentarz*, Warszawa 2011, s. 458.

¹³ Zob. zdanie odrębne do uchwały sądziego NSA J. Bały.

¹⁴ Zob. T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2009, s. 309.

Po drugie, nie ma racji NSA, w uzasadnieniu uchwały twierdząc, że brak jest definicji legalnej nadpłaty. Jak podkreśla się w literaturze, art. 72 O.p. zawiera tzw. definicję przez wyliczenie¹⁵. Brak jest natomiast definicji realnej nadpłaty, która określałaby cechy przynależne nadpłacie¹⁶. Pomijając szczegółowe rozważania dotyczące ewentualnego braku poprawności logicznej wyliczenia z art. 72 O.p., należy przyjąć, że ustawodawca wymienił stany faktyczne, których zaistnienie pozwala przyjąć, iż nadpłata powstała¹⁷. Bez większych wątpliwości można uznać definicję nadpłaty z Ordynacji podatkowej jako nieklasyczną definicję zakresową¹⁸ lub też definicję niepełną, gdzie ustawodawca wskazuje, jakie kwoty należy traktować jako nadpłate¹⁹. W związku z tym niezasadnie przyjął NSA, że wobec braku „pełnej definicji nadpłaty (...) zachodzi konieczność podjęcia próby odnalezienia norm regulujących to zagadnienie w przepisach Konstytucji”. W literaturze przyjmuje się bowiem pogląd, zgodnie z którym niedopuszczalne jest odstępstwo od rezultatów wykładni językowej m.in. w przypadku, gdy w ustawie formuluje się definicję określonego pojęcia²⁰.

Po trzecie, w uzasadnieniu uchwały NSA zdaje się pomijać kwestię odróżnienia wykładni prokonstytucyjnej od oparcia rozstrzygnięcia wprost na normach konstytucyjnych. Jak trafnie zauważyli w swoich zdaniach odrębnych sędziowie K. A. Stec i M. Korycińska: „Uprawnienie i (obowiązek) dokonywania prawidłowej wykładni przepisów prawa odróżnić jednak należy od prawa do oceny ich konstytucyjności oraz zgodności z normami prawa unijnego jak i od prawotwórczej działalności”. Mając na uwadze wcześniej przywołane poglądy wyrażone w uchwale, należy przyjąć, że tok rozumowania przyjęty przez NSA musiał nieuchronnie doprowadzić do orzekania bezpośrednio na podstawie przepisów Konstytucji. Zdaniem Sądu przy rozpoznawaniu zagadnienia prawnego wystąpiła luka prawna polegająca na braku definicji nadpłaty. Kolejnym, niejako naturalnym krokiem, jaki podjął skład orzekający, było uzupełnienie luki poprzez oparcie się na zasadach konstytucyjnych.

Naczelny Sąd Administracyjny nie wziął jednak pod uwagę przesłanek uprawniających do takiej interpretacji tekstu prawnego, które w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły. Jak podkreśla się w literaturze, dyrektywa wykładni zgodnej z Konstytucją należy do szerszej grupy wykładni systemowej. Dyrektywa ta spełnia zasadniczo rolę dyrektywy drugiego stopnia, a zatem pozwala na wybór tej hipotezy interpretacyjnej, za którą przemawia argumentacja leżąca u podłoża danej dyrektywy²¹. Celem skorzystania z dyrektywy wykładni zgodnej z Konstytucją jest wybór jednej z dwóch lub większej liczby hipotez interpretacyjnych²². Innymi słowy, można przyjąć, że dyrektywa taka służy wyborowi takiego znaczenia normy prawnej, które najpełniej odpowiada zasadom i wartościom wyrażonym w Konstytucji. Natomiast hipotezy interpretacyjne

¹⁵ Zob. S. Babiarz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, *Ordynacja podatkowa – komentarz*, Warszawa 2011, s. 423.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 198.

¹⁹ Zob. L. Etel, (w:) C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, S. Presnarowicz, P. Pietrasz, *Ordynacja*, s. 454.

²⁰ Zob. B. Brzeziński, (w:) L. Etel (red.), *System prawa finansowego*, t. III, Warszawa 2010, s. 448.

²¹ Zob. B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008, s. 101.

²² *Ibidem*.

muszą wynikać z uprzednio dokonanej wykładni językowej (pierwszego stopnia). Jak wyżej wspomniano, dyrektywa wykładni zgodnej z Konstytucją jest bowiem w tym przypadku dyrektywą wyboru między otrzymanymi dwiema lub większą liczbą hipotez interpretacyjnych wynikających z wykładni językowej. Skoro zatem NSA uznał, że w wypadku nadpłaty istnieje luka prawna, nie mógł otrzymać co najmniej dwóch hipotez interpretacyjnych, których kolizja mogłaby zostać usunięta w drodze zastosowania dyrektywy prokonstytucyjnej.

Na marginesie powyższych rozważań dziwić musi lakoniczne stwierdzenie składu orzekającego o luce w prawie w przypadku art. 72 O.p. Jeżeli bowiem NSA korzysta z dyrektywy wykładni zgodnej z Konstytucją, to stwierdzając istnienie luki, powinien skorzystać z dyrektywy wykładni eliminującej ją. Ponownie należy odnieść się w tym przypadku do doktryny prawa podatkowego, która wskazuje takie odczytywanie przepisów prawa, aby nie ujawniały się luki czy też sprzeczności w prawie²³. Nawet gdyby interpretator uznał istnienie takich luk, zobowiązany jest podjąć działania zmierzające do ich wyeliminowania dostępnymi środkami²⁴. W uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego takich zabiegów brak. Wydaje się również, że nieuzasadnione byłoby w tym wypadku stosowanie analogii – co do zasady dopuszczalnej przy wykładni prawa²⁵. Analogia z ustawy lub z prawa służy co do zasady eliminacji luk. Jak już wyżej wspomniano, trudno mówić, że rozwiązanie nieuwzględniające ponoszenia ciężaru daniny przy nadpłacie było przeoczeniem ustawodawcy. Stosowanie analogii byłoby zatem modyfikacją woli ustawodawcy.

Niewątpliwie kwestia wykładni prokonstytucyjnej nie jest oczywista i jednoznaczna. Wymaga ona uwzględnienia regulacji ustawowych przy możliwie najpełniejszym poszanowaniu zasad i wartości konstytucyjnych. Trudno jednak mówić o wykładni tekstu ustawy, gdy nie jest on brany pod uwagę, a rozstrzygnięcie oparte jest wyłącznie na normach konstytucyjnych. Warto w tym miejscu zaznaczyć istotę zasady bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych. Jak wynika bowiem z orzecznictwa, art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej należy interpretować w ten sposób, że rozstrzygnięcie sprawy przez sąd na podstawie normy konstytucyjnej „może mieć miejsce tylko wtedy, gdy norma konstytucyjna jest skonkretyzowana w stopniu pozwalającym na samoistne jej zastosowanie”, przy czym zdaniem Sądu Najwyższego zarówno norma konstytucyjna, jak i ustawowa powinny posiadać ten sam stopień konkretyzacji (tzw. symetria treściowa)²⁶. Nietrudno zauważyć, że żaden przepis Konstytucji RP (w szczególności art. 84 i 217 regulujące podstawy nakładania danin publicznych) nie odnosi się choćby ogólnie do kwestii nadpłaty w prawie podatkowym. W związku z tym Naczelny Sąd Administracyjny nie był uprawniony w tym zakresie do pominięcia regulacji ustawowej, która nie odnosi się do kwestii konieczności poniesienia ciężaru ekonomicznego przy zwrocie nadpłaty.

Nawet najbardziej uzasadnione aksjologicznie wnioski prawnicze nie powinny odrywać się od przepisów ustawy. Jeżeli zaś zdaniem sądu przyjęte przez ustawodawcę

²³ *Ibidem*, s. 102.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, s. 130.

²⁶ Zob. wyrok SN z 8 stycznia 2009 r., sygn. akt I CSK 482/08 oraz wyrok TK z 8 grudnia 1999 r., sygn. akt SK 19/99.

założenia są nie do pogodzenia z wartościami konstytucyjnymi przyjętymi przez ustrojodawcę, powinien on skierować pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją.

Konkludując, należy stwierdzić, że uchwała Izby Gospodarczej NSA z pewnością będzie wpływać w najbliższym czasie na rozstrzygnięcia zarówno organów podatkowych, jak i sądów administracyjnych w podobnych sprawach. Wydaje się jednak, że uwagi poczynione w uzasadnieniu przez skład orzekający, odnoszące się do wykładni pojęcia nadpłaty, nie powinny przesądzać o zmianie dotychczasowej linii orzeczniczej w tym zakresie. Stwierdzenie przez Naczelny Sąd Administracyjny, że konieczną przesłanką zwrotu nadpłaconego podatku jest poniesienie przez podatnika ciężaru ekonomicznego daniny, należy uznać za odosobnione i bezzasadne. Podatnicy znajdujący się w podobnej sytuacji powinni wskazywać na specyfikę stanu faktycznego, który był podstawą podjęcia uchwały.

Odnosząc się do postępowania w przedmiocie podjęcia uchwał konkretnych, należy zauważyć, że kwestia ta nie jest obecnie uregulowana w stopniu dostatecznym. Do czasu niezbędnych zmian legislacyjnych wskazana byłaby odpowiednia praktyka Naczelnego Sądu Administracyjnego. Jak wyżej wskazano, takiej jednak brakuje, co wprowadza dodatkowe nieporozumienia i wpływa na jednolitość orzecznictwa, czego dobitnym przykładem było złożenie wielu zdań odrębnych do uchwały.

CZYNNOŚCI ADWOKATA W ELEKTRONICZNYM POSTĘPOWANIU UPOMINAWCZYM

WPROWADZENIE

Elektroniczne postępowanie upominawcze (dalej: e.p.u.) zostało wprowadzone do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹. Regulacja nowelizująca procedurę cywilną poprzez dodanie art. 505²⁸–505³⁷ oraz zmianę kilkunastu innych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego² weszła w życie z dniem 1 stycznia 2010 r. Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego elektronicznego postępowania upominawczego stanowi jedną z wielu zmian prawa procesowego zmierzających w kierunku coraz szerszej cyfryzacji wymiaru sprawiedliwości³. Elektroniczne postępowanie upominawcze jest postępowaniem odrębnym, do którego na podstawie art. 505²⁸ k.p.c. stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu upominawczym (497¹–505 k.p.c.), natomiast na mocy art. 505²⁹ k.p.c. przepisy o pozostałych postępowaniach odrębnych nie znajdują w nim zastosowania. Sądem właściwym dla rozpoznawania spraw w elektronicznym postępowaniu upominawczym jest Sąd Rejonowy dla Lublina-Zachód w Lublinie VI Wydział Cywilny, utworzony rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 14 grudnia 2010 r.⁴, wydanym na mocy art. 20 pkt 9 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵. Przepis ten umożliwia Ministrowi Sprawiedliwości, po konsultacji z Krajową

¹ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 26, poz. 156).

² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.), dalej jako k.p.c.

³ Najnowszym projektem jest system rejestrowania rozpraw za pomocą środków technicznego utrwalania audio-wideo, testowany obecnie w Wydziale I Cywilnym Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Na temat programu pilotażowego m.in. Rafał Sulkowski, http://www.wroclaw.sa.gov.pl/pl/druk/nowosci/aktualnosci/rozprawa_audio_video

⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 grudnia 2010 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustalenia sądu rejonowego, któremu przekazuje się rozpoznawanie spraw w elektronicznym postępowaniu upominawczym należących do właściwości innych sądów rejonowych (Dz.U. nr 245, poz. 1646).

⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 98, poz. 1070).

Radą Sądownictwa, przekazanie jednemu sądowi rejonowemu rozpoznawania spraw w elektronicznym postępowaniu upominawczym należących do właściwości innych sądów rejonowych. Sąd ten rozpoczął swą działalność w dniu 1 stycznia 2011 r.⁶

WSTĘPNE ZASADY KORZYSTANIA Z PLATFORMY E-SĄDU

Procedura stosowana w elektronicznym postępowaniu upominawczym w znaczący sposób odbiega od adwokackiej praktyki dnia codziennego, tj. praktyki pisma procesowego i oratorskich wystąpień na salach sądowych. Największą różnicą *prima facie* jest znaczne zautomatyzowanie relacji zachodzącej pomiędzy sądem a przynajmniej jedną ze stron postępowania. Obowiązek dokonywania przez powoda czynności procesowych w formie elektronicznej wynika *a contrario* z regulacji art. 505³¹ k.p.c., wedle którego wniesienie przez stronę powodową pism procesowych w innej formie nie wywołuje skutków prawnych, które ustawa wiąże z wniesieniem pisma do sądu. W celu wszczęcia postępowania, jak również dalszego jego prowadzenia, powód powinien założyć konto w systemie teleinformatycznym obsługującym elektroniczne postępowanie upominawcze. Procedurę zakładania konta oraz wnoszenia pism regulują stosowne akty wykonawcze⁷. Digitalizację samej judykatury w e.p.u. wprowadza art. 505³⁰ k.p.c., na podstawie którego czynności dokonywane w e.p.u. przez sąd, referendarza sądowego i przewodniczącego utrwalane są wyłącznie w systemie teleinformatycznym, a wytworzone w ich wyniku dane są opatrywane podpisem elektronicznym⁸.

W związku z rosnącą popularnością elektronicznego postępowania coraz większą rolę dla wykonywania zawodu adwokata zaczyna odgrywać możliwość założenia konta użytkownika o profilu zawodowego pełnomocnika. W tym celu na głównej stronie platformy e-sądu⁹ należy wybrać zakładkę „załóż konto” i spośród dostępnych w niej opcji zaznaczyć „profil podstawowy”. Po wypełnieniu danych identyfikacyjnych i wyborze opcji „profil pełnomocnika zawodowego” pełnomocnik ów powinien oznaczyć swą przynależność zawodową oraz numer wpisu na listę swojej korporacji. Następnie, zgodnie z regulacją art. 37b ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze¹⁰, należy wystąpić o udzielenie danych do składania podpisu elektronicznego, bądź też poinformować e-sąd o chęci korzystania, na potrzeby elektronicznego postępowania upominawczego, z bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego za pomocą waż-

⁶ Przez okres 2010 r. sądem właściwym do rozpoznawania e-spraw był na mocy zmienionego rozporządzenia Sąd Rejonowy w Lublinie (Dz.U. z 2009 r. nr 220, poz. 1728).

⁷ Są to odpowiednio: rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 grudnia 2009 r. w sprawie trybu zakładania konta oraz sposobu posługiwania się podpisem elektronicznym w postępowaniu upominawczym (Dz.U. nr 226, poz. 1830), dalej jako rozporządzenie MS w sprawie sposobu zakładania konta; rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 grudnia 2009 r. w sprawie sposobu wnoszenia pism procesowych drogą elektroniczną w elektronicznym postępowaniu upominawczym (Dz.U. nr 226, poz. 1832), dalej: rozporządzenie MS w sprawie sposobu wnoszenia pism procesowych.

⁸ W rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, dalej u.p.e. (Dz.U. nr 130 poz. 1450).

⁹ <https://www.e-sad.gov.pl>

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2009 r. nr 146, poz. 1188 z późn. zm.

nego kwalifikowanego certyfikatu¹¹. Pisemny wniosek składany jest za pośrednictwem właściwej rady adwokackiej do VI Wydziału Cywilnego Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie. Zgodnie z art. 37b Prawa o adwokaturze okręgowe rady zobowiązane są do przesłania wniosków (jak i zawiadomień) w terminie 14 dni od daty ich złożenia, jednakże uchybienie temu terminowi nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych¹². Redakcja omawianego artykułu wskazuje, że radami właściwymi do pośredniczenia w złożeniu wniosku będą każdorazowo rady adwokackie właściwe dla miejsca wpisu konkretnego adwokata, a nie rada działająca na obszarze, gdzie siedzibę ma e-sąd¹³. Założenie konta w praktyce sprawia, że adwokat co do zasady już nigdy nie będzie musiał zwracać się o jakiegokolwiek pośrednictwo w uzyskaniu dostępu do e-sądu¹⁴. Jak już wspomniano, do skutecznego wytoczenia powództwa, jak i składania dalszych pism procesowych w e.p.u., niezbędne jest skorzystanie z pośrednictwa platformy e-sądu. Wymóg ten nie wiąże pozwanego, który w kwestii wniesienia ewentualnego sprzeciwu posiada wybór pomiędzy tradycyjną formą pisemną a formą elektroniczną. W drugiej sytuacji także i on musi posiadać konto na portalu obsługującym e.p.u., a złożenie sprzeciwu w formie elektronicznej przesądzi o włączeniu całego postępowania w ramy e.p.u. W takiej sytuacji późniejsze wniesienie pisma procesowego w formie tradycyjnej nie wywoła skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem pisma do sądu (art. 505³¹ § 1–2 k.p.c.). Powyższe dotyczy także pełnomocnika, który przejął prowadzenie sprawy po uprzednim wniesieniu przez pozwanego elektronicznego sprzeciwu. Należy w tym miejscu wszakże pamiętać, że adwokat ma obowiązek korzystania z własnego konta dostępu i podpisu, a posłużenie się cudzym certyfikatem, niezależnie od istnienia bądź nieistnienia zgody zainteresowanego, stanowi przestępstwo z art. 47 u.p.e, zagrożone karą grzywny lub pozbawienia wolności do lat 3. To samo należy odnieść do sytuacji, gdy elektroniczny podpis składa aplikant adwokacki, nieuprawniony do założenia własnego konta zawodowego pełnomocnika, a co za tym idzie – do osobistego podpisywania wnoszonego pozwu.

RÓŻNICE POMIĘDZY E.P.U. A ZWYKŁYM POSTĘPOWANIEM UPOMINAWCZYM

Odpowiednie stosowanie w e.p.u. przepisów o postępowaniu upominawczym ograniczone jest odrębnościami wynikającymi z Rozdziału 1 Działu VIII k.p.c. (art. 505²⁸ k.p.c. *in fine*). Kilka spośród nich ma niezmiernie istotne znaczenie dla praktyki zawodowej adwokata korzystającego z e-sądu. Pierwszą z nich jest brak obowiązku załączania pełnomocnictwa. Elektroniczne postępowanie upominawcze nie przewiduje składania wraz z pozwem (jak i z elektronicznym sprzeciwem od nakazu zapłaty) umocowania do działania w imieniu strony. Konieczne i wystarczające jest przywołanie treści pełnoc-

¹¹ W ujęciu art. 3 u.p.e.

¹² J. Gołaczyński, Ł. Goździaszek, (w:) J. Gołaczyński (red.), *Elektroniczne postępowanie upominawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 261 i n.

¹³ Okręgowa rada adwokacka będzie zatem właściwa dla składania wniosków jedynie przez adwokatów wykonujących zawód na podstawie wpisu na listę adwokacką przez nią prowadzoną.

¹⁴ J. Gołaczyński, Ł. Goździaszek, (w:) J. Gołaczyński (red.), *Elektroniczne*, s. 260.

nictwa stanowiącego podstawę do wystąpienia profesjonalnego zastępcy w sprawie. Okoliczność ta oczywiście nie zwalnia adwokata z obowiązku uzyskania umocowania dla dokonywanych przez siebie czynności w danym postępowaniu, natomiast pociąga za sobą uniknięcie obowiązku fiskalnego z art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy o opłacie skarbowej¹⁵. Opłacie tej podlegają bowiem dokumenty stwierdzające fakt udzielenia pełnomocnictwa, składane w postępowaniu sądowym, natomiast w e.p.u. następuje tylko i wyłącznie ich przywołanie i stosowne opisanie, a nie złożenie do akt sprawy¹⁶.

Właściwość sądu w elektronicznym postępowaniu upominawczym cechują pewne odrębności w stosunku do właściwości przewidzianej dla zwykłego postępowania upominawczego. Istotnym *novum* jest tu możliwość dochodzenia roszczeń pieniężnych nie tylko niezależnie od wartości przedmiotu sporu¹⁷, lecz także w oderwaniu od miejsca zamieszkania pozwanego (art. 498 § 1 oraz art. 16 w zw. z art. 17 § 4 k.p.c.). Powód może wytoczyć powództwo przed e-sądem niezależnie od faktu zawarcia przez strony umowy prorogacyjnej (art. 46 § 1 k.p.c.). Oczywiście pozwany nie jest pozbawiony możliwości podnoszenia zarzutu zawarcia umowy poddającej rozstrzygnięcie sporu uprzednio wybranemu sądowi, jednakże jego skuteczne zgłoszenie zależne jest od uprzednio złożonego sprzeciwu i przekazania sprawy do rozpoznania poza sądem elektronicznym¹⁸. Wytaczający powództwo może doprowadzić do przekazania sprawy sądowi właściwemu w sprawie na podstawie właściwości przemiennej czy też umowy prorogacyjnej. Do przekazania sprawy dochodzi w razie uznania braku podstaw do wydania nakazu zapłaty (art. 505³³ § 1 w zw. z 505²⁸ k.p.c.), w wypadku gdy zachodzi konieczność uchylecia nakazu zapłaty (art. 502¹ § 1 w zw. z 505³³ § 1 k.p.c.) oraz w wypadku skutecznego wniesienia sprzeciwu przez stronę pozwaną (art. 505³⁶ § 1 k.p.c.). Niewskazanie przez powoda właściwego sądu sprawi, że system obsługujący e-postępowanie automatycznie, na podstawie uprzednio wprowadzonego adresu pozwanego, zaszereguje sprawę jako właściwą do ewentualnego przekazania wedle właściwości ogólnej (w rozumieniu przepisów art. 27–30 k.p.c.).

Odnosząc się do przesłanek uzasadniających niewydanie przez e-sąd nakazu zapłaty i przekazanie sprawy sądowi właściwemu, należy wskazać, że w praktyce najczęstszą podstawą będzie tu „oczywista bezzasadność” roszczenia (art. 499 § 1 pkt 1 k.p.c.). O tym, czy zaistniała opisana przesłanka, decydować ma przede wszystkim zapoznanie się podmiotu orzekającego (w wypadku e.p.u. sędziego lub referendarza sądowego, art. 505³⁰ § 1 k.p.c.) *prima facie* z żądaniem pozwu i twierdzeniami w nim wywodzonymi. Jeśli ich podstawa będzie sprzeczna z zasadniczymi i niepodlegającymi jakiegokolwiek wykładni przepisami prawa materialnego lub gdy żądania i twierdzenia w ogóle będą pozbawione takowej podstawy, nakaz zapłaty nie zostanie wydany. To samo dotyczy sytuacji, gdy okoliczności faktyczne przytoczone w powództwie są oczywiście nierealne, sprzeczne z faktami powszechnie znanymi¹⁹.

¹⁵ Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. nr 225, poz. 1635 z późn. zm.).

¹⁶ Podobnie K. Franczak, *Elektroniczne postępowanie upominawcze – zalety i wady dla stron postępowania*, PPH 2011, nr 7, s. 53.

¹⁷ Jednakże algorytm platformy e-sądu ogranicza wartość poszczególnych roszczeń do wysokości 100 000 000 zł.

¹⁸ M. Tchórzewski, P. Telenga, *Elektroniczne postępowanie upominawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 17–18.

¹⁹ *Ibidem*, s. 46.

Przepisy regulujące e.p.u. nie nakładają obowiązku dołączania do pozwu jakichkolwiek załączników (art. 505³² k.p.c.). O zasadności wydania nakazu zapłaty bądź o jej braku rozstrzyga się na podstawie uzasadnienia powództwa oraz opisu dowodów, na których je oparto. Powód opisuje dokumenty poprzez wskazanie ich rodzaju (umowa, faktura, akt notarialny, inny), daty wystawienia, faktu, jaką okoliczność stwierdzają, oraz poprzez ich krótkie uzasadnienie. Brak wymogu załączania dowodów w znaczny sposób ułatwia pracę pełnomocnika procesowego, który – szczególnie przy współuczestnictwie biernym, nie musi sporządzać licznych odpisów pozwu czy też dokumentów, jak i potwierdzać zgodności ich treści z oryginałami. Dalej idące udogodnienia wprowadza art. 479^{1a} w zw. z art. 505²⁹ k.p.c., na mocy którego w e.p.u. nie stosuje się przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych, w tym także dotyczących prekluzji dowodowej. Rygory przewidziane w art. 479¹–492²² k.p.c. wiążą stronę powodową dopiero po przekazaniu sprawy do rozstrzygnięcia przez sąd właściwości ogólnej i po wezwaniu do uzupełnienia pozwu w sposób właściwy dla postępowania w sprawach gospodarczych²⁰.

Z technicznego punktu widzenia czynność sporządzania pozwu w elektronicznym postępowaniu upominawczym w pewnym sensie przyrównać można do wypełnienia urzędowych formularzy. Podobnie jak w nich, mamy do czynienia z systemem powiązanych ze sobą rubryk, których odpowiednie wypełnienie sprawi, że pismo będzie mogło otrzymać swój bieg. Część z nich jest objęta algorytmem wykrywającym ewentualne braki i omyłki (wpisanie niespotykanego układu cyfr w numerze PESEL powoda, omiśnięcie obowiązkowej rubryki itp.), co sprawia, że odrzucenie pozwu z uwagi na braki formalne następuje zdecydowanie rzadziej niż przy zastosowaniu zwykłej formy pisemnej. Co więcej, w e.p.u. nigdy nie dojdzie do zwrotu nieopłaconego pisma na podstawie art. 130² k.p.c., czy też z uwagi na brak podpisu. Pismo, które nie zostało opatrzone podpisem elektronicznym czy też opłacone, w ogóle nie może zostać przesłane do sądu – będzie oczekiwać w profilu użytkownika na dokonanie stosownych czynności. Jest to na tyle ważne, że do momentu wykonania wymaganych czynności pismo jedynie widnieje w systemie, lecz nie jest skutecznie złożone do sądu. Dopiero wniesienie stosownej opłaty sprawia, że pismo staje się gotowe do wywołania skutków prawnych (*argumentum a contrario* do art. 130 § 6 k.p.c.). Powód nie ma obowiązku załączania dowodu jej uiszczenia, a system automatycznie odnotowuje jej uiszczenie. W praktyce, korzystając z przekierowania do płatności elektronicznych, należy wykazać się czujnością, gdyż platforma e-sądu w razie przerwania sesji wnoszenia opłaty potraktuje ją jako opłatę oczekującą na zaksięgowanie i przez kilka dni będzie bezskutecznie odpytywać *providera* bankowości elektronicznej, czy została ona skutecznie wniesiona. Niedokonany przelew zostanie ostatecznie zweryfikowany negatywnie, cała zaś sytuacja niesie za sobą ryzyko uchybienia terminowi przedawnienia, w szczególności gdy roszczenie znajduje się na granicy jego upływu, co w dalszym toku postępowania może mieć negatywny wpływ dla powoda, jak i jego pełnomocnika, narażającego się na zarzut nienależytego prowadzenia sprawy.

W elektronicznym postępowaniu upominawczym opłatę uiszcza się jedynie od pozwu, przeciw nie jest nią obciążony. Opłata od pozwu wynosi 1/4 opłaty podstawowej uiszczanej

²⁰ K. Franczak, *Elektroniczne*, s. 51.

w sprawach cywilnych, tj. odpowiada 1,25% wartości przedmiotu sporu²¹. Nawet po naliczeniu dodatkowej, obligatoryjnej opłaty manipulacyjnej dla operatora systemu e-sądu²² jest to druga najniższa opłata stosunkowa uiszczana w polskich sądach²³. Dla niezamożnego klienta odgrywać to może niebagatelną rolę, gdyż w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe zwolnienie powoda od uiszczania kosztów sądowych w postępowaniu przed sądem elektronicznym (art. 104a ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych)²⁴. Opłacenie pozwu w zdecydowanej większości przypadków stanowi ostatnią czynność powoda, zmierzającą bezpośrednio do wydania przez e-sąd nakazu zapłaty. W razie wydania postanowienia jest ono zaskarżalne (zażaleniem bądź skargą na czynności referendarza sądowego) także w formie elektronicznej. Tę samą postać przybiera wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego, przesyłany wraz z elektronicznym nakazem zapłaty na konto e-portalu wybranego komornika.

PODSUMOWANIE

Elektroniczne postępowanie upominawcze w założeniu ma być instytucją usprawniającą pracę sądów oraz ułatwiającą i upowszechniającą dostęp do nich. Usprawnienia wprowadzone e.p.u. mogą się okazać pomocne także dla profesjonalnego pełnomocnika prawnego. W znaczny sposób ułatwiają i przyspieszają wytaczanie powództw w sprawach kwalifikujących się do rozpoznawania w postępowaniu upominawczym. Elektroniczne postępowanie upominawcze modyfikuje i łagodzi wymogi formalne w zakresie pełnomocnictwa, wniosków dowodowych, opłat czy też prekluzji procesowej. Przy prowadzeniu licznych spraw w sądzie elektronicznym, z uwagi na brak konieczności drukowania, kserowania, poświadczania zgodności załączników z oryginałami, fizycznego wysyłania czy też dostarczenia pisma do sądu, profesjonalny pełnomocnik obniża koszty własne prowadzonej praktyki.

W ciągu dwóch lat swego funkcjonowania e.p.u. osiągnęło znaczną popularność, co niestety wpływa negatywnie na jego szybkość. Niemniej jednak pozostaje ono atrakcyjnym narzędziem wykonywania praktyki adwokackiej, szczególnie w obliczu postępującej digitalizacji wymiaru sprawiedliwości.

²¹ Art. 19 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 90, poz. 594 z późn. zm.).

²² Dodatkowe 1,8–2,5% od wyliczonej opłaty sądowej; https://www.e-sad.gov.pl/Subpage.aspx?page_id=15

²³ Niższa opłata uiszczana jest w postępowaniu nakazowym, nie dolicza się do niej dodatkowych opłat.

²⁴ Podobnie K. Franczak, *Elektroniczne*, s. 53.

III Forum Prawa Spółek, Łódź, 17 maja 2013 r.

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego będzie gospodarzem III Forum Prawa Spółek, które dedykowane będzie zmarłemu w 2002 r. prof. Adamowi Szpunarowi w stulecie urodzin.

Konferencja rozpocznie się od złożenia kwiatów na grobie Profesora Adama Szpunara w Alei Zasłużonych cmentarza na Dołach w Łodzi, po czym nastąpi otwarcie wystawy pt. „Dorobek naukowy, dydaktyczny i organizacyjny Profesora Adama Szpunara (1913–2002)” – w holu głównym Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego przy ul. Kopcińskiego 8/12.

Zaplanowano, że otwarcia konferencji w Auli Czerwonej WPiA UŁ dokona o godz. 10.15 prof. dr hab. Wojciech J. Katner, po czym prof. dr hab. Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska wspomni o Profesorze Adamie Szpunarze, a w imieniu gospodarza przemówi JM Rektor UŁ prof. dr hab. Włodzimierz Nykiel oraz dziekan WPiA UŁ dr hab. prof. UŁ Agnieszka Liszewska. Po wystąpieniach patronów honorowych oraz gości przedstawione zostaną cztery referaty: *Polskie i międzynarodowe prawo zobowiązań z perspektywy działalności naukowej Profesora Adama Szpunara* – prof. dr hab. Maksymilian Pazdan (UŚ, członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego); *Wpływ poglądów Profesora Adama Szpunara na orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych* – prof. dr hab. Tadeusz Erciński (UW, Prezes SN, Przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego); *Wybrane problemy z zakresu prawa na dobrach niematerialnych* – prof. dr hab. Stanisław Sołtysiński (UAM, Przewodniczący Zespołu Prawa Spółek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego) oraz *Prawo papierów wartościowych, aspekty prawne odnoszące się do spółek handlowych* – prof. dr hab. Wojciech Pyziół (UJ).

W drugiej części Forum przewidziana została dyskusja, którą moderować będą oraz podsumują prof. Wojciech J. Katner oraz prof. Małgorzata Pyziak-Szafnicka.

Patronat nad III Forum Spółek objęła NRA oraz Ośrodek Badawczy Adwokatury im. adw. Witolda Bayera.

Red.

Trekking na Kilimandżaro

W dniach 2–15 października 2012 r. odbyła się adwokacka wyprawa na Dach Afryki – górę Kilimandżaro w Tanzanii (5895 m n.p.m.). W wyprawie zorganizowanej przez Komisję Sportu Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie przy wsparciu Komisji Integracji Środowiskowej, Sportu, Turystyki i Wypoczynku Naczelnej Rady Adwokackiej udział wzięło 7 osób.

Po ponad pięciu dniach wyczerpującego podejścia, o świcie 9 października 2012 r., uczestnicy zdobyli szczyt Kilimandżaro (Uhuru Peak). Po zejściu ze szczytu zdobywcy wzięli udział w czterodniowym safari po najpiękniejszych parkach narodowych Tanzanii (Tarangire, Ngorongoro, Serengeti).

W planach są już kolejne ciekawe wyprawy, do uczestnictwa w których serdecznie zapraszamy.

Szczególne podziękowania organizatorzy składają panu Wojciechowi Grzesiokowi za pomoc, doskonałe poprowadzenie wyprawy oraz załączone zdjęcia.



Paweł Rybiński
Przewodniczący Komisji Sportu ORA w Warszawie

Stanisław Radowicki

TABLE OF CONTENTS

<i>Andrzej Herbert</i> , Ph.D. habilitated, professor of Catholic University of Lublin (Lublin) On the admissibility of granting of commercial proxy by a company in formation	9
<i>Agnieszka Malarewicz-Jakubów</i> , advocate, Ph.D. habilitated, professor of University of Białystok (Białystok) Legal aspects of information and control in capital companies	20
<i>Monika Wójciuk</i> , advocate's trainee (Gdańsk) Extralegal grounds for journalistic liability	27
<i>Paulina Walorska</i> , advocate's trainee (Wrocław) Doubts concerning the interpretation of non-competition agreement after termination of an employment relationship	34
<i>Wojciech Białogłowski</i> , Office of Constitutional Tribunal, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Warszawa), <i>Jacek Matarewicz</i> , tax advisor, advocate's trainee (Warszawa) A compulsory mortgage – critical remarks on compliance of art. 70 par. 8 with The Constitution of Republic of Poland	44
<i>Szymon Pawelec</i> , advocate, Ph.D., University of Warsaw (Warszawa) Accessibility of cassation for parties to penal proceedings – dilemma of the accepted compromise from a time perspective	55
<i>Iwona Gierula</i> , advocate, candidate for doctor's degree of University of Warsaw (Warszawa) The lawful excuse of action within the special rights and duties (part 2)	69
<i>Dariusz Stachurski</i> , Ph.D., judge of district court (Kraków) The amassing of private evidence in criminal proceeding according to Polish constitution	78
<i>Piotr Pośnik</i> , advocate's trainee (Warszawa), <i>Radosław Pośnik</i> , advocate (Warszawa) Debtor's Crime – Limits of Penalization and Subject of the Crime	92
<i>Maciej Siwicki</i> , LL.M, Ph.D., senior lecturer of Nicolaus Copernicus University (Toruń–Bydgoszcz) General principles of cybercrime jurisdiction in Polish criminal Law in the light of international normative standards	101
<i>Marek Chrabkowski</i> , Ph.D., University of Business and Administration (Gdynia) The lawfulness of planting home bugging devices	109
POLEMICS	
<i>Ariel Falkiewicz</i> , advocate's trainee (Warszawa) A couple of remarks on the European arrest warrant – polemical remarks in connection with the article by Jakub Żurek	118
IMPORTANT FOR THE PRACTICE	
<i>Leszek Wilk</i> , Ph.D. habilitated, professor of University of Silesia (Katowice) The notion of "dishonesty" with regard to documents in the criminal law	128
<i>Waldemar Gontarski</i> , Ph.D. dean of ESLA in London (London) Safe harbours of financial instruments manipulation (part 1)	135
POINTS OF VIEW	
<i>Mieczysław Szaciński</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa) The authors and recipients of cultural goods in our times. Legal aspects	145
<i>Łukasz Panasiuk</i> , advocate (Świdnik) European proceedings by writ of payment – practical issues	148

PRACTICAL LEGAL ISSUES	
<i>Karol Weitz</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Warsaw University, member of Supreme Court Research and Analyses Office (Warszawa)	
The costs of travel to the court of a proxy who is a lawyer as a component of the costs necessary for the purposeful vindication of rights and the purposeful defence	155
<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 1)	162
GLOSSES	
<i>Przemysław Cychosz</i> , candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków)	
Gloss to the resolution of Supreme Court of 20 th June, 2012, I KZP 5/12	169
<i>Bartosz Pawlak</i> , legal adviser's trainee, candidate for doctor's degree of University of Warmia and Mazury (Olsztyn)	
Gloss to the sentence of National Chamber of Appeal of 15 th July 2010, KIO/UZP 1387/10	180
<i>Maciej Rzewuski</i> , judge of district court, Ph.D., senior lecturer, University of Warmia and Mazury (Olsztyn–Lidzbark Warmiński)	
Gloss to the decision of Supreme Court of 26 th January 2012, III CSK 147/11	187
THE BAR ABROAD	
<i>Marcin Łolik</i> , candidate for doctor's degree of Warsaw University (Warszawa),	
The constitutional aspects of the contract law based on the example of some selected European legal systems (part 1)	191
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 .	199
<i>Anna Zofia Krawiec</i> , Ph.D., assistant judge of Supreme Court (Warszawa)	
Review of jurisdiction of Criminal Chamber of Supreme Court in cases concerning an aggrieved minor in the period 2004–2012	205
<i>Zbigniew Szonert</i> , Ph.D., retired judge of NSA (Supreme Administrative Court) (Warszawa)	
Review of Supreme Administrative Court's jurisdiction	212
<i>Marek Antoni Nowicki</i> , advocate, lecturer of Collegium Civitas (Warszawa)	
European Court of Human Rights — review of jurisdiction (October–December, 2012)	219
LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS	
<i>Ewa Stawicka</i> , advocate (Warszawa)	
Is the court, within the compensation proceedings carried out under the provision of art. 160 of the code of administrative procedure, capable of making an independent assessment of the proper circle of the parties concerned in the administrative proceedings affected by a defect described in art. 156 § 1 of the code of administrative procedure subsequently found in the supervisory procedure?	221
QUESTION ABOUT DEFENCE	
<i>Antoni Bojańczyk</i> , advocate, Ph.D., senior lecturer of Cardinal Stefan Wyszyński University (Warszawa)	

What procedural consequences may arise if the principal does not accept the substitute counsel for the defence?	224
ROAD ACCIDENTS	
<i>Wojciech Kotowski</i> (Warszawa)	
A counsel for the defence versus a proxy in the light of the expert opinion	229
WHAT SQUEAKS IN THE LEGISLATION	
<i>Marian Filar</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Nicolaus Copernicus University (Toruń)	
Darzbór	232
LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES	
<i>Andrzej Tomaszek</i> , advocate (Warszawa)	
Some advice in the times of the crisis	234
AFTER THE READING	
<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warszawa)	
Walery Sławek – as seen by the historical sources	238
LES MAXIMES ANCIENNES SONT L'ESPRIT DES SIÈCLES...	
<i>Witold Wołodkiewicz</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated (Warszawa)	
Gaius of Verona regained	242
TRIALS IN THE ARTISTIC WORLD	
<i>Marek Sołtysik</i> (Kraków)	
Trial for <i>Swamp</i> and for a swamp (part 1). An overcoat Goral <i>versus</i> a Samogitian in the Zakopane style	248
PROFILES OF PROMINENT LAWYERS	
<i>Piotr Sendeki</i> , advocate, dean of District Bar Council (Lublin)	
Prof. Zdzisław Papierkowski, advocate (1903–1980) – in his 110 th birth anniversary	256
REVIEWS AND NOTES	
Emil Plywaczewski (editor), <i>Przestępczość zorganizowana</i> (Organized crime)	
<i>Krzysztof Indekci</i> , Prof. Ph.D. habilitated, University of Łódź (Łódź)	262
SIMPOSIUMS, CONFERENCES	
Conference "Psychology and law. Theory and practice at the beginning of 21 st century", Kraków, 19 th –20 th October 2012	
<i>Ewa Radomska</i> (Kraków)	265
2 nd All-Polish Conference of Candidates for Doctor's Degree "Young researchers in search of the truth: The Man – their rights and responsibility", Lublin, 16 th –18 th November 2012	
<i>Robert K. Tabaszewski</i> , advocate's trainee (Lublin)	268
Conference of District Bar Council in Wrocław "The Bar and the present model of the court procedures", Wrocław, 7 th December 2012	
<i>Tomasz Razowski</i> , advocate, Ph.D. (Wrocław)	269
Reprivatization claims. "A brake of economy or an opportunity for development?", a debate, Warsaw, 8 th December 2012	
<i>Ryszard Siciński</i> , advocate (Warszawa)	271

Scientific conference “A code of obligations – the history and the present day”, Kraków, 11 th January 2013 <i>Jarosław Kola, Joanna Kruszyńska</i> , students of the Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University (Poznań)	272
Conference “The wronged party in criminal proceedings”, Warsaw, 12 th January 2013 <i>Małgorzata Grzesiak</i> (Warszawa), <i>Piotr Grudziński</i> , advocate’s trainee (Łódź), <i>Monika Zbrojewska</i> , advocate, Ph.D. (Łódź)	274
THE BAR CHRONICLE	
From the meetings of Polish Bar Council	277
Review of events: September 2012–February 2013 <i>Joanna Sędek</i> , Head of Press Office of Polish Bar Council (Warszawa)	279
Advocates’ Feast <i>Teresa Grzybkowska</i> , Prof. Ph.D. habilitated. The plenary meeting of Polish Bar Council	282
Access to the lawyer’s profession without changes – the sentence of Constitutional Tribunal	287
FROM THE LIFE OF THE LOCAL BARS	
THE BAR OF LUBLIN	
A new seat of the Bar of Lublin <i>Władysław Lutwak</i> (Warszawa)	290
THE BAR OF WROCLAW	
A Christmas Concert of Skaldowie <i>Barbara Józefowicz-Olczyk</i> , advocate (Wrocław)	291
A New Year’s Christmas Carol Concert, 30 th January 2013, Advocate’s Club in Wrocław <i>Maria Ślęzak</i> , advocate (Wrocław)	292
TRAINEE’S VOICE	
<i>Marta Piotrkowska</i> , advocate’s trainee (Szczecin) Shall the fees for the participation in the trainee contest exam, for the registration on the trainees’ list, the annual training fees, the membership contributions, the fees for the professional qualifying exam, for the registration on the list of advocates and legal advisers be deemed tax deductible expenses?	293
<i>Piotr Skalimowski</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree, University of Białystok (Białystok) Boundaries between the legal and constitutional interpretation and the direct application of the Constitution’s regulations – remarks on the background of the resolution of Chamber of Commerce of Supreme Administrative Court of 22 nd June 2011	299
<i>Jarosław Ciesielski</i> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of University of Wrocław (Wrocław) Advocate’s actions within the electronic writ-of-payment proceedings	309
VARIA	
3 rd Forum of the Companies Law, Łódź, 17 th May 2013	315
Trekking on Kilimanjaro <i>Paweł Rybiński</i> , advocate (Warszawa), <i>Stanisław Radowicki</i> , advocate’s trainee (Warszawa)	316

Informacje dla autorów

W „Palestrze” publikujemy artykuły naukowe, artykuły praktyczne, glosy, przeglądy orzecznictwa, recenzje, sprawozdania oraz teksty informacyjne. Czasopismo sprofilowane jest na szeroko ujęte prawo sądowe, czyli materialne i procesowe prawo cywilne (w tym prawo handlowe, prawo własności intelektualnej oraz prawo pracy) oraz materialne i procesowe prawo karne. Podejmowane są również zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, konstytucyjnego oraz międzynarodowego, a także historyczno-prawne, ale dotyczące szeroko ujętej adwokatury.

Z uwagi na liczebność nadsyłanych opracowań, ich różnorodność i niejednorodność wprowadzone zostały wymogi wobec przesyłanego materiału w zakresie objętości oraz sposobu prezentacji treści, w tym konstrukcji odsyłaczy. Artykuły naukowe nie powinny przekraczać 10 stron tekstu (1 strona = 1800 znaków). Objętość glos to 5–8 stron, recenzji 2–5 stron, a sprawozdań i tekstów informacyjnych 1–3 stron.

Teksty prosimy przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl, ewentualnie tradycyjną drogą pocztową (ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa) z wydrukiem oraz edytowalną wersją elektroniczną na płycie CD lub DVD. Do artykułów (z pominięciem glos, recenzji, sprawozdań i tekstów informacyjnych) należy dodać tytuł w języku angielskim, streszczenie w językach angielskim i polskim (do 600 znaków), pojęcia kluczowe (również w językach angielskim i polskim). Wszystkie teksty należy zaopatrzyć w krótką informację o autorze/autorach (status zawodowy i naukowy, dane adresowe, numer telefonu) oraz oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony innej redakcji.

Prosimy o jednolite wstawianie przypisów na dole strony, według następujących zasad. Książkę cytujemy wg wzorca: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, Warszawa, C.H. Beck 2009, s. 112. Gdy książka posiada wielu autorów, a jest pod redakcją jednego, wskazujemy cytowanego autora oraz stronę w redagowanej książce według wzorca: E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, (w:) Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13 – *Prawo autorskie*, red. J. Barta, wyd. 2, Warszawa, C.H. Beck 2007, s. 239. Artykuł w czasopiśmie proszę powoływać w sposób następujący: pierwsza litera imienia, nazwisko, tytuł kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie lub jego skrót (np. KKP, PiP, PPIA), rok wydawniczy, numer zeszytu oraz strony – wszystkie elementy oddzielone przecinkiem (np. M. Filar, *Pierwsze – nie mieszać*, „Palestra” 2012, nr 7–8, s. 215–216). W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji proszę wpisać pierwszą literę imienia, nazwisko, początek tytułu (kursywą) oraz strony (np. M. Filar, *Pierwsze*, s. 215). Gdy cytujemy tę samą pozycję, co w przypisie poprzednim proszę wpisać słowo „Tamże” oraz numer strony (Tamże, s. 216). W przypadku publikacji elektronicznych proszę podać – oprócz autora i tytułu – adres strony internetowej oraz – w nawiasie kwadratowym – datę dostępu. Dodatkowe informacje znajdują Państwo na naszej stronie internetowej (www.palestra.pl).

Wszystkie teksty przesyłane do redakcji poddane są recenzjom. W przypadku artykułów i glos są to recenzje wewnętrzna i zewnętrzna. Wynik recenzji wpływa na decyzję o skierowaniu tekstu do druku.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania, wynikających z opracowania redakcyjnego, zmian w tekstach przyjętych do druku. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Palestrze” jest tożsame z udzieleniem zgody na publikację w Internecie. Tekstów niezamówionych nie zwracamy.

W numerze między innymi:

LESZEK WILK

Pojęcie „nierzetelność” w odniesieniu do dokumentów w prawie karnym

DARIUSZ STACHURSKI

O dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym w świetle Konstytucji RP

MACIEJ SIWICKI

Podstawy określenia jurysdykcji cyberprzestępstw na gruncie polskiego ustawodawstwa karnego w świetle międzynarodowych standardów normatywnych

ANDRZEJ HERBET

W kwestii dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę kapitałową w organizacji

WALDEMAR GONTARSKI

Bezpieczne przystanie (*safe harbours*) manipulacji instrumentami finansowymi

MONIKA WÓJCIUK

Pozaprawne podstawy odpowiedzialności dziennikarskiej

PAULINA WALORSKA

Wątpliwości interpretacyjne wokół umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy
