



marzec–kwiecień

3–4/2012

# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---



## Zasady procesowe w Jeruzalem

Sędzia patrzy z góry, spod przymkniętych powiek,  
Nie obchodzą go konflikty podbitej ludności  
Ani jakieś Pismo.  
Ceni zasady procesowe,  
Prawo – jego mądrość i wieczność.  
A cóż ten arogancki obdartus poniżej jego tronu  
I jego sprawa.  
Sędzia może wszystko. Jest bogiem. Panem życia i śmierci.  
Ale nie chce się mieszać. Zaraz więc da znak zmarszczoną brwią  
I przyniosą mu misę z wodą.  
To tylko chwila  
Jak życie tego, który nie spuszcza z niego wzroku.  
Sędzia więc umywa ręce.  
A tamten jest skazany.  
Sędzia nie wie jeszcze, że oto stał się nieśmiertelny.  
Ofiarowano mu życie wieczne  
I przebaczenie. Lejcie mu wodę na dłońe.

Czy tak być musiało?

A gdyby  
*Wątpliwości rozstrzygać na korzyść oskarżonego,  
Postępowanie sądowe co najmniej dwuinstancyjne,  
Kary stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu,  
A w szczególności z poszanowaniem godności człowieka.*

I oto sędzia wyciera ręce: Nie widzę winy w tym człowieku.  
I mówi Jezus do sędziego: Nie zostaniesz rozgrzeszony.

TOMASZ SNARSKI  
*aplikant adwokacki*



marzec–kwiecień

3–4/2012

# 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 LVII nr 651–652

*Naszym Czytelniczkom i Czytelnikom  
życzymy radowania się Wielkanocą  
w pełnym zdrowiu  
i z wiosennymi nadziejami*



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor Naczelny:  
Czesław Jaworski

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

Redaktor techniczny:  
Hanna Bernaszuk

Projekt okładki:  
Krzysztof Ciesielski

Wiersz aplikanta adwokackiego  
Tomasza Snarskiego, zamieszczony  
na drugiej stronie okładki  
pochodzi z tomiku:  
Tomasz Snarski, *Przezpatrzienia*,  
Gdańsk: Wydawnictwo  
Uniwersytetu Gdańskiego 2012

Wydaje  
Naczelna Rada Adwokacka  
Warszawa

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

---

Wykonanie: Agencja Wydawnicza MakPrint  
www.makprint.pl

Ark. wyd.: 22,7. Papier: III Offset, 80 g  
Nakład: 12 650 egz.

---

ISSN 0031-0344  
indeks 36851

# S Spis treści

<i>Monika Strus-Wołos</i> , adwokat, dr, członek Prezydium NRA (Grójec–Warszawa) Zamknięte oczy dziecka .....	7
<i>Romuald Kmiecik</i> , prof. dr hab. UMCS (Lublin) Skazanie za granicą na karę dożywotniego pozbawienia wolności a procedura <i>exequatur</i> w Polsce .....	9
<i>Jan Widacki</i> , adw., prof. dr hab., K. A. im. A. Frycza-Modrzewskiego (Kraków) Próby weryfikowania prawdomówności w procesie karnym .....	13
<i>Olga Mazur</i> (Kraków) Niesłuszne skazania w Polsce w opinii prokuratorów i policjantów .....	19
<i>Paweł Michał Lech</i> , adwokat (Warszawa) Owoce zatrutego drzewa w procesie karnym. Dowody zdobyte nielegalnie ..	34
<i>Czesław Paweł Kłak</i> , dr, adiunkt URz (Rzeszów) Skarga na przewlekłość postępowania a rozwiązania przyjęte w wybranych krajach europejskich jako „środki odwoławcze” na nadmierną długość postę- powania – podobieństwa i różnice (cz. 1) .....	49
<i>Piotr Wiatrowski</i> , dr, Uniwersytet Ekonomiczny (Kraków) Typy kwalifikowane sprzedajności w Kodeksie karnym z 1997 r. ....	58
<i>Marian Liwo</i> , dr, adwokat (Rzeszów), <i>Edyta Nowosiadły-Krzywonos</i> , adwokat (Rzeszów) Mediacja zamiast sądu w prawie pracy .....	69
<i>Marcin Hemerling</i> , radca prawny, doktorant (Warszawa) Status prawny małżeńskiej wspólności ustawowej w małżeństwie bigamicznym i podział majątku wspólnego po jego ustaniu .....	80
<i>Piotr Rodziewicz</i> , doktorant UW, apl. radc. (Wrocław) Kilka uwag o skutku pozytywnym prawomocności materialnej wpisu do księgi wieczystej .....	92
<i>Paweł Czubik</i> , dr, adiunkt UJ (Kraków), <i>Ewa Kamarad</i> , doktorantka UJ (Kraków) Zagraniczna czynność o charakterze rozporządzenia częścią masy spadkowej (odrzućcia części spadku ze wskazaniem nabywającego) dokonana zgodnie z prawem obcym – <i>case study</i> .....	101
<i>Małgorzata Janiszewska-Michalska</i> , dr (Poznań) Rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych w sprawach właściwych organom nadzoru budowlanego .....	110

<b>Dominik Gajewski</b> , adwokat, dr (Warszawa–Lublin)	
Instrumenty przeciwdziałające zjawisku unikania opodatkowania – wybrane zagadnienia .....	127
<b>Radosław Rycielski</b> , adwokat (Warszawa)	
Opodatkowanie dochodów ze zbycia obligacji i wierzytelności wekslowych ..	135
<b>Punkty widzenia</b>	
<b>Maciej Łaszczuk</b> , adwokat (Warszawa)	
O formie sprostowania i wykładni wyroku sądu polubownego .....	142
<b>Adwokatura dziś i jutro</b>	
<b>Paweł Kuczma</b> , dr, adiunkt, Dolnośląska Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Techniki (Polkowice)	
Adwokat jako zawód zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego .....	146
<b>Glosy</b>	
<b>Barbara Nita</b> , dr hab., prof. Uczelni Łazarskiego (Kraków–Warszawa)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 29 marca 2011 r., III KK 365/10 .....	158
<b>Miłosz Kościelniak-Marszał</b> , adwokat, doktorant UO (Częstochowa–Opole)	
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9 listopada 2010 r., WA 31/10 .....	164
<b>Magdalena Zwolińska</b> , adwokat, dr (Warszawa–Kraków)	
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08	169
<b>Piotr Ostapa</b> , radca prawny, doktorant UW (Warszawa)	
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2008 r., III CZP 50/08 .....	176
<b>Karol Skrodzki</b> , adwokat, asystent UwB (Białystok)	
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 lipca 2010 r., III CZP 23/10 .....	183
<b>Najnowsze orzecznictwo</b>	
<b>Marek Antoni Nowicki</b> , adwokat, wykładowca Collegium Civitas (Warszawa)	
Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (październik–grudzień 2011 r.) .....	189
<b>Karty historii adwokatury</b>	
<b>Witold Okniński</b> , sędzia SA (Warszawa)	
Legitymacje adwokackie jako przyczynek do historii polskiej adwokatury ...	199
<b>Waldemar Bednaruk</b> , dr hab., adiunkt KUL (Lublin)	
O przyczynach pieniądza w szlacheckim narodzie .....	205
<b>Recenzje i noty recenzyjne</b>	
Monika Calkiewicz, <i>Modus operandi sprawców zabójstw</i>	
<b>Dariusz Charko</b> (Stare Juchy) .....	214

Ronald Irving, „ <i>The Law is a ass</i> ”. <i>An illustrated anthology of legal quotations</i> <i>Maciej Jońca</i> , dr, adiunkt KUL (Lublin) .....	217
Jacek Jankowski, <i>Informatyka prawnicza</i> <i>Jacek Petzel</i> , dr, docent UW (Warszawa) .....	219

### Sympozja, konferencje

<i>Magdalena Trzebicka</i> , apl. adw. (Gdańsk), <i>Maciej Czerwiński</i> , apl. adw. (Gdańsk) Trzecia Polsko-Niemiecka Konferencja „Dialog Prawniczy”, Gdańsk, 20–22 października 2011 r. ....	226
<i>Andrzej Malicki</i> , adwokat, dziekan ORA (Wrocław), <i>Anna Malicka</i> , apl. adw., doktorantka UWr (Wrocław) Konferencja Izby Adwokackiej we Wrocławiu „Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego”, Wrocław, 2 grudnia 2011 r. ....	235
<i>Paweł Libertowski</i> , doktorant UAM (Poznań) Konferencja „Pomoc prawna z urzędu w postępowaniu karnym w Unii Europejskiej”, Warszawa, 5–6 grudnia 2011 r. ....	240
<i>Aleksandra Zalewska</i> , Biuro Prasowe NRA (Warszawa) Konferencja „Skuteczna ochrona prawna przeciwko dyskryminacji kobiet”, Warszawa, 10 grudnia 2011 r. ....	245
<i>Katarzyna Szczepańska</i> , apl. adw., doktorantka UAM (Poznań) Konferencja „Unijne podsumowanie roku 2011 – The UE Summary of the year 2011”, Kraków 13–15 stycznia 2012 r. ....	248

### Kronika adwokatury

Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej .....	253
Przegląd wydarzeń (styczeń–marzec 2012) <i>Joanna Sędek</i> , Szefowa Biura Prasowego NRA (Warszawa) .....	256
Wieczór magii Galicyjskiej Adwokatury, sztuki i kultury w Warszawie <i>Andrzej Bąkowski</i> , adwokat (Warszawa) .....	259
XXIX Narciarskie Mistrzostwa Adwokatury, Krynica-Zdrój, 16–19 lutego 2012 r. <i>Jerzy Zięba</i> , adwokat, dziekan ORA (Kielce) .....	262

### Głos aplikanta

<i>Maciej Bocheński</i> , apl. adw., doktorant UJ (Kraków) W kierunku sprawiedliwości naprawczej .....	265
<i>Monika Magdalena Dębska</i> , apl. adw. (Warszawa) Fredrowskiej <i>Zemsty</i> , mocium panie, aspekty prawne .....	275

### Z życia izb adwokackich

#### IZBA KRAKOWSKA

Nowe inicjatywy w doskonaleniu zawodowym w Izbie Adwokackiej w Krakowie <i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , adwokat (Kraków) .....	287
---	-----

---

Jubileusz adwokata Janusza Ładosia <i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , adwokat (Kraków) .....	288
<b>Varia</b>	
Od TRIPS do ACTA – wokół międzynarodowego systemu ochrony praw własności intelektualnej <i>Jacek Kędzierski</i> , adwokat (Łódź) .....	289
Klub Motocyklowy Adwokatury Polskiej .....	294
IV Ogólnopolski Zlot Motocyklowy Adwokatów .....	294
<b>Szpalty pamięci</b>	
Sędzia Stanisław Rudnicki (1926–2012) <i>Zbigniew Strus</i> , sędzia SN w st. spoczynku (Warszawa) .....	295
<b>Listy do Redakcji</b>	
<i>Antoni Bojańczyk</i> , dr, adiunkt UKSW (Warszawa) [W sprawie warsztatu naukowego] .....	298
Table of contents .....	302



## ZAMKNIĘTE OCZY DZIECKA

### Odpowiedź polemiczna na artykuł radcy prawnego Henryka Leliwy pt. *My–oni–obywatel* („Radca Prawny” nr 122)

W ostatnim numerze pisma „Radca Prawny” ukazał się artykuł autorstwa r.pr. H. Leliwy, poświęcony walce środowiska radcowskiego o prawo do obrony w sprawach karnych dla radców.

Już w pierwszym akapicie znajduje się teza, jakoby jedyną (*sic!*) różnicą w wykonywaniu zawodu pomiędzy adwokatem a radcą prawnym były obrony karne. Teza ta, oczywiście nieprawdziwa, wypowiedziana została przez autora z dużą pewnością siebie („Jak wszyscy doskonale wiemy”). Powstaje pytanie, czy to Autor wbrew faktom próbuje na siłę przeforsować takie przekonanie, czy też środowisko radcowskie w swojej masie rzeczywiście nie orientuje się, że zasadniczą różnicą między obydwo ma zawodami jest nie zakres kompetencji, lecz możliwość wykonywania zawodu na etacie.

Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Adwokatury w dniu 6 marca 2010 r. – a więc niespełna dwa lata temu – podjął uchwałę zatytułowaną, co warto podkreślić, „W obronie demokracji, praw obywatela i samorządności”. W uchwale tej Zjazd stwierdził, że w odniesieniu do obydwo zawodów „nieprzekraczalną linią demarkacyjną między dwiema formami ich wykonywania musi pozostać kwestia stosunku pracy”. Takie stanowisko adwokatury to nie zwykle widzimy czy ochrona interesu naszej grupy zawodowej, jak sugeruje H. Leliwa, lecz troska o ochronę fundamentalnych praw obywatelskich.

Negatywne stanowisko adwokatury ma swoje źródło w przepisach o tajemnicy zawodowej, potwierdzonej orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu, i to zarówno w składzie zwykłym, jak i w składzie Wielkiej Izby, która wyrokiem z 14 września 2010 r. (sygn. C-550/07) nie uwzględniła odwołania skarżącego. Chodzi o połączone sprawy *Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals przeciwko Komisji*, sygn. T-125/03 i T-253/03. **Z orzeczenia tego wynika, że prawnik zatrudniony na umowę o pracę nie jest niezależny i wobec tego nie może korzystać z przywileju tajemnicy zawodowej.**

Trybunał nie uwzględnił argumentacji skarżących, że skoro adwokat zatrudniony w przedsiębiorstwie podlega w świetle przepisów o etyce i dyscyplinie zawodowej tym samym obowiązkom, co adwokat zewnętrzny, to istnieje gwarancja pełnej niezależności. Przeciwnie, Trybunał podzielił pogląd opinii rzecznika generalnego (pkt 60 i 61), że „pojęcie niezależności adwokata jest zdefiniowane nie tylko w sposób pozytywny, a mianowicie w odniesieniu do dyscypliny zawodowej, ale również w sposób negatywny, to znaczy przez brak stosunku pracy. **Adwokat wewnętrzny, pomimo wpisu na listę adwokacką i stosowania doń wynikających z wpisu zasad etyki zawodowej, nie korzysta w stosunku do swego pracodawcy z tego samego stopnia niezależności co adwo-**

kat wykonujący zawód w ramach kancelarii zewnętrznej wobec klienta (wyróżnienie moje – M. S.-W.). W tych okolicznościach eliminacja ewentualnych konfliktów pomiędzy obowiązkami zawodowymi a celami realizowanymi przez klienta jest trudniejsza w przypadku adwokata wewnętrznego niż w przypadku adwokata zewnętrznego”. Ponadto rzecznik generalny podkreślił, że status adwokata-pracownika ze swej natury nie pozwala adwokatowi wewnętrznemu na pominięcie strategii handlowych jego pracodawcy, a tym samym stawia pod znakiem zapytania jego zdolność do działania w sposób niezależny zawodowo. I nie mają tu dostatecznego znaczenia ramy prawne krajowych przepisów o wykonywaniu zawodu, w tym przepisy etyczno-dyscyplinarne.

Trybunał oddalił także zarzut skarżących, że w ostatnich latach nastąpiła taka „zmiana krajobrazu” sektora usług prawniczych, iż zdezaktualizowała się dystynkcja tych dwóch form wykonywania zawodu prawnika, podkreślana w orzecznictwie Trybunału już w wyroku w sprawie *AM & S Europe przeciwko Komisji* (sygn. 155/79).

Niestety, samorząd radcowski jak mantrę powtarza, że dostateczną gwarancją niezależności radców prawnych będą wewnętrzne przepisy. Także H. Leliwa odwołuje się do zasad etyki radcy prawnego, nie przyjmując do wiadomości istnienia wyżej opisanego wyroku Trybunału. A przecież tajemnica zawodowa, w szczególności w sprawach karnych, jest fundamentem ochrony praw obywateli. W toku dyskusji o przyznaniu radcom uprawnienia do obrony wśród argumentacji radców prawnych próżno szukać rzeczowego odniesienia się do konsekwencji wypływających ze stanowiska Trybunału. Samorząd radcowski przypomina zatem dziecko, które bojąc się czegoś, po prostu zamyka oczy w przekonaniu, że skoro nie widzi się niebezpieczeństwa, to ono samoistnie zniknie.

Nie jest to jedyna różnica między naszymi samorządami, którą dostrzega adwokatura. Warto jeszcze raz odwołać się do cytowanej uchwały naszego Nadzwyczajnego Zjazdu z marca 2010 r. Stwierdzono w niej, co następuje: „Wyjaśnienia wymagałyby też istotne różnice w podejściu obydwu samorządów do kwestii lustracyjnych. Nie do pogodzenia z misją Adwokatury jako obrońcy praw człowieka byłoby ponowne przyjęcie w jej szeregach osób, będących niegdyś funkcjonariuszami komunistycznego aparatu represji i zawodowo służących tym, którzy prawa te łamali”.

Negatywne stanowisko adwokatury nie jest też podyktowane obawą przed konkurencją. Zaznaczając, że naszym *non possumus* jest forma wykonywania zawodu gwarantująca pełną niezależność, od kilku lat zapraszamy wszystkich radców prawnych chcących prowadzić sprawy karne w szeregu adwokatury. Odmowy wpisu na listę adwokatów – o ile nie wchodzi w grę kwestie lustracyjne – nie zdarzają się. A zatem gdy taka osoba będzie wykonywała obrony w todzie z zielonym, a nie z niebieskim żabotem, liczba obrońców karnych na tzw. rynku usług prawnych i tak się zwiększy.

Na koniec należy zauważyć, że Autor posuwa się do nieeleganckich argumentów *ad personam*, stawiając zarzut, iż sprzeciw adwokatury wobec przyznania radcom obrony karnych wynika z postawy – jak pisze Autor – „wyjątkowo nielicznych” przedstawicieleli Naczelnej Rady Adwokackiej obawiających się porażki prestiżowej. Naczelna Rada Adwokacka po prostu realizuje uchwałę Nadzwyczajnego Zjazdu, która, o czym Autor zapewne nie wie, została podjęta bez jednego głosu przeciw. Niewiedza nie może jednak usprawiedliwiać takich stwierdzeń.

## SKAZANIE ZA GRANICĄ NA KARĘ DOŻYWOTNIEGO POZBAWIENIA WOLNOŚCI A PROCEDURA EXEQUATUR W POLSCE

I. Sprawa Jakuba T. po raz kolejny znalazła się na wokandzie sądowej, tym razem w związku z „zagadnieniem prawnym wymagającym zasadniczej wykładni ustawy” (art. 441 § 1 k.p.k.), przedstawionym Sądowi Najwyższemu w związku z wątpliwością Sądu Apelacyjnego w P., wyrażoną następująco: „czy poczynione przez sąd państwa wydania ENA zastrzeżenie dotyczące równoczesnego (równoległego) wykonywania kar pozbawienia wolności, które nie podlegały połączeniu, stanowi element wymiaru kary, którym sąd polski związany jest na podstawie art. 607s § 4 k.p.k. w zw. z art. 607t § 2 k.p.k., czy też zastrzeżenie to określa wyłącznie sposób wykonania kary, do którego zastosowanie ma dyrektywa zawarta w art. 607s § 5 k.p.k.?” Mimo że Sąd Najwyższy postanowił odmówić podjęcia uchwały<sup>1</sup>, to jednak w uzasadnieniu postanowienia zawarł kilka dyskusyjnych stwierdzeń, skądinąd pozostających w dominującym od 2004 roku nurcie wykładni przepisów dotyczących europejskiego nakazu aresztowania (ENA).

II. Brak eurorealizmu w działalności legislacyjnej polskiego parlamentu, któremu towarzyszyła skłonność do nieliczenia się z obowiązującą Konstytucją RP<sup>2</sup>, znajdująca zresztą wsparcie w „euroentuzjastycznych” publikacjach prawniczych, zaowocował sformułowaniem art. 607s § 4 zd. 2 k.p.k., który – przed nowelizacją z 20 stycznia 2011 r. – stanowił, że sąd polski „związany jest wymiarem orzeczonej kary” w razie skazania obywatela polskiego „w państwie wydania nakazu europejskiego” także w następstwie przekazania „warunkowego”, tj. w sytuacji określonej w art. 607t § 1 i § 2 k.p.k. Przepis w tym brzmieniu pozostał w k.p.k. aż do 2011 roku, mimo zakwestionowania przez Trybunał Konstytucyjny zgodności ENA (w zakresie art. 607t § 1 k.p.k.) z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP zakazującej ekstradycji obywatela polskiego innym państwom. Mimo usiłowań niektórych autorów próbujących udowodnić, że ekstradycja i ENA różnią się jakoby w swej prawnokonstytucyjnej istocie, Trybunał Konstytucyjny zajął słuszne stanowisko, stwierdzając niekonstytucyjność uregulowania przyjętego w k.p.k. Ostatecznie doprowadziło to do zmiany treści art. 55 Konstytucji, ale nie k.p.k. W konsekwencji „związanie” sądu polskiego „wymiarom orzeczonej kary” w razie skazania obywatela polskiego przez sąd innego państwa członkowskiego UE „na karę pozbawienia wolności albo orzeczenie (...) innego środka polegającego na pozbawieniu wolności” (art. 607t § 2 k.p.k.) uznano w dalszym ciągu za unormowanie wykluczające „zwykłą” procedurę *exequatur* i tym samym zastosowanie art. 114 § 4 k.k.

<sup>1</sup> Postanowienie SN z 30 listopada 2011 r., I KZP 15/11, OSNKW 2011, nr 12, poz. 106, s. 1–14.

<sup>2</sup> Zob. R. Kmiecik, *Kilka uwag o prawnodowodowych i konstytucyjnych aspektach sprawy Jakuba T.*, „Palestra” 2008, nr 11–12, s. 177 i n. oraz wskazane tam publikacje.

III. W końcu jednak SN w uchwale z 3 marca 2009 r., I KZP 30/08<sup>3</sup>, trafnie zauważył, że decyzja ramowa z 13 czerwca 2002 r. w sprawie ENA wcale nie wymagała rezygnacji „z pełnej procedury *exequatur*, jak to uczynił ustawodawca polski”<sup>4</sup>. Ustawodawca bowiem nazbyt dosłownie i gorliwie potraktował fragment preambuły do decyzji ramowej z 2002 roku, zapewniającej, że ENA opiera się na wysokim stopniu „zaufania” w stosunkach między państwami członkowskimi UE, mimo że – jak wskazuje doświadczenie historyczne – „zaufanie” nie jest, a w każdym razie nigdy nie było, najpewniejszą gwarancją kształtowania stosunków między państwami. Jeżeli „zaufanie” staje się rzeczywiście „kategorią prawną”<sup>5</sup>, to raczej – jak się wydaje – powinno być postrzegane w kontekście zasady „ograniczonego zaufania”.

Obecnie – po zmianie w 2011 r. treści przepisu art. 607s § 4 zd. drugie w powiązaniu z art. 607 § 2 k.p.k. – możliwość „adaptacji” kar orzeczonych przez sąd obcy do prawa polskiego w dalszym ciągu – zdaniem SN – ogranicza się wyłącznie do wysokości sankcji karnych, i to „tylko wtedy, gdy owe sankcje orzeczone przez sąd państwa wydania nakazu przekraczają górną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianego za to przestępstwo lub przestępstwa w Polsce, a polegać może tylko na orzeczeniu w to miejsce kary w wysokości odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia wynikającej z kwalifikacji prawnej przyjętej dla tego czynu w prawie polskim”<sup>6</sup>.

Nie jest zatem dopuszczalne – zdaniem SN – zastosowanie procedury *exequatur* na ogólnych zasadach (art. 611c § 2 k.p.k. w zw. z art. 114 § 4 k.k.)<sup>7</sup>. Procedurę tę wyłącza jakoby „specjalna regulacja dotycząca ENA”. Tymczasem art. 607t § 2 k.p.k. zawierający tę „specjalną regulację” ENA, zarówno przed nowelizacją art. 607s § 4 k.p.k., jak i po nowelizacji dokonanej w 2011 r., jeśli nawet stanowi *lex specialis*, to dotyczy „kary pozbawienia wolności lub innego środka polegającego na pozbawieniu wolności”. Nie dotyczy natomiast kary dożywotniego pozbawienia wolności, której ani ustawa procesowa, ani materialna nie identyfikują z karą pozbawienia wolności. Są to obecnie odrębne rodzajowo kary<sup>8</sup>, co zresztą podkreśla nie tylko Kodeks karny, ale również art. 607r § 1 pkt 6 k.p.k. Ten ostatni przepis stanowi wyraźnie, że można odmówić wykonania nakazu europejskiego, jeżeli „(...) za czyn zabroniony, którego dotyczy nakaz europejski, w państwie wydania nakazu europejskiego można orzec karę dożywotniego pozbawienia wolności albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności bez możliwości ubiegania się o jego skrócenie”. Oczywiście poprawnie sformułowany przepis powinien po funktorze „albo” brzmieć: „inną karę lub środek polegający na pozbawieniu wolności bez możliwości ubiegania się o skrócenie okresu wykonywania kary lub środka”. Nie ulega zatem wątpliwości, że również k.p.k. najwyraźniej odróżnia karę dożywotniego pozbawienia wolności od kary pozbawienia wolności. Kara dożywotniego pozbawienia

<sup>3</sup> OSNKW 2009, nr 4, poz. 26.

<sup>4</sup> Odnótował to również SN w postanowieniu z 30 listopada 2011 r. (zob. przyp. 1), s. 11.

<sup>5</sup> Jak zauważa A. Górski, zaufanie – obok zasady wzajemnego uznawania – jako „kategoria prawna” staje się istotnym motywem przedsięwzięć legislacyjnych w UE, mimo nieokreślonej i spornej „pojemności znaczeniowej i legitymizacji” (A. Górski, *Europejskie ściganie karne*, Warszawa 2010, s. 56).

<sup>6</sup> Teza postanowienia SN z 30 listopada 2011 r. (zob. przypis 1), s. 1.

<sup>7</sup> *Ibidem*, Uzasadnienie postanowienia SN, s. 10, 12.

<sup>8</sup> Zob. J. Majewski, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, t. I, wyd. II (praca zbiorowa), red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 582.

wolności stanowi „niejako surogat kary śmierci”<sup>9</sup> lub jej „substytut”<sup>10</sup>, i z tego chociażby względu nie może być utożsamiana – w sensie prawnym – z karą pozbawienia wolności lub innym tego rodzaju „środkiem”. Na jakiej więc podstawie uznaje się art. 607s § 4 w zw. z art. 607t § 2 k.p.k. za przepis dotyczący również kary dożywotniego pozbawienia wolności? Czy nie jest to rodzaj wykładni ekstensywnej, czy wręcz analogii „na niekorzyść” oskarżonego (skazanego) w wypadku skazania na tę najsurowszą obecnie – po zniesieniu kary śmierci – karę stosowaną w państwach należących do organizacji międzynarodowej zwanej Unią Europejską? Trudno też uznać karę dożywotniego pozbawienia wolności za „środek”, nie zaś karę (w rozumieniu powołanego przepisu).

Jeśli przepisy art. 607s § 4 w zw. z art. 607t § 2 k.p.k., eliminujące jakoby możliwość zastosowania art. 114 § 4 k.p.k. do kary dożywotniego pozbawienia wolności, miały obejmować także tę karę, to ustawodawca powinien ją wymienić *expressis verbis* w art. 607t § 2 k.p.k. Jeżeli zatem taka była intencja ustawodawcy, to art. 607t § 2 k.p.k. zawiera obecnie przepis o „oczywiście wadliwej redakcji” i jako taki spełnia przynajmniej jeszcze jeden warunek uzasadniający wydanie przez SN uchwały w trybie art. 441 § 1 k.p.k. Jednakże nie intencja jest tu istotna, lecz treść przepisu, a ten jednoznacznie nie obejmuje kary dożywotniego pozbawienia wolności jako kary odrębnej rodzajowo w stosunku do kary pozbawienia wolności o charakterze terminowym.

IV. Instytucja ENA miała „usprawnić” międzynarodową współpracę w sprawach karnych – jak to ujmuje SA – „w ramach instrumentarium prawnego kształtowania jej przez decyzje ramowe”. Sprawa Jakuba T. jest przykładem mało zachęcającym do tego rodzaju „współpracy”. Wymiar sprawiedliwości nie doznałby uszczerbku – przynajmniej w tej sprawie – gdyby obowiązywały dawne zasady ekstradycyjne, łącznie z zakazem wydawania własnych obywateli obcym państwom. Obcym pod każdym względem, nie tylko prawnym, mimo prób łagodzenia tej obcości w następstwie harmonizacji systemów prawnych w ramach Unii Europejskiej oraz posiadania przez oskarżonego czegoś w rodzaju „obywatelstwa” tej organizacji międzynarodowej<sup>11</sup>, przysługującego obywatelom państw członkowskich UE. Sprawa Jakuba T. z pewnością znalazłaby już dawno ostateczne rozstrzygnięcie merytoryczne, gdyby była rozpoznana w Polsce stosownie do zasady *aut dedere aut iudicare (punire)*. Zasady być może „niedoskonałe”<sup>12</sup>, ale niepowodującej tylu zagrożeń dla prawnej i – co też nie jest bez znaczenia – faktycznej (psychologicznej, moralnej, dowodowej) sytuacji, jakie stwarza dla przebywającego na terytorium Polski obywatela polskiego fakt przymusowego wydalenia („przekazania”) go z ojczystego kraju i tym samym zerwanie związku między nim a jurysdykcją karną państwa, którego jest obywatelem, w imię „zasady terytorialnej”, jeśli przestępstwo po-

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 602.

<sup>10</sup> J. Szumski, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, t. I (praca zbiorowa), Gdańsk 2005, s. 429.

<sup>11</sup> Zgodnie z art. 90 ust. 1 Konstytucji Rzeczpospolita Polska może przekazać kompetencje „w niektórych sprawach” wyłącznie „organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu”, a w myśl art. 91 ust. 3 częścią krajowego porządku prawnego oprócz ustaw i umów międzynarodowych może być prawo stanowione przez organizację międzynarodową. Dopóki UE zachowuje status organizacji międzynarodowej, członkostwo Rzeczypospolitej w tej organizacji nie jest sprzeczne z Konstytucją RP, która stanowi „najwyższe prawo Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP).

<sup>12</sup> Zob. A. Górski, *Europejskie*, s. 163. Autor, przytaczając zalety i wady zasady „wydaj albo osądź”, zauważa, że twórcy ENA wykazali „w pewien sposób” ograniczone zaufanie do jej „skuteczności ekstradycyjnej” (s. 174).

pełnił za granicą, lub na zasadzie domicyłu, jeśli za granicą zamieszkuje, ale dla władz sądowych obcego państwa pozostaje cudzoziemcem.

Tymczasem dzięki takiemu „instrumentarium współpracy międzynarodowej”, jakim jest ENA, sprawa Jakuba T. zapewne jeszcze nie raz powróci na sądową wokandę.

## Summary

*Romuald Kmieciak*

LIFE SENTENCE ABROAD AND THE *EXEQUATUR* PROCEDURE IN POLAND

In spite of the position accepted by judicature, according to the author's opinion, exclusion of an ordinary *exequatur* procedure in the case of conditional surrender of Polish citizen to court of justice of other UE Member Nation does not apply to the life sentence.

Article 607t § 2 of the Polish Criminal Procedure Code provides the special procedure to European Arrest Warrant as far as term imprisonment is concerned. This procedure does not apply to life sentence, because it is substantially different punishment as a substitute of abolished death penalty on UE territory.

KEY WORDS: life sentence, European Arrest Warrant (EAW), *exequatur* procedure

POJĘCIA KLUCZOWE: dożywotnie pozbawienie wolności, ENA, procedura *exequatur*



## PRÓBY WERYFIKOWANIA PRAWDOMÓWNOŚCI W PROCESIE KARNYM

Ocena prawdomówności podejrzanego (oskarżonego) lub świadka w procesie, a także informatora w procedurach operacyjno-rozpoznawczych, jest czymś rutynowym.

Zgodnie z przepisem art. 7 k.p.k. organ procesowy ocenia dowody, a więc także zeznania i wyjaśnienia, „z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”.

W praktyce, oceniając zeznania (wyjaśnienia), przede wszystkim ocenia się:

1) czy treść ocenianej wypowiedzi nie jest niedorzeczna, czy nie sprzeciwia się np. powszechnie znanym prawom przyrody;

2) aprioryczną wiarygodność źródła, biorąc pod uwagę takie elementy jak:

a) właściwości osobnicze osoby, której wypowiedź wartościujemy (np. czy jest to osoba o cechach psychopatycznych, mająca m.in. skłonność do manipulowania ludźmi, lub o skłonnościach do konfabulacji, czyli wypełniania luk pamięciowych treścią zmyśloną, albo czy jest to osoba histeryczna lub infantylna i z tej racji podatna na sugestię);

b) historię osoby wypowiadającej się, czyli zeznającej lub wyjaśniającej (czy jest to np. osoba, o której wiadomo już, że w przeszłości była przyłapana na kłamstwie);

3) motywację osoby wypowiadającej się: czy jest ona, z uwagi na swą rolę procesową ewentualnie inne okoliczności, zainteresowana mówieniem prawdy, czy przeciwnie, ma ona powody do zatajenia prawdy, ewentualnie do wprowadzenia w błąd;

4) wreszcie konfrontuje się treść wypowiedzi, którą chcemy ocenić w kategoriach prawdy lub fałszu, z innymi, znanymi bądź ustalonymi już wcześniej i niebudzącymi wątpliwości faktami.

Praktycznie ocenia się także sposób składania zeznań (wyjaśnień), reakcje emocjonalne przesłuchiwanego towarzyszące tym zeznaniom, polegające bądź na sposobie wypowiedzania się (symptomy werbalne), bądź też na zachowaniach towarzyszących wypowiedzi (symptomy behawioralne). Czasem takie reakcje odnotowuje się w protokole przesłuchania (np. czyniąc zapis: „oskarżony płacze”, czy też: „świadek jest wyraźnie wzruszony”, albo: „świadek odpowiada po dłuższej przerwie i z wahaniem”). Służyć to ma ułatwieniu oceny prawdomówności osoby przesłuchiwanej. Pozostaje kwestia, czy może to być samodzielną podstawą takiej oceny, a jeśli nawet nie, to na ile ma wpływ na subiektywne nastawienie przesłuchującego, determinujące jego ocenę wiarygodności zeznania lub wyjaśnienia.

Na ile w tym może pomóc biegły psycholog?

Nie ulega wątpliwości, że biegły psycholog może być pomocny, a wręcz niezastąpiony w ocenie apriorycznej wiarygodności źródła. Czy ma on mieć udział także w ocenie sposobu składania zeznań lub wyjaśnień? **Aktualny stan badań, wbrew przekonaniom wielu prawników i niestety także wielu biegłych psychologów, pokazuje, że nie.**

Obojętne, czy psycholog wykonywał ekspertyzę jako biegły powołany na zasadzie art. 193 k.p.k. i art. 194 k.p.k., czy też opiniuje po uczestnictwie w przesłuchaniu na podstawie art. 192 § 2 k.p.k., do jego kompetencji należy tylko udział w apriorycznej ocenie wiarygodności źródła. Wiedza psychologiczna pozwala mu tylko na to. Czasem nazywa się to, choć niezupełnie ściśle, oceną „wiarygodności psychologicznej”, która jest czymś oczywiście innym od oceny wiarygodności konkretnej wypowiedzi.

W pozostałym zakresie oceny dokonywać musi prawnik (policjant, prokurator czy sędzia), i to nie tylko z uwagi na zastrzeżone prawnie kompetencje organu procesowego, jako jedynie uprawnionego do oceny dowodu<sup>1</sup>, ale także z uwagi na zakres wiedzy psychologicznej, będącej tu „wiadomościami specjalnymi” w rozumieniu k.p.k., o czym będzie jeszcze mowa niżej.

Tu jednak czają się dwa niebezpieczeństwa. Pierwsze polega na tym, że prawnicy nie zawsze rozumieją treść opinii biegłego psychologa. Tak np. 28% badanych sędziów sądów rejonowych i sądu okręgowego zdanie z opinii biegłego, że „u świadka nie stwierdza się skłonności do konfabulacji”, rozumie tak, że „zeznania tego świadka są wiarygodne”<sup>2</sup>. Tymczasem zdanie to należy rozumieć zupełnie inaczej: „ten świadek, jak nie chce, to nie kłamie, a czy w tym przypadku chce kłamać, tego nie wiem”.

Niebezpieczeństwo drugie polega na tym, że niektórzy biegli psychologowie, ewidentnie wykraczając poza granice swej dyscypliny, a tym samym poza zakres „wiadomości specjalnych”, chcą orzekać o prawdomówności świadka czy podejrzanego (oskarżonego) i niejednokrotnie robią to. Czasem są do tego nawet zachęcani przez organ procesowy. **Jeśli to czynią, to jednak nie na podstawie swojej wiedzy psychologicznej, wiadomości specjalnych, o jakich mowa w art. 193 k.p.k., ale na podstawie swojej wiedzy potocznej i doświadczenia życiowego.** Czy jest ono inne niż doświadczenie życiowe przedstawicieli innych specjalności? Czasem zapewne tak, czasem nie.

Również prawnicy (oficerowie śledczy, prokuratorzy, sędziowie) na swój użytek dokonują oceny prawdomówności wyjaśniającego czy zeznającego, oceniając symptomy werbalne i niewerbalne (behawioralne, czyli ruchy wyrazowe mimiczne i pantomimiczne) towarzyszące wypowiedzi.

Oczywiście od dawna w praktyce śledczej korzystano z obserwacji napięcia emocjonalnego zeznającego<sup>3</sup> lub osoby, u której przeprowadzano rewizję<sup>4</sup>.

W ostatnich latach pojawiło się wiele prac naukowych i popularnych dotyczących tzw. nieinstrumentalnych metod detekcji kłamstwa. Nieinstrumentalnych, czyli takich, które nie wymagają użycia specjalnych „instrumentów”, jak na przykład poligraf, a w których diagnozy opierają się na ocenie towarzyszących kłamstwu symptomów

<sup>1</sup> L. Paprzycki, *Kryteria oceny opinii biegłego psychiatry i psychologa w postępowaniu karnym*, „Palestra” 1999, nr 11, s. 5–11.

<sup>2</sup> M. Kurdziel, *Rozumienie opinii psychologicznych przez sędziów* (niepubl. praca magisterska), KSW im. F. Modrzewskiego, Kraków 2008.

<sup>3</sup> E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych* (tłum. polskie), Księgarnia Powszechna, Łódź 1937, s. 84.

<sup>4</sup> K. Chodkiewicz, *Technika i taktyka kryminalna. Podręcznik dla organów bezpieczeństwa i sędziów śledczych*, Przemysł 1931, s. 196; B. Łukomski, *Służba śledcza i taktyka kryminalna*, Lwów 1924, s. 21.



werbalnych i niewerbalnych. Te ostatnie w literaturze popularnej nazywa się najczęściej „mową ciała”<sup>5</sup>.

Nieinstrumentalne metody detekcji kłamstwa mają albo postać sformalizowanych procedur (np. BAI – *Behavior Analysis Interview*, SVA/CBCA – *Statement Validity Assessment/CriteriaBased Content Analysis*, SCAN – *Scientific Content Analysis*)<sup>6</sup>, albo częściej procedur niesformalizowanych, łączących równoczesną obserwację symptomów werbalnych i niewerbalnych.

Okazuje się, że z tymi metodami detekcji kłamstwa związane są cztery niebezpieczne i szkodliwe dla ustalanej w procesie prawdy mity.

Przede wszystkim przedstawiciele tych profesji, w których umiejętność oceny prawdziwości rozmówcy czy też innej osoby obserwowanej wydaje się ważna (prawnicy, funkcjonariusze różnych służb, psychologowie), na ogół są przekonani, że tymi metodami potrafią trafnie rozpoznać kłamstwo. W jednych z ostatnich badań (Widacki i in. 2011) okazało się, że o takich swoich możliwościach przekonane jest aż 75% badanych policjantów i 69% badanych psychologów. Jest to mit pierwszy.

Mit drugi to dość powszechne w społeczeństwie przekonanie, że zwłaszcza funkcjonariusze policji i innych służb potrafią w wyniku przebytych specjalistycznych szkoleń i treningów lepiej od innych, na podstawie obserwacji symptomów werbalnych i niewerbalnych, rozpoznać kłamstwo.

Kolejnym mitem jest przekonanie, że jeśli by policjantów i innych funkcjonariuszy lepiej nauczyć psychologii, lepiej rozpoznawaliby kłamstwo<sup>7</sup>.

Z tego mitu logicznie wynika mit kolejny, że wiedza psychologiczna (a więc wiedza psychologów, zwłaszcza wiedza biegłych psychologów sądowych!) jest szczególnie przydatna do rozpoznawania kłamstwa.

W świetle współczesnego stanu wiedzy wszystkie powyższe mity uznane być muszą za nieprawdziwe. W szczególności zaś mitem jest, że przy dzisiejszym stanie wiedzy, dzięki obserwacji symptomów werbalnych i niewerbalnych, można skutecznie (w sposób wystarczający i przydatny dla potrzeb dowodowych śledztwa, czy – ogólniej – procesu karnego) rozpoznać kłamstwo.

Po wielokroć wykazano już, że wbrew powszechnym przekonaniom, a zwłaszcza wbrew własnemu mniemaniu policjanci, funkcjonariusze służb specjalnych i celnych, a także psychologowie nie rozpoznają kłamstwa lepiej niż przedstawiciele innych zawodów i grup społecznych, takich jak na przykład więźniowie czy studenci<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> A. Pease, *Mowa ciała. Jak odczytywać myśli innych ludzi z ich gestów*, Jedność, Kielce 2001.

<sup>6</sup> A. Vrij, *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2009.

<sup>7</sup> L. H. Colwell, H. A. Miller, R. S. Miller, P. M. Lyons jr, *US police officers' knowledge regarding behaviors indicate of deception; implications for eradicating erroneous beliefs through training*, „Psychology, Crime & Law” 2006, nr 12 (5), s. 489–503.

<sup>8</sup> R. E. Kraut, D. Poe, *On the line: the Deception judgements of customs inspectors and laymen*, „Journal of Personality and Social Psychology” 1980, nr 36, s. 380–391; G. Kohnken, *Training Police officers to detect deceptive eyewitness: does it work?*, „Social Behavior” 1987, nr 2, s. 1–17; A. Vrij, *Credibility judgement of detectives: the impact of nonverbal behavior, social skills and physical characteristics on impression formation*, „Journal of Social Psychology” 1993, nr 123, s. 601–611; A. Vrij, *The impact of information and setting on detection of deception by police detectives*, „Journal of Nonverbal Behavior” 1994, nr 18, s. 117–137; A. Vrij, G. R. Semin, *Lie experts' belief about nonverbal indicators of deception*, „Journal of Nonverbal Behavior” 1996, nr 20, s. 65–80; A. W. Stornwall, P. A. Granhag, *How*

Także w badaniach polskich<sup>9</sup> więźniowie rozpoznawali kłamstwo lepiej niż funkcjonariusze służb specjalnych.

Podobnie lepiej od innych rozpoznawały kłamstwo kobiety z tych krajów, w których pozycja kobiety jest gorsza, gdzie jest ona znacznie uzależniona od mężczyzny<sup>10</sup>. Do tych dwóch ostatnich obserwacji wrócimy w dalszej części wywodu. Psychologowie, podobnie jak policjanci i nauczyciele, próbują diagnozować kłamstwo na podstawie identycznego schematu, biorąc pod ocenę te same symptomy<sup>11</sup>. Tak więc nie wydaje się trafne przekonanie, że to brak wiedzy psychologicznej policjantów jest wynikiem tak niskiej trafności wskazań kłamstwa<sup>12</sup>.

Co więcej, okazuje się, że istnieje zależność między faktem odbycia szkolenia w wykrywaniu kłamstwa a trafnością jego rozpoznawania. Osoby po przeszkoleniu nieco lepiej wykrywały kłamstwo niż osoby bez takiego przeszkolenia<sup>13</sup>, ale mimo nieznacznej poprawy trafności rozpoznawania kłamstwa u rozpoznających znacznie wzrosła pewność siebie i kategoryczność wypowiedzianych przez nich sądów<sup>14</sup>.

Przekonanie o możliwości trafnego rozpoznawania kłamstwa na podstawie oceny symptomów werbalnych i niewerbalnych pozostaje w sprzeczności z wynikami licznych badań eksperymentalnych. Zestawiono wyniki kilkudziesięciu różnych badań eksperymentalnych, wykonanych przez różnych autorów w różnych krajach<sup>15</sup>. Okazało się, że na podstawie oceny symptomów werbalnych i niewerbalnych uznanych za towarzyszące kłamstwu, to ostatnie dało się trafnie wskazać w 31–63% przypadków. Średnia wartość trafnych wskazań kłamstwa uzyskanych w tych badaniach wynosiła 58%, a w zdecydowanej większości badań wynosiła ponad 50%. Z badań tych wynika także, że łatwiej było wskazać wypowiedź prawdziwą (67% trafnych wskazań), dużo trudniej kłamstwo (tylko 44% trafnych wskazań)<sup>16</sup>.

---

*to detect deception? Arresting the beliefs of police officers, prosecutors and judges*, „Psychology, Crime & Law” 2003, nr 9, s. 19–36; A. Vrij, S. Mann, *Police use of nonverbal behavior as indicators of deception*, (w:) R. E. Reggio, R. S. (red.), *Applications of Nonverbal Communication*, Erlbaum, Mahawah, New Jersey 2005, s. 63–94; S. Mann, A. Vrij, *Police officers' judgements of veracity, tenseness, cognitive load and attempted behavioral control in real-life police interviews*, „Psychology, Crime & Law” 2006, nr 12 (6), s. 307–319; L. H. Colwell, H. A. Miller, R. S. Miller, P. M. Lyons jr, *US police officers' knowledge*, s. 489–503; A. Vrij, *Wykrywanie kłamstw*; A. Okrasa, *Psychologiczne metody wykrywania kłamstwa a przesłuchanie policyjne*, cz. II, „Przegląd Policyjny” 2010, nr 1 (97), s. 132–155; J. Widacki, N. Mirska, M. Wrońska, M. Huszcza, *Werbalne i niewerbalne symptomy kłamstwa w ocenie policjantów, psychologów i nauczycieli* (w druku).

<sup>9</sup> J. Ulatowska, *Knowledge of cues to deception – looping for its determinants*, „Problems of Forensic Sciences” 2009, nr 80, s. 411–428.

<sup>10</sup> K. Hurd, P. Noller, *Decoding deception: a look at the process*, „Journal of Nonverbal Behavior” 1988, nr 12, s. 217–233; P. J. De Paulo, J. A. Epstein, M. M. Wyer, *Sex differences in lying: how women and men deal dilemma of deceit*, (w:) M. Lewis, C. Saarni (red.), *Lying and deception everyday life*, The Guilford Press, New York 1993, s. 126–147.

<sup>11</sup> J. Widacki, N. Mirska, M. Wrońska, M. Huszcza, *Werbalne i niewerbalne*.

<sup>12</sup> A. Okrasa, *Psychologiczne metody*, s. 132–155.

<sup>13</sup> J. Ulatowska, *Knowledge of cues*; P. J. De Paulo, J. A. Epstein, M. M. Wyer, *Sex differences*; S. Porter, S. McCabe, M. Woodworth, *An investigation of the impact of motivation and feedback on deception detection – Genius is 1% inspiration and 99% perspiration... or is it?*, „Legal and Criminological Psychology” 2007, nr 12, s. 297–309.

<sup>14</sup> S. M. Kassir, *The psychology of confession evidence*, „American Psychologist” 1997, nr 52, s. 221–233.

<sup>15</sup> A. Vrij, *Wykrywanie kłamstw*.

<sup>16</sup> A. Vrij, *Detecting lies and deceit. Pitfalls and opportunities* (wyd. 2), J. Wiley & Sons, Ltd., London 2008.

Wartość diagnostyczna tej metody detekcji kłamstwa jest zatem dalece niewystarczająca dla celów dowodowych w procesie karnym, co więcej, jej bezkrytyczne zastosowanie, nawet bez próby wykorzystania dowodowego, a tylko do celów własnych, może doprowadzić do fałszywej preorientacji psychologicznej człowieka działającego w formie organu procesowego i spowodować błędną ocenę zeznania (wyjaśnienia).

Wyniki detekcji kłamstwa dokonywanej metodami nieinstrumentalnymi, uzyskiwane w zasadzie stale powyżej statystycznej szansy, przekonują jednak, że nie są to wskazania przypadkowe, losowe. Zachęcają zatem do dalszych badań.

Cały dotychczasowy stan nauki przekonuje, że umiejętność nieinstrumentalnego rozpoznawania kłamstwa nie pochodzi z wiedzy akademickiej, zdobytej na studiach, także psychologicznych, ale jest wynikiem doświadczenia życiowego. Co więcej, jak można sądzić, życie w warunkach, gdzie trzeba wciąż odgadywać intencje, a nawet nastroje rozmówcy, a z nieprawidłowym ich odczytaniem mogą się łączyć negatywne skutki (jak u więźniów czy kobiet-niewolnic), wyczula na kłamstwo i uczy jego rozpoznawania.

Wynikają z tego wnioski praktyczne. Przede wszystkim wniosek, że biegły psycholog nie ma w tym zakresie umiejętności wyższych niż osoba niebędąca psychologiem, bo skuteczność rozpoznawania tą metodą kłamstwa (skuteczną – jak pamiętamy – i tak w nieco tylko więcej niż 50% przypadków!) nie zależy od wykształcenia ani wykonywanego zawodu.

Celowe są dalsze badania nad werbalnymi i behawioralnymi symptomami towarzyszącymi kłamstwu, przy założeniu, że prawdopodobnie nie ma jednego, uniwersalnego zespołu symptomów towarzyszących kłamstwu i trzeba szukać takich zespołów typowych dla poszczególnych typów osobowości. Można zasadnie podejrzewać, że kłamstwu ekstrawertyków towarzyszą nieco inne symptomy niż kłamstwu introwertyków, inne kłamstwu osób stabilnych emocjonalnie, a inne kłamstwu labilnych emocjonalnie, czyli o wysokiej neurotyczności<sup>17</sup>.

Jest wysoce prawdopodobne, że istnieją nawet zespoły symptomów typowe dla poszczególnych osób, tak jak przy komunikacji werbalnej istnieje język indywidualny, tzw. idiolekt<sup>18</sup>. Zwracał na to uwagę, nie dysponując jeszcze wynikami badań eksperymentalnych, jeden z pionierów kryminalistyki, Edmond Locard, który już kilkadziesiąt lat temu podejrzewał, że dla prawidłowej interpretacji zachowań przesłuchiwanego „trzeba znać psychologię danego osobnika i sposoby jego reagowania”<sup>19</sup>.

Prawdopodobnie z tego właśnie względu łatwiej nam rozpoznać kłamstwo u osoby znajomej niż u niezajomej.

Celowe wydają się szkolenia w zakresie interpretacji symptomów werbalnych i niewerbalnych towarzyszących wypowiedziom przesłuchiwanego, prowadzone zarówno dla psychologów, jak i dla prawników (policjantów i funkcjonariuszy innych służb, prokuratorów i sędziów). Szkolenia te powinny przedstawiać aktualny stan wiedzy, kłaść nacisk na unikanie schematów, wedle których próbuje się rozpoznawać kłamstwo, uczyć

<sup>17</sup> J. Widacki, N. Mirska, M. Wrońska, M. Huszcza, *Werbalne i niewerbalne*.

<sup>18</sup> A. Feluś, *Aspekt jednostkowy i grupowy języka*, „Problemy Kryminalistyki” 1976, nr 124, s. 769–773.

<sup>19</sup> E. Locard, *Dochodzenie przestępstw*, s. 84.

aktualnych ograniczeń nieinstrumentalnych metod detekcji kłamstwa, a w konsekwencji uczyć krytycyzmu do własnych możliwości detekcji kłamstwa tymi metodami, a już w szczególności uczyć ostrożności w wyciąganiu na tej podstawie wniosków.

## Summary

*Jan Widacki*

### ASSESSMENT OF TRUTHFULNESS OF THE INTERROGATED IN CRIMINAL PROCEDURES

In criminal procedures, the assessment of the interrogated (witnesses, suspects, defendants) is – to treat the matter most generally – based on the evaluation of five factors: 1) Assessment whether the testimony is not blatantly irrational, and whether it does not deny general truths or laws of nature; 2) An a priori assessment of credibility of the interrogated (whether the person has no pathological inkling to manipulate people, tendency to fabricate facts, etc.), and also whether he or she has not been caught lying in the past; 3) Assessment of the potential motivation of such a person: whether the person is interested in telling the truth, or on the contrary – can have reasons to conceal the truth or mislead the interrogators; 4) Confrontation of the contents of the testimony with other facts: ascertained earlier and raising no doubts; 5) Assessment of the way the testimony is made: assessment of the verbal and non-verbal reactions of the interrogated.

It remains beyond doubt that an expert psychologist is competent only in the a priori assessment of credibility of the interrogated. Judgement of the remaining factors remains solely with the interrogator (police officer, prosecutor, court). This results not only from law. According to the current state of knowledge, supported with numerous empirical studies, the precision of assessing truthfulness or deception on the grounds of the assessment of the verbal and non-verbal symptoms accompanying discourse does not depend on the education of the person performing the assessment, but to a far greater extent on that person's life experience and personal predispositions. There are no arguments that an expert psychologist could perform that assessment more accurately than a policeman, prosecutor, or judge.

An expert psychologist has no competencies, whether legal or actual, resulting from their education, to assess whether the interrogated tells the truth or lies.

KEY WORDS: interrogation, detection of deception, forensic psychologist, verbal and non-verbal (behavioural) symptoms of deception

POJĘCIA KLUCZOWE: przesłuchanie, detekcja kłamstwa, biegły psycholog sądowy, werbalne i niewerbalne (behawioralne) symptomy kłamstwa

## NIESŁUSZNE SKAZANIA W POLSCE W OPINII PROKURATORÓW I POLICJANTÓW

Krótko po północy 18 października 1986 r. 23-letnia studentka medycyny Lori Roscetti została zgwałcona, a następnie pobita na śmierć. Po kilku miesiącach bezskutecznego śledztwa i pod coraz to większym naciskiem ze strony opinii publicznej policja Chicago zdecydowała się poprosić Roberta Resslera, agenta Federalnego Biura Śledczego, o przygotowanie psychologicznego profilu sprawcy. Dość szybko przedstawił on opinię, z której wynikało, że sprawcami zdarzenia mogło być od 3 do 6 czarnoskórych mężczyzn, w wieku pomiędzy 15 a 20 lat, poprzednio karanych i mieszkających blisko miejsca znalezienia zwłok Roscetti. Bazując na profilu stworzonym przez Resslera, policja ustaliła, że sprawcami prawdopodobnie było trzech nastolatków z kryminalną przeszłością – Marcellus Bradford, Larry Ollins i Omar Saunders. Z uwagi na brak dowodów rzeczowych bezpośrednio łączących chłopców ze zdarzeniem przyznanie się do winy miało być potwierdzeniem prawidłowości ustaleń śledczych. Przesłuchanie prowadzone technikami opartymi na przymusie doprowadziło do uzyskania od Bradforda i Ollinsa obciążających oświadczeń. Larry Ollins dodatkowo jako współsprawcę wskazał swojego kuzyna Calvina, który również przyznał się do winy. Analityk laboratorium kryminalistycznego z Chicago Pamela Fish złożyła fałszywe zeznania, że ślady nasienia znalezione na miejscu zdarzenia mogły pochodzić od oskarżonych, chociaż próbki krwi pobrane od nastolatków miały zupełnie inną grupę niż te zabezpieczone przez policję. Przyznanie się oraz inne „dowody” okazały się wystarczające do uzyskania wyroków skazujących. Wszystkim, poza Bradfordem, wymierzono karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Prawie 15 lat później powtórne badania materiału genetycznego wykazały, że żaden ze skazanych nastolatków nie był sprawcą, a niecałe dwa miesiące później pozwoliły one na ujawnienie prawdziwego zabójcy<sup>1</sup>.

W polskiej literaturze prawniczej problem niesłusznych skazań – czy też szerszej pomyłek sądowych – traktowany jest od wielu lat po macoszemu. Poza nielicznymi teoretycznymi publikacjami brak jest szerszych empirycznych badań dotyczących tego zjawiska<sup>2</sup>. Chcąc rzucić choć trochę światła na ten problem, przeprowadzono w 2010 r. anonimowe badanie ankietowe wśród funkcjonariuszy policji i prokuratorów. Jego celem było poznanie poglądów przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości na temat częstości występowania niesłusznych skazań oraz najczęstszych ich przyczyn<sup>3</sup>. Wzięło w nim udział 189 prokuratorów z prokuratur rejonowych i 450 policjantów z komend miejskich Policji. Jednostki, znajdujące się na terenie całego kraju, zostały wybrane losowo. Respondenci zostali poinformowani o celu prowadzenia badania.

<sup>1</sup> Za: [www.innocenceproject.com](http://www.innocenceproject.com)

<sup>2</sup> Por. J. Widacki, A. Dudzińska, *Pomyłki sądowe. Skazania osób niewinnych przez sądy w Polsce*, „Palestra” 2007, nr 11–12, s. 64–69.

<sup>3</sup> Wyniki badań zostały zinterpretowane za pomocą testu statystycznego *chi kwadrat*.

Średni staż służby w Policji ankietowanych funkcjonariuszy wyniósł 12 lat i 4 miesiące. Blisko 31% respondentów pracuje w pionie kryminalnym, a nieco więcej niż 69% w dochodzeniowo-śledczym. Średni staż pracy w wydziale to natomiast 8 lat i 1 miesiąc.

W przypadku prokuratorów średnia stażu pracy respondentów biorących udział w badaniu wyniosła 7 lat i 3 miesiące.

Wśród ankietowanych policjantów 24,3% badanych stanowiły kobiety, w przypadku prokuratorów zaś stanowiły one 61,3% wszystkich respondentów.

## 1. WINNY NIEWINNY?

Praktycznie niemożliwe jest myślenie o systemie wymiaru sprawiedliwości jako wolnym od pomyłek. W rzeczywistości w każdy system – niezależnie, czy jest to *common law*, czy też kontynentalny – wpisane są błędy.

Mówiąc o pomyłkach wymiaru sprawiedliwości w najszerszym sensie, wyróżnić można trzy podstawowe grupy:

1) sprawca z powodów uchybień procesowych nie zostaje skazany, pomimo tego że rzeczywiście jest winny;

2) oskarżonemu zostaje wymierzona kara, chociaż nie jest sprawcą przestępstwa lub też

3) oskarżony zostaje skazany za przestępstwo, które w ogóle nie zostało popełnione.

Podział ten narzuca jeszcze jedno rozróżnienie – a mianowicie na: niewinnych prawnie i niewinnych faktycznie. Pojawienie się przypadków zarówno z jednej, jak i z drugiej kategorii jest dla wymiaru sprawiedliwości zjawiskiem niewątpliwie kłopotliwym. Zdecydowanie jednak gorzej jest, gdy grupa skazanych niewinnych faktycznie jest większa niż tych niewinnych prawnie. O ile bowiem można w jakiś sposób wytłumaczyć to, że rzeczywisty sprawca z uwagi na niedoskonałość systemu lub też niedociągnięcia ze strony jego reprezentantów nie ponosi odpowiedzialności za swoje czyny, o tyle trudno znaleźć usprawiedliwienie dla skazania niewinnego.

## 2. CO WIEMY O NIEŚLUSZNYCH SKAZANIACH?

Już na pierwszy rzut oka zaskakuje niewielka liczba naukowych publikacji dotyczących tego problemu. Nawet Amerykanie – choć zagadnieniem tym zajmują się już od wielu lat – dysponują stosunkowo niewielką liczbą aktualnych badań empirycznych dotyczących tej problematyki. Większość współczesnych publikacji opiera się jedynie na opisie i analizie pojedynczych przypadków.

Badania problemu pomyłek sądowych w Stanach Zjednoczonych rozpoczęły się wraz z publikacją w 1932 r. książki Edwina Borcharda *Convicting the Innocent: Sixty-Five Actual Errors of Criminal Justice*<sup>4</sup>. Analizując 62 amerykańskie sprawy oraz 3 brytyjskie, w których podejrzani zostali najpierw niesłusznie oskarżeni, następnie skazani i w rezultacie uwięzieni, autor obalił jeden z najpopularniejszych stereotypów – niezależnie od sze-

<sup>4</sup> E. Borchard, *Convicting the Innocent: Sixty-Five Actual Errors of Criminal Justice*, Yale University Press 1932.



rokości geograficznej – że niewinni nigdy nie są skazywani. Wyróżnił ponadto kilka typów błędów skutkujących niesłusznym skazaniem. Badane przez niego przypadki dotyczyły w większości poważnych przestępstw, takich jak morderstwa, rozboje oraz kradzieże. Niewinność tych skazanych udowodniona została między innymi przez to, że znajdowano ofiarę całą i zdrową, nagle pojawiał się prawdziwy sprawca, odnajdywano nowe dowody, a w 20% badanych przypadków stwierdzono, że w rzeczywistości żadne przestępstwo nie zostało popełnione. Borchard wskazał, że najczęstszą przyczyną niesłusznego skazania była błędna identyfikacja podejrzanego. A ponadto również wskazywał przywiązywanie zbyt dużego znaczenia do dowodów poszlakowych, fałszywe zeznania świadków, fałszywe samooskarżenie oraz niewiarygodność dowodów naukowych. Zwrócił również uwagę na znaczenie stosowanych technik przesłuchań oraz zachowanie funkcjonariuszy policji podczas przeprowadzania tej czynności<sup>5</sup>.

Kolejne znaczące badania przeprowadzone zostały dopiero 30 lat później. Edward Radin przeanalizował około 300 spraw z 25 amerykańskich stanów<sup>6</sup>. Zauważył, że najpoważniejsze pomyłki spowodowane były przez oskarżycieli publicznych nadużywających swojej władzy z powodu wybujałych ambicji. Najczęściej polegały one na ukrywaniu dowodów korzystnych dla oskarżonego, podważaniu wiarygodności świadków obrony oraz ukrywaniu braków w zeznaniach swoich świadków. Jednak najbardziej niedocenianą przyczyną niesłusznych skazań, jak się okazało, był nacisk ze strony opinii publicznej. Tego rodzaju presja może powodować, że śledczy są gotowi pominąć dowody świadczące o niewinności podejrzanego i zamiast podążać za faktami, skracają sobie drogę, przechodząc od razu do wniosków.

Praktycznie do końca lat osiemdziesiątych XX wieku nie opracowano żadnej systematyki zjawiska, a badania dotyczące tematyki niesłusznych skazań można nazwać sporadycznymi. Nadal też nie było empirycznych badań nad przyczynami, wzorami oraz konsekwencjami tego typu pomyłek. Zmieniło się to wraz z opublikowaniem w 1987 r. przez Hugona Bedau i Michaela Radeleta wyników badań prowadzonych na 350 sprawach zakończonych niesłusznymi skazaniami w USA w latach 1900–1987. Przeanalizowali oni te przypadki pod kątem popełnionych błędów, powodów, z których doszło do ich wykrycia, oraz liczby niesłusznie skazanych, którzy w rezultacie tych błędów zostali straceni<sup>7</sup>. Analizy te pokazały, że zjawisko niesłusznych skazań istnieje jak najbardziej realnie, że stoi ono w jawnej sprzeczności z ideałami będącymi podstawą wymiaru sprawiedliwości oraz że opiera się na pewnych błędach systemu, które niestety są bez przerwy powielane.

Jak wygląda sytuacja w Polsce – nie wiadomo. Na podstawie opracowań statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości<sup>8</sup> można poczynić pewne przypuszczenia co do skali tego zjawiska. Z góry jednak założyć można, że nie będą one wiernym odzwierciedle-

<sup>5</sup> W 1931 r., a więc rok przed książką Borcharda, opublikowany został raport Komisji Wickershama, który ujawnił, że brutalne metody przesłuchań, a w szczególności tzw. „trzeci stopień”, są stosowane praktycznie w każdym komisariacie na terenie całych Stanów Zjednoczonych. Doprowadził on do całkowitego zniszczenia reputacji amerykańskiej policji oraz zapoczątkował zmiany, których głównym inicjatorem był ówczesny dyrektor Federalnego Biura Śledczego J. Edgar Hoover.

<sup>6</sup> G. H. Gudjonsson, *The Psychology of Interrogations and Confessions. A Handbook*, Wiley 2003, s. 160.

<sup>7</sup> H. Bedau, M. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, „Stanford Law Review” 1987, vol. 40, nr 1, s. 21–179.

<sup>8</sup> Dane dostępne na: [www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl)

niem rzeczywistego stanu, z uwagi na problem ciemnej liczby. W latach 1999–2008 co roku skazywano w Polsce średnio około 386 tysięcy osób. W tym samym okresie w 517 sprawach zasądzano odszkodowanie w trybie art. 552 § 1 i 2 k.p.k., co oznacza, że średnio 52 osoby rocznie uzyskiwały prawomocne orzeczenie, iż zostały ukarane za czyn, którego rzeczywiście nie popełniły. Biorąc teraz pod uwagę ogólną liczbę skazanych i porównując ją z liczbą przyznanych odszkodowań, okazuje się, że z niesłusznymi skazaniami w Polsce praktycznie nie ma problemu<sup>9</sup>. Niewątpliwie jednak rzeczywista liczba niesłusznie skazanych jest zdecydowanie wyższa. Jak słusznie zauważył R. Ofshe: „Skazanie niewłaściwej osoby jest jednym z najgorszych błędów, jaki można popełnić – to tak, jakby chirurg amputował nie tę rękę”<sup>10</sup>.

### 3. (NIE)WINNE POMYŁKI

W momencie, w którym coraz to bardziej otwarcie zaczęto mówić o istnieniu pomyłek sądowych, rozpoczęto badania zmierzające do poznania rzeczywistej skali tego zjawiska oraz jego przyczyn.

Bardzo trudne, o ile w ogóle możliwe, jest ustalenie, jak często dochodzi do niesłusznego skazania. Pierwszą próbę odpowiedzi na to pytanie stanowiły badania Ronalda Huffa, Arye Rattnera oraz Edwarda Sagarina z 1987 r.<sup>11</sup> Przeprowadzili oni badania ankietowe wśród 200 prokuratorów, adwokatów, sędziów i policjantów ze stanu Ohio. Wykazały one, że 71,8% badanych uważa, że niesłuszne skazanie zdarza się rzadziej niż w 1% spraw. Co piąty badany (20,3%) zaznaczył, że jego zdaniem takie błędy zdarzają się między 1 a 5% spraw. Nieco ponad dwa procent (2,3%) uznało, że niesłuszne skazania pojawiają się w przedziale 5 do 10%, natomiast 5,6% uznało, że nie zdarzają się w ogóle.

Polscy policjanci i prokuratorzy na tak zadane pytanie odpowiedzieli w podobny sposób. Blisko 52% badanych funkcjonariuszy i niespełna 60% prokuratorów uznało, że niesłuszne skazania w Polsce zdarzają się w mniej niż w 1% spraw zakończonych wyrokiem. Co trzeci badany uznał, że takimi pomyłkami dotknięte może być co dwudzieste zakończone postępowanie. Optymistycznie do problemu niesłusznych skazań podeszło natomiast 6% badanych policjantów i 5% prokuratorów, uznając, że niesłuszne skazania w Polsce nie zdarzają się w ogóle. Jedynie 2,1% ankietowanych funkcjonariuszy uznało, że błąd niesłusznego skazania może dotyczyć nawet więcej niż 10% wszystkich postępowań. Opinii tej nie podzielił żaden z prokuratorów. Dokładne wyniki zaprezentowane są w tabeli nr 1.

Jak natomiast pokazują wyniki badania przeprowadzonego przez J. Widackiego i A. Dudzińską wśród 25 adwokatów, blisko połowa respondentów (12) wyraziła opinię, że w przypadku poszlakowych procesów o zabójstwo niewinni stanowią pomiędzy 30 a 50% wszystkich skazanych. 10 obrońców wskazało, że ich zdaniem liczba ta waha się od 20 do 30%. Tylko jeden respondent określił ten przedział na 10–20%<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> W przeciwieństwie do niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania.

<sup>10</sup> Cyt. za R. A. Leo, *Police interrogation and American justice*, Harvard University Press 2008, s. 237.

<sup>11</sup> R. Huff, A. Rattner, E. Sagarin, *Guilty until proven innocent: Wrongful conviction and public policy*, „Crime and Delinquency” 1986, vol. 32, nr 4, s. 518–544.

<sup>12</sup> J. Widacki, A. Dudzińska, *Pomyłki sądowe*, s. 67.





Tabela 1 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie: „Jak często Pani/Pana zdaniem dochodzi w Polsce do niesłusznego skazania?” ( $p > 0,05$ )

Wyniki te nie wskazują bynajmniej na rzeczywistą częstotliwość występowania tego zjawiska. Są jedynie jego odbiciem w opinii osób mających bezpośredni związek z przygotowaniem aktów oskarżenia.

Analiza 500 spraw doprowadziła Huffa, Rattnera i Sagarina do wniosku, że najrzadziej niesłuszne skazania zdarzają się w kategorii przestępstw najpoważniejszych – niecały 1% spraw<sup>13</sup>. Ponadto wykazała, że w większości spraw o pomyłce decydował więcej niż jeden czynnik, jednak podobnie jak w przypadku badań Borcharda – mylna identyfikacja przez świadka okazała się najczęstszą samodzielnie występującą przyczyną niepowodzeń wymiaru sprawiedliwości. Podkreślili również, że ryzyko wystąpienia tego typu pomyłek wzrasta wraz z poziomem zainteresowania mediów i nacisków ze strony opinii publicznej.

Publikacja tych badań zbiegła się w czasie z rewolucją, jaką w dziedzinie nauk sądowych wywołało wprowadzenie do powszechnego użytku badań DNA. Pozwoliły one na otrzymywanie bardziej wiarygodnych niż badania serologiczne wyników pozwalających powiązać podejrzanych z miejscem zdarzenia lub ofiarą. Niewinnie skazani również zauważyli w nich swoją szansę. Lawinowo zaczęły pojawiać się wnioski osadzonych o ponowne wykonanie badań z użyciem testów genetycznych. W ciągu ostatnich dwóch dekad dzięki nim uwolniono w Stanach Zjednoczonych już 266 niesłusznie skazanych<sup>14</sup>.

#### 4. ŹRÓDŁA NIESŁUSZNYCH SKAZAŃ

W ciągu kilku ostatnich lat w Stanach Zjednoczonych wykonano kilka badań mających na celu ustalenie przyczyn niesłusznych skazań. Prowadzić miały one do odkrycia

<sup>13</sup> W 1988 r. Arye Rattner przeanalizował 205 przypadków zaczerpniętych z literatury, dokumentów oraz gazet. Najwięcej wśród nich było morderstw (43%), rozbojów (29%) oraz gwałtów (12%). Dwudziestu jeden oskarżonych (10%) zostało skazanych na karę śmierci – za: A. Rattner, *Convicted but innocent. Wrongful conviction and the criminal justice*, „Law and Human Behavior” 1988, nr 12, s. 238–239.

<sup>14</sup> Stan na dzień 1 lutego 2011 r., dane za: [www.innocenceproject.com](http://www.innocenceproject.com)

pewnego wzorca popełnianych błędów, którego pojawienie się zawsze zwiastowałyby niesłuszne skazanie. Jednak doprowadziły jedynie do potwierdzenia tego, o czym naukowcy wiedzieli już od dawna, a mianowicie że niezmiernie rzadko niesłuszne skazanie jest rezultatem zaistnienia tylko jednego czynnika. Pozwoliły również na wyróżnienie pięciu podstawowych grup przyczyn pomylek sądowych – błędnej identyfikacji przez świadka, fałszywego przyznania się do winy, jednotorowości pracy śledczych, błędów w badaniu dowodów rzeczowych oraz błędów oskarżenia i obrony. Poza tymi głównymi grupami w literaturze dyskutowano również wpływ czynnika rasowego, czy też naciski ze strony mediów i opinii społecznej.

#### A. BŁĘDNA IDENTYFIKACJA PRZEZ ŚWIADKA

Według danych z raportu organizacji *Innocence Project*, przygotowanego w związku z uwolnieniem 250. niesłusznie skazanego osadzonego, mylna identyfikacja sprawcy przez świadka lub też ofiarę<sup>15</sup> była główną przyczyną mylnego skazania 76% oskarżonych w Stanach Zjednoczonych. Błędy w rozpoznaniu nie wynikają bynajmniej z tego, że rozpoznający celowo mijają się z prawdą, ale spowodowane są naturalną dla każdego człowieka skłonnością do podejmowania błędnych decyzji. Stres związany z wydarzeniem, którego ofiarą, lub też świadkiem, zostało się zwykle bez przygotowania, powoduje, że później mylnie ocenia się sytuację. Najbardziej jaskrawo widać to na przykładzie tzw. *weapon focus*<sup>16</sup> – kiedy to ofiara przestępstwa z użyciem broni tak bardzo skupia się na narzędziu, że nie jest w stanie zapamiętać, jak wygląda sprawca. Podobnie sprawy wyglądają, kiedy sprawca i ofiara są przedstawicielami różnych ras<sup>17</sup>. Ofiara może wierzyć, że pamiętane przez nią zdarzenia naprawdę się zdarzyły, podczas gdy są one jedynie ubarwionym przez wyobraźnię odbiciem tego, co rzeczywiście miało miejsce. Badania pokazują również, że istnieje niewielka zgodność pomiędzy stopniem pewności świadka co do identyfikacji sprawcy a trafnością tego osądu<sup>18</sup>. Co więcej, wskazują one również na istnienie zależności między przyznaniem się do winy przez podejrzanego a rozpoznaniem go przez ofiarę<sup>19</sup>.

Identyfikacja zawsze obarczona jest błędem wynikającym z sugestywności samego aktu rozpoznawania. Może ona być jednak wzmocniona przez prowadzących czynność. Chodzi nie tylko o sytuacje, w których funkcjonariusz swoim zachowaniem potwierdza wybór dokonany przez rozpoznającego, ale również o takie, gdy podejrzanego wyróżnia się wśród osób przybranych<sup>20</sup>. Świadców zdecydowanie częściej skłonni są do

<sup>15</sup> 250 exonerated. *Too many wrongfully convicted* (2010), *An Innocent Project report on the first 250 DNA exonerations in the U.S.*, s. 22–23, Benjamin N. Cordazo School of Law, Yeshiva University. Raport dostępny na: [www.innocenceproject.com](http://www.innocenceproject.com)

<sup>16</sup> E. Loftus, G. Loftus, J. Messo, *Some facts about „weapon focus”*, „*Law and Human Behavior*” 1987, vol. 11, nr 1, s. 55–62.

<sup>17</sup> Zgodnie z danymi podawanymi przez *Innocence Project* w przywoływanym wcześniej raporcie ze wszystkich przypadków, w których powodem niesłusznego skazania było mylne rozpoznanie sprawcy, aż 53% stanowiły identyfikacje w układzie międzyrasowym.

<sup>18</sup> G. L. Wells, D. M. Murray, *What can psychology say about the Neil vs. Biggers criteria for judging eyewitness identification accuracy?*, „*Journal of Applied Psychology*” 1983, vol. 68, s. 347–362.

<sup>19</sup> L. E. Hasel, S. M. Kassir, *On the presumption of evidentiary independence: Can confessions corrupt eyewitness identifications?*, „*Psychological Science*” 2009, vol. 20, nr 1, s. 122–126.

<sup>20</sup> Np. odróżnia się wzrostem, kolorem włosów czy też skóry.

wyberania osób podobnych do sprawcy niż do oświadczenia, że w prezentowanej im paradzie go nie ma<sup>21</sup>.

Ankietowanych funkcjonariuszy policji i prokuratorów poproszono o zaznaczenie, jakie są ich zdaniem główne przyczyny niesłusznych skazań (maksymalnie 3 przyczyny), oraz o uszeregowanie ich według hierarchii ważności. Blisko 49% badanych policjantów i nieco ponad 47% prokuratorów jako główną przyczynę niesłusznych skazań wskazało mylne zidentyfikowanie przez ofiarę/świadka.

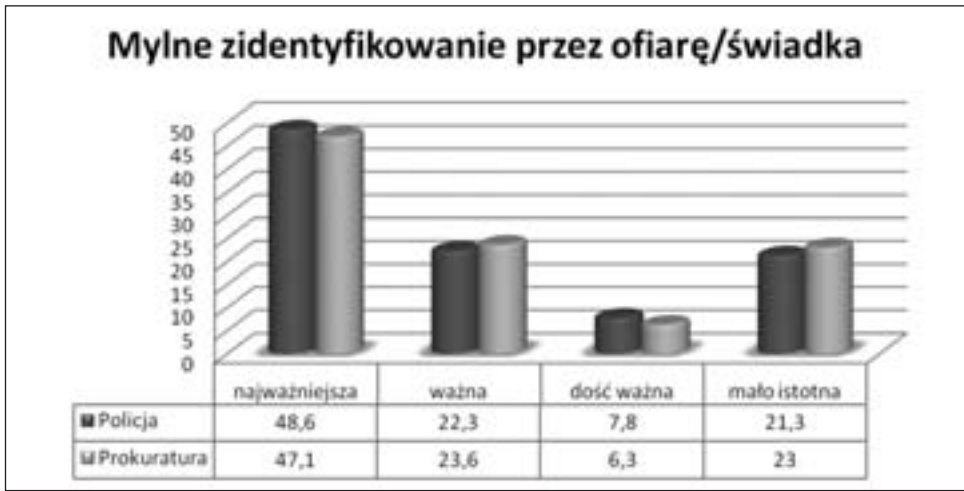


Tabela 2 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność mylnej identyfikacji przez ofiarę/świadka jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p > 0,05$ )



Tabela 3 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność źle przeprowadzonego okazania jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p < 0,05$ )

<sup>21</sup> L. E. Hasel, S. M. Kassin, *On the presumption*, s. 123.

Jak widać, zarówno funkcjonariusze, jak i prokuratorzy widzą zagrożenie, jakim może być dla osoby niewinnej mylne zidentyfikowanie jej jako sprawcy przez świadka czy też ofiarę przestępstwa. Jednak – jak pokazuje tabela 3 – nie wiążą praktycznie w ogóle błędów popełnianych przez rozpoznających z praktyczną stroną przygotowania okazywania. Blisko 79% badanych funkcjonariuszy i nieco ponad 51% prokuratorów uznało, że szanse, aby źle przeprowadzone okazywanie mogło doprowadzić do niesłusznego skazania, są znikome. Opinię przeciwną wyraziło jedynie 1,7% badanych policjantów oraz blisko co 10. badany prokurator.

## B. FAŁSZYWE SAMOOSKARŻENIE

Czasem zdarza się, że podejrzani przyznają się do czynów, których nie popełnili. Choć wydawać by się mogło, że niewinny zawsze powinien zaprzeczać sprawstwu, to w pewnych sytuacjach jest on skłonny wziąć na siebie ciężar odpowiedzialności za niepopełnione przestępstwo<sup>22</sup>. Badaniami nad problemem fałszywego samooskarżenia zajmowano się głównie w Stanach Zjednoczonych i krajach systemu *common law*. Ich wyniki po części tłumaczą, w jaki sposób dochodzi do tego typu sytuacji. Według danych dostępnych na stronie organizacji *Innocence Project* ok. 2/3 niesłuszenie skazanych za morderstwo fałszywie świadczyło przeciwko sobie.

Takie obciążające oskarżenia są wynikiem nie tylko problemów psychicznych, chęci zaimponowania czy też ochrony osób bliskich, ale w znacznej części przypadków spowodowane są technikami przesłuchań stosowanymi przez funkcjonariuszy wymiaru sprawiedliwości. Współczesna amerykańska policja określa przesłuchanie jako „wywiad” wymagający użycia pewnej dozy presji, której wynikiem jest przyznanie się<sup>23</sup>. Obraz inkwizytora stosującego techniki oparte na przymusie fizycznym został zastąpiony przez neutralnego, dążącego do ustalenia prawdy „kolekcjonera” informacji. Jednak psychologiczne przesłuchanie nie jest tylko zwykłym zbieraniem informacji. Jest to strategiczne, wieloetapowe, skierowane na określone cele, wywołujące stres posługiwanie się perswazją i podstępem, obliczone na wytworzenie specyficznego zestawu psychologicznych efektów i reakcji, których celem jest przesunięcie postawy podejrzanego z zaprzeczającej do wyznającej<sup>24</sup>. Jednak całkowicie spontaniczne wyznania, szczególnie sprawców poważnych przestępstw, ciągle należą do rzadkości. Podstawowym celem ich stosowania jest uzyskanie obciążającego oświadczenia, które będzie mogło być postrzegane jako dobrowolne i, jako takie, wykorzystane do skazania podejrzanego.

Można wyróżnić trzy podstawowe typy błędów popełnianych przez przesłuchujących, które mogą doprowadzić niewinnego do przyznania się. Pierwszy z nich pojawia się już na samym początku, kiedy to podejrzany zostanie źle wytypowany. Wówczas śledczy pchani silnym przekonaniem o winie tej osoby nie cofną się praktycznie przed niczym, dążąc do uzyskania przyznania się. W tej sytuacji domniemanie niewinności nie ma praktycznie żadnego zastosowania. I wówczas pojawia się zwykle

<sup>22</sup> Por. artykuł V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, J. Wójcikiewicz, *Dlaczego nieletni przyznają się do niepopełnionych czynów?*, (w:) *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, pod red. P. Hofmańskiego, S. Waltosia, Warszawa 2009.

<sup>23</sup> R. A. Leo, *Police interrogation*, s. 119.

<sup>24</sup> Tamże.

błąd numer dwa. Rozpoczyna się przesłuchanie w atmosferze oskarżeń. Uzyskanie przyznania się jest tym istotniejsze, im mniej dowodów rzeczowych w danej sprawie posiadają przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości. Jak pokazują badania, najczęściej niesłusznych samooskarżeń pojawia się w sprawach dotyczących poważnych przestępstw<sup>25</sup>, w których presja wywierana na śledczych przez media i opinię społeczną jest nieporównywalnie większa niż w przypadku tych bardziej pospolitych. Jednak przesłuchanie nie kończy się w momencie, w którym podejrzany powie: „tak, ja to zrobiłem”, a ingerowanie w wyjaśnienia po przyznaniu się jest trzecim błędem, jaki przesłuchujący może popełnić i w konsekwencji którego może pojawić się fałszywe samooskarżenie.

Z tych trzech typów błędów – w związku z brakiem nagrań z przesłuchań – udowodnić można jedynie pierwszy. Trudno bowiem wykryć, jakie techniki przesłuchań były stosowane oraz czy śledczy ingerowali w treść oświadczeń podejrzanego.



Tabela 4 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność fałszywego przyznania się jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p < 0,05$ )

Jak widać, polscy śledczy nie zaliczyli fałszywego samooskarżenia do grupy czynników o największym znaczeniu dla niesłusznego skazania. Jednak zaprezentowane powyżej wyniki świadczą o tym, że patrzą na ten problem dużo bardziej krytycznie niż ankieterowani prokuratorzy. Dysonans ten wynikać może z tego, że to prokuratorzy bezpośrednio odpowiadają za treść aktów oskarżenia, a rozpoczynanie procesu na podstawie jedynie samego świadectwa podejrzanego w zasadzie nie ma racji bytu. Przy braku innych dowodów świadczących o winie wyrok może być właściwie tylko jeden – a mianowicie uniewinnienie.

<sup>25</sup> Według badań S. A. Drizina i R. A. Leo na 125 udowodnionych niesłusznych skazań w Stanach Zjednoczonych w latach 1971–2002 ponad 80% stanowiły sprawy zabójstw, gwałty uplasowały się na drugim miejscu (8%) – za S. A. Drizin, R. A. Leo, *The problem of false confession in the post – DNA world*, „North Carolina Law Review” 2004, vol. 82, s. 945.

### C. JEDNOTOROWE PROWADZENIE POSTĘPOWANIA

Domniemanie niewinności, choć jest zasadą procesową *expressis verbis* wyrażoną w art. 5 § 1 Kodeksu postępowania karnego, nie ma większego znaczenia dla prowadzących postępowanie praktyków. Z jednej strony założenie, że każdego podejrzanego (czy też oskarżonego) aż do sądowego stwierdzenia jego winy należy traktować jako osobę całkowicie niewinną, jest słuszne, jednak z drugiej strony istotą bycia podejrzanym jest „domniemanie sprawstwa”. Przedstawienie zarzutów danej osobie jest następstwem analizy materiału zebranego w sprawie, który – w opinii organu prowadzącego postępowanie – uprawdopodobnia jej sprawstwo. Z zasad logiki wynika, że jeśli organ procesowy dysponuje dowodami, na podstawie których może wykazać sprawstwo konkretnej osoby, a wykluczyć innej, to nie sposób przyjąć założenia o niewinności podejrzanego. Jak mawiał Sherlock Holmes: „jeśli wyeliminuje się to, co niemożliwe, wówczas wszystko, co zostanie – nawet najbardziej nieprawdopodobne – musi być prawdą”<sup>26</sup>. Prowadzi to do tego, że prowadzący postępowanie są w stanie ignorować dowody świadczące o niewinności podejrzanego. Niektórzy usprawiedliwiają takie podejście tym, że w trakcie dochodzenia zgromadzone w sprawie dowody mogą „przytłoczyć” śledczych. Nie będą oni zatem chętni do szukania nowych poszlak, do sprawdzania ich ani też do przesłuchiwania kolejnych osób w sytuacji, w której zgromadzony przez nich do tej pory materiał dowodowy świadczy o winie podejrzanego<sup>27</sup>. Ewentualne braki można zastąpić, używając wyobraźni i zdrowego rozsądku. Ważne, aby tak stworzona wersja była logiczna i miała potwierdzenie w pozostałych dowodach.

Problem jednotorowości może pojawić się praktycznie na każdym etapie postępowania – od przesłuchania po badanie dowodów rzeczowych. Jego konsekwencją może być uznanie niewinnej osoby za podejrzaną, a co za tym idzie – na kolejnym etapie jej skazanie.

### D. DOWODY NAUKOWE

Dynamiczny rozwój nauk sądowych, wprowadzanie nowych, coraz bardziej skutecznych technik badawczych, a w szczególności postęp w dziedzinie badań genetycznych pozwalają zapomnieć, że przez lata organy ścigania w swojej pracy opierały się na metodach, którym daleko było do takiej wiarygodności.

Pokolenia prawników toczyły spór o wyższość dowodów rzeczowych nad osobowymi (lub odwrotnie). Do XIX wieku zdecydowany prymat wiodły dowody osobowe, co wynikało z niskiego poziomu nauki i techniki – dowody rzeczowe były praktycznie bez znaczenia. Dopiero na przełomie XIX i XX w., gdy nastąpił szybki rozwój nauk przyrodniczych, niepomniernie wzrosły możliwości badania dowodów rzeczowych, a przez to wzrosło ich znaczenie w toku procesu. Edmund Locard, uważany za jednego z ojców kryminalistyki, wróżył nawet całkowity koniec wykorzystywania osobowych źródeł dowodowych w procesie<sup>28</sup>. Prognozy te jednak nie spełniły się.

W powszechnym przekonaniu dowód naukowy jest zawsze pewny, nie może się mylić i dzięki temu skutecznie wskazuje winnego. Z pomocą w ugruntowaniu tego przeświadczenia przyszli, nie tylko amerykańskim funkcjonariuszom, twórcy jednego

<sup>26</sup> A. Conan Doyle, *Une Etude en Rouge*, Paris 2003, s. 45.

<sup>27</sup> U. Holmberg, O. Kronkvist, *Interviewing suspects* (chapter 5), s. 12, (w:) G. M. Davies, C. R. Hollin, R. Bull, *Forensic psychology* 2008 – numeracja stron według wersji elektronicznej tego rozdziału udostępnionej przez prof. G. M. Daviesa.

<sup>28</sup> T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 2004, s. 200.



z najpopularniejszych seriali kryminalnych *CSI – Crime Scene Investigations*. Fenomen zwany *CSI effect*<sup>29</sup> nie ogranicza się jedynie do przedstawicieli opinii publicznej – oddziałuje tak samo silnie na oskarżonego, prokuratora czy też sąd. Wszyscy uczestnicy procesu żądają, aby przedstawiano im dowody naukowe potwierdzające sprawstwo oskarżonego, i uważają je za dużo bardziej wiarygodne niż zeznania świadków. Na takim stanowisku stanął również Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, który w postanowieniu z 11 marca 2010 r. stwierdził, że: „jak długo nie zostanie podważony dowód z opinii dotyczącej śladów biologicznych ujawnionych na miejscu zdarzenia oraz na ciele pokrzywdzonej i zidentyfikowanych jako pochodzące od skazanego, tak długo żaden dowód osobowy (...) nie może zostać uznany za wiarygodny”<sup>30</sup>. W tym kontekście podkreślić należy, że dowody rzeczowe nie są wolne od wad. O ile same w sobie być może są „nieomyłne”, o tyle trzeba zawsze mieć na uwadze to, że od chwili zabezpieczenia śladów do wydania wyroku dowody podlegają wielu subiektywnym ocenom – od biegłego, przez prokuratora, po sąd – i jako takie mogą wprowadzać w błąd równie skutecznie jak świadkowie.

Ponadto ekspertyzy bazują na tym, co uda się zabezpieczyć na miejscu zdarzenia, i czasem błędy nie są wynikiem celowego działania biegłych, którzy je badają, ale pomyłek popełnionych podczas oględzin miejsca i procesu zabezpieczenia dowodów. Jednak jedynie nieco ponad 7,1% prokuratorów biorących udział w badaniu i blisko 6% policjantów uznało, że najważniejszą z przyczyn prowadzących do niesłusznego skazania są błędy w ekspertyzach. Przeciwną opinię wyraziło trochę ponad 70% funkcjonariuszy i blisko połowa prokuratorów.

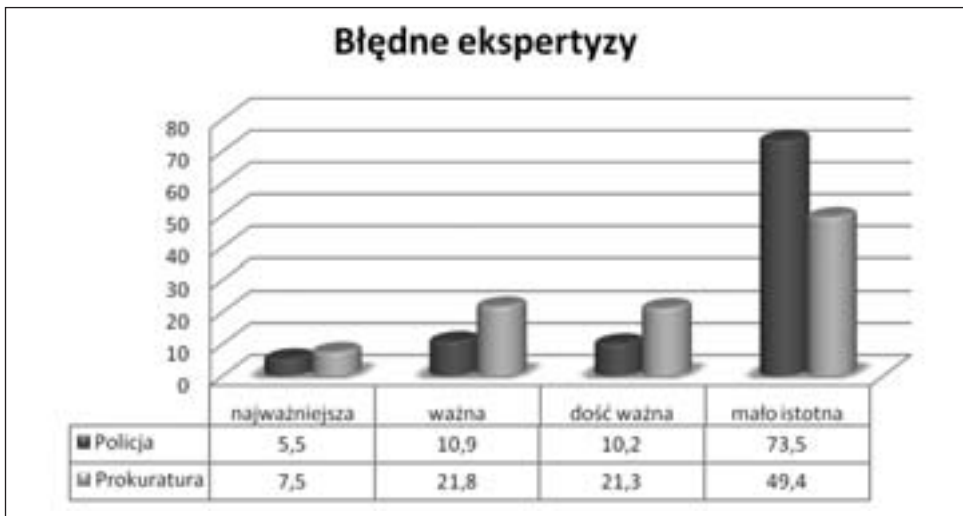


Tabela 5 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność błędnych ekspertyz jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p < 0,05$ )

<sup>29</sup> Por. T.R. Tyler, *Is the CSI effect good science?*, „The Yale Law Journal” (Pocket Part) 2006, vol. 115, s. 71–75 oraz A. P. Thomas, *The CSI Effect: Fact or Fiction*, „The Yale Law Journal” (Pocket Part) 2006, vol. 70, s. 70–72.

<sup>30</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, II AKo 23/10, LEX nr 580912.

Proces oględzin i zabezpieczania dowodów na miejscu w znacznej mierze leży w kompetencji policji, dlatego też nie dziwi rozdźwięk między oceną możliwości wystąpienia błędów podczas wykonywania tej czynności w ocenie funkcjonariuszy i prokuratorów.

Błędy popełnione podczas oględzin jako najważniejszą przyczynę niesłusznego skazania wskazało niecałe 8,5% policjantów i blisko 14% prokuratorów. Jako ważną oznaczyły ją 4,2% funkcjonariuszy i 6% prokuratorów – a jako dość ważną odpowiednio 4,9% oraz 12,5% respondentów.

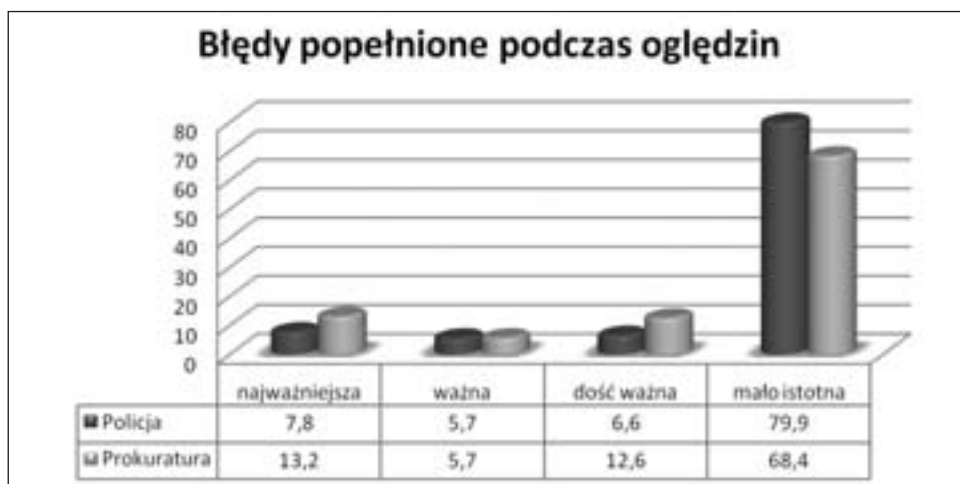


Tabela 6 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność błędów popełnionych podczas oględzin jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p < 0,05$ )

### E. BŁĘDY OSKARŻENIA, OBRONY I SĄDU

Każdy przejaw działalności człowieka niesie ze sobą jakąś reakcję. Wychodząc z tego całkiem oczywistego założenia, można dość łatwo dojść do wniosku, że również działalność przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości – niezależnie od roli, jaką w nim odgrywiają, i od tego, po której stronie barykady stoją – obciążona jest ryzykiem popełnienia błędu. Jak już było wspomniane, nie ma takiego systemu wymiaru sprawiedliwości, który byłby całkowicie wolny od pomyłek. Chcąc w jak największym stopniu ograniczyć ich liczbę, praktycznie każdy ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie wieloinstancyjnego systemu, który dopuszcza nawet kilkakrotną rewizję orzeczeń sądowych. W założeniu ma to prowadzić do eliminowania pomyłek sądowych na etapie, na którym ich skutki są jeszcze dość łatwe do odwrócenia. W zasadzie to niesłuszne skazania nie powinny się zdarzać w ogóle. Nie ma bowiem gorszej pomyłki w ramach systemu wymiaru sprawiedliwości niż skazanie niewinnego. Szczególnie że system ten – niezależnie od tego, jaki ma się na myśli – został zaprojektowany tak, aby zapobiegać takim sytuacjom, głównym jego celem jest dojście do prawdy, a skazanie sprawcy jest dopiero tego następstwem. W związku z tym pomyłki sądowe będące wynikiem celowego działania funkcjonariuszy wymiaru sprawiedliwości w ogóle nie powinny mieć miejsca. Jak jednak pokazuje praktyka, czasem się zdarzają. Jednym z wielu przykładów, jakie można znaleźć na stronie *Innocence Project*,



jest sprawa Edwarda Honakera. W 1985 r. został skazany za gwałt na podstawie zeznań ofiary i jej chłopaka. Prokurator nie wspomniał jednak przez cały czas trwania procesu, że podczas zdarzenia ofiara nie miała możliwości dokładnego przyjrzenia się sprawcy, a rozpoznała go dopiero po seansie z hipnotyzerem<sup>31</sup>.

Kiedy więc oskarżenie nie dopełnia swoich obowiązków, jedyną nadzieją niesłusznie oskarżonego jest adwokat. Jego głównym zadaniem jest bronić oskarżonego przed pomyłkami innych: przed mylną identyfikacją przez świadka, przed pochopnymi osądami policji, przed skłonnością prokuratorów do pomijania dowodów jego niewinności<sup>32</sup>.

M. Saks i J. Koehler po analizie 86 spraw zakończonych niesłusznym skazaniem ustalili, że błędy policji spowodowały 44% pomyłek sądowych, 28% wynikało z niedociągnięć prokuratury, a niekompetencja obrońców była przyczyną 19% niewłaściwych wyroków<sup>33</sup>. Natomiast według danych *Innocence Project* na 266 spraw, którymi do chwili obecnej zajmowała się ta organizacja, jedynie w 13 błędy obrony były jedną z przyczyn niesłusznego skazania<sup>34</sup>.

Jak pokazały natomiast badania prowadzone na Uniwersytecie Columbia<sup>35</sup>, na przestrzeni 23 lat nieefektywna obrona była najczęstszą przyczyną niesłusznych skazań w przypadku spraw o najpoważniejsze przestępstwa. Spowodowana była ona przez niewystarczające fundusze, brak wiedzy obrońców z zakresu nauk sądowych, brak motywacji, jak również przez zbyt małą ilość czasu poświęconego na przygotowanie się adwokata do procesu.

Wszystkie zaniechania zarówno oskarżenia, jak i obrony prowadzą do przekroczenia czasem niezbyt grubej linii dzielącej niewinnego oskarżonego od niesłusznie skazanego.

Blisko 10% policjantów stwierdziło, że najważniejszą przyczyną niesłusznych skazań są błędy popełnione przez prokuraturę. W zasadzie nie może dziwić, że jedynie nieco ponad 1% ankietowanych prokuratorów podzieliło tę opinię. Natomiast prawie 92% prokuratorów uznało, że prawdopodobieństwo, by ich działania były w stanie doprowadzić do niesłusznego skazania, jest nikłe. Policjanci na ten problem patrzą, jak widać, dużo bardziej krytycznie – jedynie 62,4% badanych wyraziło taką samą opinię jak prokuratorzy. Szczegółowe wyniki zaprezentowane zostały w tabeli nr 7.

Jedną z najważniejszych zasad rządzących procesem jest zasada trafnej reakcji. Opisana została ona w art. 2 § 1 ust. 1 Kodeksu postępowania karnego, który mówi, że postępowanie powinno być tak ukształtowane, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. I chociaż ostatecznej odpowiedzi na pytanie o winę lub niewinność oskarżonego ma za zadanie udzielić sąd, to jednak dyrektywa ta kierowana jest do wszystkich, którzy biorą udział w prowadzeniu postępowania. Praca sędziów została przez ankietowanych policjantów oceniona lepiej niż prokuratorów. Jedynie 4,6% funkcjonariuszy uznało, że błędy popełniane przez sąd są najważniejszą przyczyną niesłusznego skazania. Podobny pogląd wyraziło niecałe 2,5% badanych prokuratorów (tabela nr 8).

<sup>31</sup> Za: [www.innocenceproject.com](http://www.innocenceproject.com)

<sup>32</sup> A. Bernhard, *Effective Assistance of Counsel*, (w:) S. Westervelt, J. Humfrey, *Wrongly Convicted: Perspectives on Failed Justice*, Rutgers University Press 2001, s. 227–228.

<sup>33</sup> Za: J. Wójcikiewicz, *Temida nad mikroskopem*, Toruń 2009, s. 258.

<sup>34</sup> Za: [www.innocenceproject.com](http://www.innocenceproject.com)

<sup>35</sup> J. S. Liebman, J. Fagan, V. West, *Capital Attrition: Errors Rates in Capital Cases 1973–1995*, „Texas Law Review” 2000, vol. 79, s. 1839–1861.

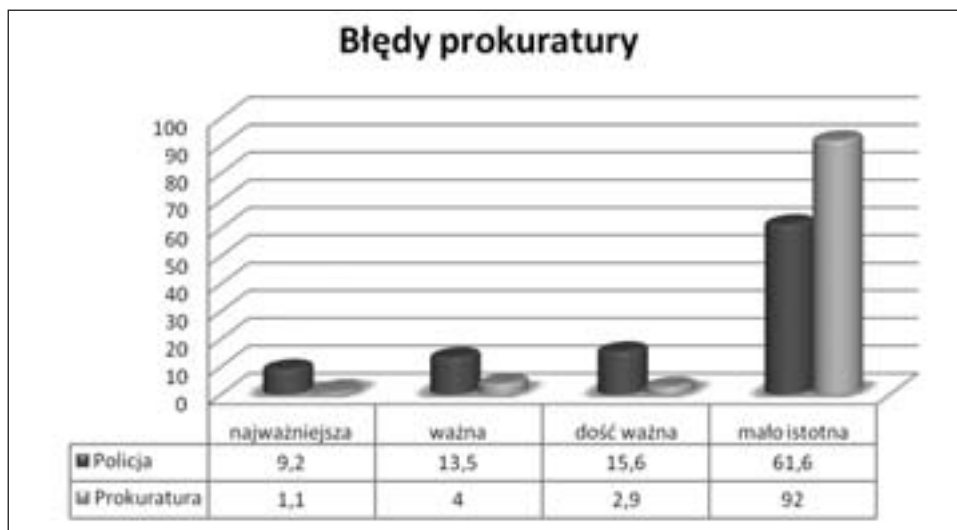


Tabela 7 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność błędów prokuratury jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p < 0,05$ )

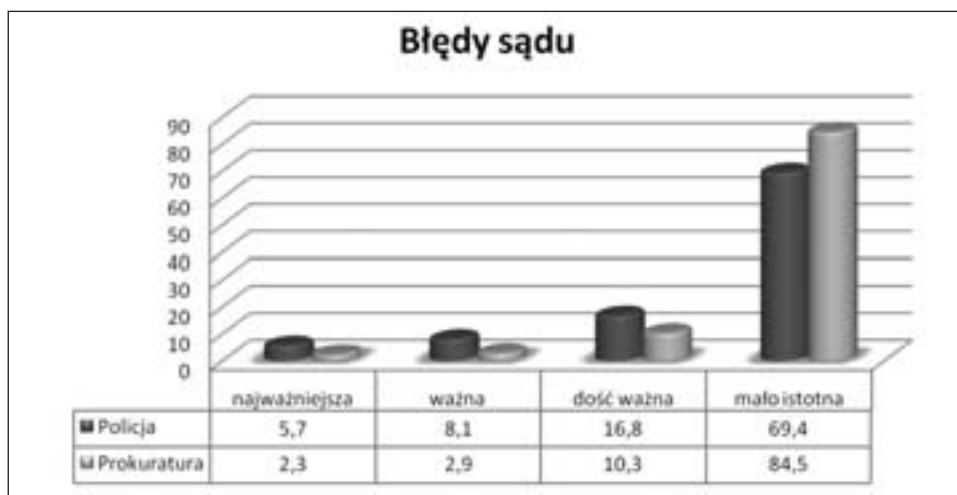


Tabela 8 – porównanie odpowiedzi policjantów i prokuratorów na pytanie o istotność błędów sądu jako głównego czynnika prowadzącego do niesłusznego skazania ( $p < 0,05$ )

## 5. WNIOSKI

Nie można zaprzeczyć, że niesłuszne skazania – niezależnie od systemu prawa, który bierze się pod uwagę – zdarzają się. Natomiast liczba rzeczywistych przypadków, kiedy to osoba niewinna została ukarana za przestępstwo, którego nie popełniła, pozostaje nieznana. Praktycznie niemożliwe jest ustalenie jej rzeczywistej wielkości. O tym, że mamy do czynienia z pomyłką sądową, dowiadujemy się dopiero na końcu łańcucha

wymiaru sprawiedliwości. Niewinny musi przejść przez wszystkie etapy – aż do sądowego stwierdzenia winy, i dopiero wówczas, o ile pojawi się jakiś dowód świadczący o jego niewinności, można stwierdzić, że do pomyłki doszło.

Omówione powyżej przyczyny niesłusznych skazań nie wyczerpują całego katalogu potencjalnych powodów występowania pomyłek sądowych. Kiedy oskarżony zostaje uznany za sprawcę przestępstwa, którego rzeczywiście nie popełnił, często bardzo trudno jest mu udowodnić, że tego nie zrobił. Z całą pewnością zaprezentowane wyżej wyniki badań stanowić mogą jedynie przyczynek do szerszych i bardziej kompleksowych studiów empirycznych nad problemem niesłusznych skazań w Polsce. Z tej racji, że nie opierają się one na analizie spraw, a jedynie na analizie opinii przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, ich wyniki stanowią tylko informację o poglądach przedstawicieli organów ścigania.

Pomyłki sądowe są najbardziej tragicznym skutkiem błędnych odpowiedzi na pytanie o winę i niewinność oskarżonego. Wynikają z pomyłek w ocenach wielu ludzi i na wielu poziomach – począwszy od policjantów, a na sędziach kończąc. Udawanie, że problemu nie ma i że takie sytuacje się nie zdarzają w ogóle, jest drogą donikąd. Przedstawione wyniki pokazują, że ankietowani funkcjonariusze i prokuratorzy zdają sobie sprawę z zagrożeń oraz z ryzyka, z jakim wiąże się praca w systemie wymiaru sprawiedliwości. Pamiętać natomiast powinni, że ponieważ nie myli się tylko ten, kto nic nie robi – również oni nie są w stanie ustrzec się przed popełnianiem błędów. Jednak, jak słusznie zauważył Michael Charlton: „Jeśli system nie może działać sprawiedliwie, jeżeli nie jest w stanie korygować swoich błędów, ani nawet przyznać, że je popełnia, i dać ludziom szansy na ich [skorygowanie], to taki system jest do niczego”<sup>36</sup>. Pozostaje tylko mieć nadzieję, że nasz system taki nie jest.

<sup>36</sup> Cyt. za: C. Tavis, E. Aronson, *Błądzą wszyscy (ale nie ja). Dlaczego usprawiedliwiamy głupie poglądy, złe decyzje i szkodliwe działania*, Sopot-Warszawa 2008, s. 150.

## Summary

*Olga Mazur*

WRONGFUL CONVICTIONS IN POLAND  
AS SEEN BY PROSECUTORS AND POLICEMEN

Sentencing an innocent person for a crime they did not commit is the worst mistake one can witness in the administration of justice. Numbers of such wrongful accusations, not only in Poland, are obscured. The subject matter of the article is to bring forth the issue of judicial mistakes and their causes, as well as the scale of the phenomenon as perceived by prosecutors and policemen involved.

KEY WORDS: wrongful conviction, interrogation, false confession, errors of justice

POJĘCIA KLUCZOWE: niesłuszne skazanie, przesłuchanie, fałszywe przyznanie się, pomyłki sądowe

## OWOCE ZATRUTEGO DRZEWA W PROCESIE KARNYM. DOWODY ZDOBYTE NIELEGALNIE

### 1. WPROWADZENIE

Doktryna owoców zatrutego drzewa zyskała sobie złą sławę w polskim procesie karnym. Sądy polskie w zasadzie uznają dopuszczalność dowodów wynikających z bezprawnego działania organów ścigania. Jak podkreślił Sąd Najwyższy: „(...) kodeks postępowania karnego nie eliminuje dowodów mających cechy «owoców zatrutego drzewa», które podlegają swobodnej ocenie sądu w połączeniu z pozostałymi dowodami”<sup>1</sup>. Wyjątek uznany w orzecznictwie stanowi jedynie niedopuszczalność bezpośredniego wykorzystania w procesie materiałów operacyjnych Policji, bez ich „przekształcenia” w materiał procesowy<sup>2</sup>. Wyklucza się również bezpośrednie posłużenie się materiałami operacyjnymi (podsluchem operacyjnym), jeśli miałyby uzasadniać oskarżenie o czyn niebędący tzw. przestępstwem katalogowym<sup>3</sup>. Jednakże generalnie judykatura polska odrzuca możliwość wykluczenia z materiału dowodowego określonego dowodu tylko dlatego, że uzyskano go, postępując wbrew przepisom ustawy. Jeszcze większe opory budzi pomysł, by odrzucać dowody, które choć uzyskano lub przeprowadzono bez naruszenia prawa, to jednak możliwość ich uzyskania wynikała z czynności przeprowadzonej niezgodnie z przepisami.

Jak postaram się dalej wykazać, doktryna owoców zatrutego drzewa nie tylko że wcale nie jest niemożliwa do stosowania na gruncie polskiej procedury karnej, ale w świetle obecnie obowiązującej Konstytucji RP, regulacji prawnomiędzynarodowych wiążących Polskę, a także orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powinna być obowiązującym standardem respektowanym przez sądy polskie w sprawach karnych. Proces karny jest papierkiem lakmusowym demokracji<sup>4</sup>, a nadzór nad zgodnością z prawem działań organów ścigania, jak również realność oraz siła gwarancji procesowych oskarżonych (podejrzanych) jest wyznacznikiem poziomu ochrony praw człowieka. Polska doktryna procesu karnego nadal pozostaje pod zbyt dużym wpływem *crime control model*<sup>5</sup>, gdzie ważniejsze od reguł uczciwej gry było niedopuszczenie, by choćby jeden winny uniknął kary. Należy jednak pamiętać, że gwarancje procesowe w sprawach karnych mają na celu przede wszystkim uniknięcie sytuacji, w której osoba niewinna

<sup>1</sup> Wyrok z 5 lutego 2008 r., SNO 2/08, LEX nr 432189; por. też postanowienie SN z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, LEX nr 202271 oraz głosę krytyczną do tego orzeczenia: A. Lach, „Palestra” 2008, nr 3–4, s. 281 i n.

<sup>2</sup> Por. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

<sup>3</sup> Por. uchwałę SN z 27 lipca 2006 r., SNO 35/06, LEX nr 4711767.

<sup>4</sup> Por. M. R. Damaška, *Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press 1991.

<sup>5</sup> H. L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, (w:) *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford 1968, s. 149 i n.

zostanie skazana i poniesie karę. Zbyt często jednak zdarza się, że w praktyce prawa oskarżonych traktowane są jako uciążliwa konieczność, która w ostatecznym rozrachunku niesie ze sobą więcej szkody niż pożytku, a zasada *fair trial* jest respektowana dopóty, dopóki nie wiąże się to z koniecznością wydania wyroku uniewinniającego. W ramach tego „strachu” przed uniewinnieniem rzeczywistego sprawcy polska judykatura dopuszcza w procesie karnym dowody zdobywane nielegalnie, uznając widocznie, że obowiązek przestrzegania prawa obowiązuje ostatecznie tylko oskarżonego. Państwo wymaga od obywateli bezwzględniego przestrzegania prawa, a w przypadku jego naruszenia sięga po sankcje, które mają nie tylko karać te naruszenia, ale także odstraszać potencjalnych sprawców. Jednakowoż jak pogodzić z zasadą demokratycznego państwa prawnego sytuację, w której to samo państwo aprobejuje, a co najmniej przymyka oczy, gdy organy ścigania „naginają” prawo, by uzyskać dowody obciążające obywateli? Czy sądy w demokratycznym państwie prawnym mogą akceptować sytuację, w której oskarżyciel domaga się skazania na podstawie dowodów, które zostały uzyskane wbrew prawu? Odrzucenie doktryny owoców zatrutego drzewa godzi w fundamenty, na jakich oparte są relacje jednostki i państwa, zasady równości, praworządności i zaufania. Z jakich powodów obywatel miałby ponosić negatywne konsekwencje swoich czynów, gdy w tej samej sytuacji organy państwa w zasadzie nie ponoszą żadnych konsekwencji na gruncie procesu karnego? Wydaje się, że funkcja prewencyjna zasady owoców zatrutego drzewa jest tak samo ważna, jak funkcja gwarancyjna i stabilizacyjna. Przekonanie, że sąd nie uwzględni dowodów obciążających, jeśli istnieją wątpliwości co do ich pochodzenia, wzmocni nie tylko zaufanie do sądów, ale także wywierać będzie większą presję na organy ścigania i prokuratorów, by materiał dowodowy zbierali z większą starannością i dbałością o podstawowe prawa konstytucyjne, a akty oskarżenia wnosili w sytuacjach, w których są jednoznacznie przekonani o sprawstwie oskarżonego.

W niniejszym artykule celowo pominięto szczegółowe analizowanie dotychczasowych wypowiedzi przedstawicieli doktryny na temat zasady owoców zatrutego drzewa. Większość poglądów w tym zakresie została wyrażona przed rokiem 1997, a zatem rokiem, w którym weszła w życie obecna Konstytucja. W zasadzie brak w polskiej nauce procesu karnego nowszych opracowań problematyki, w tym z uwzględnieniem obecnej specyfiki krajowego systemu prawnego, w ramach którego funkcjonują oprócz ustaw umowy międzynarodowe, a także autonomiczny system ochrony konwencyjnej. Niewątpliwie polskie prawo nie jest tym, czym było jeszcze kilkanaście lat temu. Gruntowna przebudowa systemu prawnego wiązała się również z przewartościowaniem zasad rządzących procesem karnym. W ustawodawstwie karnym zauważa się coraz szerszą tendencję do „kontradyktoryzacji” procesu karnego. Jednocześnie dawne, częstokroć anachroniczne poglądy utrzymują się w orzecznictwie sądowym, choć powinny być zweryfikowane i odrzucone.

Dla celów porządkowych wskazać należy, że w niniejszym artykule na określenie dowodów, które uzyskano bezpośrednio w wyniku czynności lub działań naruszających prawo, używać będą pojęcia „dowody bezpośrednio nielegalne”, natomiast dla dowodów uzyskanych na podstawie innego dowodu lub informacji bezpośrednio nielegalnej posługiwać się będą terminem „dowód pośrednio nielegalny”. Przy czym właśnie owe dowody pośrednio nielegalne w rozumieniu niniejszego opracowania są owocami zatrutego drzewa, natomiast samym zatrutym drzewem zwykle są dowody bezpośrednio

nielegalne (choć nie w każdym przypadku, zatrutym drzewem jest każda informacja uzyskana przez organ ścigania z naruszeniem prawa, nawet jeśli ta informacja nie ma postaci dowodu).

## 2. FORMOWANIE SIĘ DOKTRYNY OWOCÓW ZATRUTEGO DRZEWA

Doktryna owoców zatrutego drzewa wywodzi się z jednego ze słynnych w prawie amerykańskim orzeczeń Sądu Najwyższego USA *Silverthorne Lumber Co. Inc. v. United States*<sup>6</sup> z 1920 r.<sup>7</sup> Sąd Najwyższy w wyroku tym opowiedział się przeciw dowodowemu wykorzystaniu nielegalnie uzyskanych przez przedstawicieli rządu (*government*) informacji w postępowaniu karnym. Sąd Okręgowy (*District Court*) nałożył na spółkę *Silverthorne Lumber Co. Inc.* grzywnę, a wobec Fredericka W. Silverthorne'a orzekł areszt, w związku z odmową wydania ksiąg rachunkowych oraz dokumentów tejże spółki w postępowaniu karnym. W innej sprawie Frederick W. Silverthorne i jego ojciec również zostali oskarżeni i zatrzymani; a w tym czasie pracownicy Departamentu Sprawiedliwości oraz jednej z agencji federalnych – *US Marshals Service* bez upoważnienia (*without shadow of authority*) wkroczyli do biur spółki i wykonali kopie wszystkich ksiąg rachunkowych i dokumentów. Pracownicy spółki zostali zatrzymani i przewiezieni do biura prokuratora federalnego (*District Attorney of United States*). Spółka złożyła wnioski do sądu okręgowego o wydanie bezprawnie zajętych dokumentów i ksiąg. Na podstawie informacji uzyskanych w wyniku przeszukania biur spółki *Silverthorne Lumber Co. Inc.* sformułowano dodatkowe zarzuty karne wobec Fredericka W. Silverthorne'a, a dodatkowo dokumenty zajęte w siedzibie spółki posłużyły do wzmocnienia wniosku o udzielenie zezwolenia na oskarżenie (*indictment*), który już był rozpatrywany przez wielką ławę przysięgłych. Sąd okręgowy uwzględnił wniosek *Silverthorne Lumber Co. Inc.* o zwrot dokumentów; orzekł, że wkroczenie do biur spółki przez pracowników Departamentu Sprawiedliwości i *US Marshals Service* było bezprawne, jednakowoż nie nakazał zniszczenia lub zwrotu kopii wykonanych z tych ksiąg i dokumentów. Sprawa ostatecznie znalazła swój finał w Sądzie Najwyższym USA, który podzielił stanowisko sądu niższej instancji, że przeszukanie biur spółki i zajęcie dokumentów dokonane bez stosownego nakazu naruszało tzw. Czwartą Poprawkę do Konstytucji USA<sup>8</sup>. Jak to ujął: „zajęcie i przeszukanie [biur spółki – przyp. wł.] było nadużyciem, którego teraz Rząd żałuje”. Sąd Najwyższy USA podkreślił, że nie można sprowadzać Czwartej Poprawki do niewiele znaczącej deklaracji, ale że ma ona swój praktyczny wymiar w odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości. Konsekwencją naruszeń praw i wolności, o których mowa w Czwartej Poprawce, jest nie tylko brak możliwości powołania się na tak zdobyte dowody przed sądem, ale także to, że w ogóle nie można z nich korzystać w jakimkolwiek

<sup>6</sup> 251 U.S. 385 (1920).

<sup>7</sup> Doktryna owoców zatrutego drzewa obowiązuje również m.in. w RPA, por. wyrok Supreme Court for Appeals of South Africa w sprawie *Mithembu v. The State* (64/2007) [2008] ZASCA 51 z 10 kwietnia 2008 r., jak również w Kanadzie, por. J. Parfett, *A Triumph of Liberalism: The Supreme Court of Canada and the Exclusion of Evidence*, „Alberta Law Review” 2002, nr 40, s. 299.

<sup>8</sup> Tzw. *Fourth Amendment*, która ustanawia nietykalność osobistą, nienaruszalność mieszkania, dokumentów i ruchomości, wprowadza również wymóg nakazu sądowego przy przeszukaniu i zajęciu.



zakresie. Chodziło o sytuację, w której po zwrocie bezprawnie zabranych dokumentów sąd zażądał ponownie ich dostarczenia, wiedząc już, o jakie dokumenty chodzi. Inaczej mówiąc, bezprawnie uzyskane dowody, nawet jeśli następnie „zalegitymizowano” ich wprowadzenie do materiału procesowego, nie mogą służyć prokuratorowi do budowania faktycznej podstawy oskarżenia.

W sprawie *Silverthorne Lumber Co. Inc. v. United States* nie pojawiło się jednak wprost sformułowanie „owoce zatrutego drzewa”. Tej metafory, jako jednej z tzw. *exclusionary rules*, użył Sąd Najwyższy USA w sprawie *Nardone v. United States*<sup>9</sup> z 1939 r. Wyrok w sprawie *Nardone* jest o tyle istotny z perspektywy prawa kontynentalnego, że dotyczy nielegalnego podsłuchu telefonicznego. W prawie w zasadzie wszystkich państw europejskich, w tym w prawie polskim, nielegalny podsłuch telefoniczny nie może stanowić dowodu w procesie karnym. W wyroku w sprawie *Nardone* Sąd Najwyższy USA podkreślił, że oskarżony w ramach obrony może wykazywać nie tylko, iż określone dowody podlegają wyłączeniu jako uzyskane niezgodnie z prawem, ale także że oskarżenie zbudowane jest na niedopuszczalnych informacjach, które zostały dzięki takim dowodom uzyskane.

Milowym kamieniem w dochodzeniu judykatury amerykańskiej do obecnego kształtu doktryny owoców zatrutego drzewa był wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Wong Sun v. United States* z 1963 r.<sup>10</sup> W tej sprawie stan faktyczny był bardziej skomplikowany niż w sprawie *Silverthorne Lumber Co. Inc.*, występowało tu bowiem aż trzech podejrzanych (zatrzymanych), którzy kolejno dostarczali dowodów przeciwko sobie. Jednocześnie wykluczenie dowodów bądź to uzyskanych w formie wyjaśnień<sup>11</sup>, bądź też dowodów rzeczowych (znalezionych narkotyków) powodowało, że oskarżenie traciło podstawy faktyczne. W sprawie oskarżeni: Wong Sung ps. „Morski Pies”, James Wah Toy ps. „Blackie Toy” zostali skazani za przestępstwa narkotykowe. Sprawa przedstawiała się w ten sposób, że o godz. 2 nad ranem 4 czerwca 1959 r. federalni agenci zwalczający przestępstwa narkotykowe w San Francisco aresztowali Hom Waya, znajdując przy nim heroinę. W swoich wyjaśnieniach, złożonych po zatrzymaniu, Hom Way przyznał, że kupił uncję heroiny od człowieka, którego znał pod pseudonimem „Blackie Toy”, właściciela pralni na Leavenworth Street. O godz. 4 nad ranem tego samego dnia kilku agentów federalnych udało się do pralni przy tej ulicy o nazwie „Oye’s Laundry”, która była własnością Jamesa Wah Toya. Tutaj pojawia się pierwsza, istotna dla dalszego rozumowania Sądu Najwyższego okoliczność, to jest fakt, że w materiale dowodowym brak jakichkolwiek informacji (z wyłączeniem oczywiście zeznań samego Waya), z których by wynikało, że ów Toy to „Blackie Toy”. Jeden z agentów pod pozorem skorzystania z usług pralni próbował dostać się do środka, jednakowoż Toy odmówił wpuszczenia go, twierdząc, że pralnia jest otwarta dopiero od 8 rano. Wtedy dopiero agent federalny wyjął odznakę i się przedstawił, a Toy zaczął uciekać. Agent federalny dogonił Toya w jego mieszkaniu na tyłach pralni. W mieszkaniu nie znaleziono narkotyków, podobnie jak nie znaleziono ich w pralni. Podczas rozmowy z agentami Toy zaprzeczył, jakoby

<sup>9</sup> 308 U. S. 338 (1939).

<sup>10</sup> 371 U.S. 471 (1963).

<sup>11</sup> Stosuję tutaj polską terminologię procesową, choć nie jest ona adekwatna do procesu karnego amerykańskiego.

sprzedawał narkotyki, jednak wyjawiał agentom, że zna kogoś, kto nimi handluje. Wskazał człowieka imieniem Johnny i choć nie był w stanie podać jego nazwiska, opisał dom, w którym miał mieszkać ów człowiek i gdzie miała znajdować się heroina. Ponadto Toy powiedział agentom, że poprzedniego wieczora palił tam z Johnnym heroinę. Agenci udali się w miejsce wskazane przez Toya, zastali tamże Johnny'ego Yee. Tenże wydał agentom federalnym posiadane przez siebie narkotyki. W siedzibie *Federal Bureau of Narcotics*<sup>12</sup> (FBN) Yee zeznał, że heroina, którą przekazał agentom, przyniesiona została do jego domu przez Toya i innego osobnika o pseudonimie „Morski Pies” (*Sea Dog*). Toy w ponownych wyjaśnieniach wskazał, że „Morski Pies” nazywa się Wong Sun. Następnie Toy wskazał agentom federalnym miejsce zamieszkania Sunga. Na miejscu agenci federalni wkroczyli do mieszkania Sunga, zatrzymali go, dokonali przeszukania, które nie ujawniło jednak żadnych narkotyków. Oskarżeni Toy i Yee zostali zwolnieni tego samego dnia, a dnia następnego został zwolniony Sun. W ciągu kilku dni Sun, Toy i Yee zostali ponownie przesłuchani przez agenta federalnego. Toy i Sun nie podpisali protokołów wyjaśnień (powołując się na słabą znajomość angielskiego). Wobec Toya i Suna wniesiono oskarżenie. Way nie zeznawał w procesie oskarżonych Toya i Suna, natomiast Yee odmówił składania zeznań, powołując się na zasadę *nemo se ipsum accusare tenetur*. Z materiału dowodowego wyłączono wobec tego zeznanie Yee oraz informacje uzyskane od niego przez agentów federalnych. Jak była mowa wyżej, oskarżeni zostali skazani za handel narkotykami, choć uwolniono ich od zarzutu spisku w celu handlu narkotykami<sup>13</sup>. Sąd Apelacyjny, rozpoznając apelację oskarżonych, przyznał, że zatrzymanie obydwu było nielegalne, ponieważ nie było oparte na uzasadnionym podejrzeniu (*probable cause*). Wynikało to z tego, że agenci federalni nie mieli żadnych podstaw, by przyjmować, iż informacje podawane przez Hom Waya są wiarygodne, a także podczas przeszukania mieszkania i pralni Toya nie znaleźli niczego, co by uzasadniało jego zatrzymanie. Podobnie według Sądu Apelacyjnego w przypadku zatrzymania Suna nie było żadnych podstaw, by przyjmować, że zeznania Yee są wiarygodne, jednak przyjął, że narkotyki u niego znalezione nie podlegają wyłączeniu z materiału dowodowego.

Ostatecznie Sąd Najwyższy USA uznał, że nie tylko zatrzymanie Toya było niezgodne z prawem, ale także wyjaśnienia złożone przez niego w trakcie bezprawnego zatrzymania są wynikiem bezprawnego działania agenta federalnego i podlegają wyłączeniu z materiału dowodowego (nie mogą być dowodem przeciwko niemu). Również narkotyki znalezione przez agentów w wyniku wykorzystania informacji od Toya nie mogą być dowodami w sprawie przeciwko Toyowi. W wyniku tych rozstrzygnięć wyrok skazujący Toya został uchylony, a postępowanie umorzono. W przypadku oskarżonego Suna Sąd Najwyższy USA uznał, że jego wyjaśnienia w siedzibie FBN, jako dobrowolne i złożone po kilku dniach od zatrzymania, nie są owocami zatrutego drzewa i mogą stanowić dowód w sprawie, podobnie jak uzyskane narkotyki. Jednakże Sąd Najwyższy USA uznał, że Sun ma prawo do nowego procesu. Sąd Najwyższy USA wyraził przekonanie, że wszystkie informacje i dowody zdobyte w toku nielegalnego zatrzymania

<sup>12</sup> Nieistniejąca już federalna agencja do zwalczania przestępczości narkotykowej.

<sup>13</sup> *Conspiracy* (spisek) to konstrukcja prawna systemu *common law*, której polskim odpowiednikiem *mutatis mutandis* może być współsprawstwo, por. D. C. Brody, J. R. Acker, *Criminal Law*, 2nd Edition, Printed in the United States of America 2010, s. 383 i n.



i przeszukania podlegają wyłączeniu, a także iż uzasadnione podejrzenie (*probable cause*) nie może być oceniane z perspektywy późniejszego odkrycia dowodów obciążających. Inaczej mówiąc, mimo że informacje przekazane agentom przez Waya i Yee potwierdziły się, to jednak w chwili, kiedy agenci federalni przesłuchiwali te osoby, nie mieli żadnych podstaw, by przyjmować, iż podawane przez nich informacje są wiarygodne. Podstawą zaś wyłączenia narkotyków znalezionych u Yee był fakt, że jedyną podstawą przeszukania jego mieszkania były zeznania Toya, które, jak wcześniej wskazano, zostały uzyskane niezgodnie z prawem.

Istota problemu polegającego na niedopuszczalności powoływania się w procesie karnym na dowody uzyskane z naruszeniem prawa sprowadza się do dwóch kwestii: (i) ochrony obywateli przed nieuzasadnionym przeszukaniem, zatrzymaniem, przesłuchaniem, a także (ii) powstrzymania organów ścigania przed podejmowaniem działań będących nadużyciem ich uprawnień (*Police misconduct*). *Exclusionary rules*, jak również będąca ich konsekwencją doktryna owoców zatrutego drzewa, są nakierowane na ochronę praw jednostki, wyeliminowanie sytuacji, w której cel uświęcałby środki, a także stworzenie sytuacji, w której przekroczenie uprawnień przez Policję nie niesłoby żadnych negatywnych konsekwencji dla sytuacji procesowej oskarżonego (podejrzanego)<sup>14</sup>. Ostatecznie doktrynę owoców zatrutego drzewa definiuje się jako zasadę, która wyłącza możliwość oparcia się w procesie na dowodach pochodnych, które uzyskano bezpośrednio na podstawie dowodów pierwotnych, zdobytych z naruszeniem prawa. Zatrutym drzewem są dowody, które pozyskano wbrew prawu, natomiast dowody uzyskane przez organy ścigania na podstawie tychże pierwotnych są owocami zatrutego drzewa. Owocem zatrutego drzewa jest zatem dowód później wykryty na podstawie wiedzy uzyskanej z niezgodnego z prawem przeszukania, zatrzymania lub przesłuchania. Z procesu wykluczone jest zarówno zatrute drzewo, jak i jego owoce<sup>15</sup>. Jest jeszcze jeden argument, na który powołują się zwolennicy *exclusionary rules*. Uważa się, że nie do pogodzenia z pozycją sądów w ustroju demokratycznym jest możliwość korzystania z nielegalnych dowodów w postępowaniu sądowym. Chodzi o to, aby sądy nie stawały się – poprzez odwoływanie się do dowodów zdobytych z naruszeniem prawa – współnikami świadomych naruszeń Konstytucji, na straży której powinny stać. Dodatkowo wskazuje się również zasadę zaufania do państwa. Z tej zasady wypływa zakaz czerpania przez państwo korzyści z bezprawnego działania swoich funkcjonariuszy<sup>16</sup>.

### 3. DOKTRYNA OWOCÓW ZATRUTEGO DRZEWIA W POLSKIM I ZAGRANICZNYM PROCESIE KARNYM

Wbrew rozpowszechnionemu w polskim orzecznictwie pogładowi doktryna owoców zatrutego drzewa nie ma nic wspólnego z tzw. legalną teorią dowodów. Jest to

<sup>14</sup> Por. S. Potter, *The Road Map to Mapp v. Ohio and Beyond, The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases*, „Columbia Law Review” 1983, vol. 83, s. 363 i n.; por. też P. G. Cassell, *The Mysterious Creation of Search and Seizure Exclusionary Rules Under State Constitutions: The Utah Example*, „Utah Law Review” 1993, vol. 3, s. 753 i n.

<sup>15</sup> Por. *West's Encyclopedia of American Law*, 2nd Edition, Thomson & Gale 2005, vol. 5, s. 9.

<sup>16</sup> Por. *Black's Law Dictionary*, 9th Edition, West 2009, Sec. E, s. 647.

zakaz dowodowy. Na podstawie *exclusionary rules* ustala się bowiem, jakie dowody będą stanowiły podstawę ustaleń faktycznych, a zatem jakie dowody będą podlegały ocenie. Wykluczanie z polskiej procedury zasady owoców zatrutego drzewa jako elementu legalnej teorii dowodowej wynika z nieporozumienia<sup>17</sup>. W piśmiennictwie wskazuje się, że uzasadnieniem dla odrzucenia doktryny owoców zatrutego drzewa jest zasada prawdy materialnej, która ma kardynalne znaczenie w polskim procesie karnym. Nie oznacza to jednak, aby dążenie do prawdziwych ustaleń w postępowaniu karnym odbywało się kosztem innych wartości, w tym praw i wolności jednostki gwarantowanych w Konstytucji. Kodeks postępowania karnego zawiera wiele zakazów dowodowych, których celem jest usunięcie owego konfliktu wartości, to jest konfliktu między zasadą prawdy a innymi dobrami. Przeciwnicy doktryny owoców zatrutego drzewa powołują się na tzw. koncepcję autonomicznej legalności czynności dowodowych, zgodnie z którą dowody uzyskane w czasie procesu powinny być traktowane niezależnie od legalności innych czynności procesowych, jeżeli same były wynikiem zgodnych z prawem czynności<sup>18</sup>. Większość przedstawicieli polskiej doktryny opowiada się za dopuszczalnością posłużenia się w procesie owocami zatrutego drzewa. Dopuszcza się wykorzystanie dowodów uzyskanych w wyniku przesłuchania naruszającego swobodną wypowiedź oskarżonego lub świadka. Przy czym uzasadniając swoje stanowisko, większość autorów powołuje się na zasady prawdy i sprawiedliwości<sup>19</sup>. Analizując wypowiedzi przedstawicieli krajowej doktryny, jak również sądów w przedmiocie wykorzystania owoców zatrutego drzewa, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że za odrzuceniem tej doktryny przemawia obawa przed uniknięciem przez sprawcę odpowiedzialności karnej. Nie bez znaczenia jest fakt, że większość wypowiedzi dotyczących dopuszczalności procesowego wykorzystania dowodów pośrednio nielegalnych została sformułowana przed wejściem w życie Konstytucji RP oraz przed przystąpieniem Polski do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Konwencja), a także w zupełnie innych warunkach polityczno-społecznych.

W doktrynie niemieckiej można spotkać o wiele więcej głosów przychylnych zasadzie owoców zatrutego drzewa. Ci spośród autorów niemieckich, którzy opowiadają się za doktryną owoców zatrutego drzewa, wskazują dwa argumenty, które zresztą ich zdaniem przemawiają na jej korzyść. Po pierwsze, wskazują konieczność zachowania spójności w ramach systemu prawa. Jak podnoszą, skoro ustawa procesowa zabrania zdobywania dowodów z naruszeniem prawa, to naturalną konsekwencją jest wykluczenie

<sup>17</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27 maja 2004 r., II AKa 160/04, Prok. i Pr. – wkładka 2005, z. 7–8, poz. 35; zob. także: A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 271; R. Kmiecik, (w:) R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Kraków 2005, s. 255; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2006, s. 428–431; Z. Sobolewski, *Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym Kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997, s. 161.

<sup>18</sup> Por. A. Murzynowski, *Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo” 1962, nr 7–8, s. 985.

<sup>19</sup> Por. Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 127–128; S. Waltoś, *Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym*, PIP 1975, z. 10, s. 72; S. Flasiński, T. Stępień, *Z problematyki przesłuchania oskarżonego w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi*, Pr. Praw. 1985, nr 32; P. Kruszyński, *Głos w dyskusji nad projektem zmian k.p.k.*, „Problemy Prawa” 1982, nr 1, s. 26; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 300; R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 95.

z materiału dowodowego dowodów pośrednio nielegalnych. Po drugie, podkreśla się, że dopuszczalność wykorzystania w procesie dowodów zdobytych w wyniku nielegalnych czynności dowodowych stanowiłoby zachętę dla organów ścigania w naruszaniu praw jednostek. Organom procesowym nie powinno opłacać się naruszenie przepisów prawa. Dodać należy, że sądy niemieckie zdecydowanie jednak odrzucają doktrynę owoców zatrutego drzewa. Inaczej jest natomiast w prawie austriackim, gdzie prawo zabrania wykorzystywania owoców zatrutego drzewa. Natomiast prawo Anglii i Walii dowody takie dopuszcza<sup>20</sup>.

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) zajmował przez długi czas niejednoznaczne stanowisko wobec koncepcji owoców zatrutego drzewa, przyjmując, że wprowadzenie do procesu dowodów pośrednio nielegalnych nie zawsze musi przekreślać uczciwość procesu<sup>21</sup>. Na marginesie można zauważyć, że Sąd Najwyższy USA uznał, że m.in. doktryna owoców zatrutego drzewa stanowi istotny element rzetelnego procesu (*due process of law*), i dlatego w sprawie *Mapp. v. Ohio*<sup>22</sup> uznał, że zakaz korzystania z dowodów pośrednio nielegalnych ma zastosowanie nie tylko w sądach federalnych, ale także stanowych.

Jednak w niedawnym wyroku ETPCz, wydanym w składzie Wielkiej Izby w sprawie *Gäfgen przeciwko Niemcom*<sup>23</sup>, Trybunał wyraził przekonanie, że dowody zdobyte z naruszeniem prawa, także pośrednio nielegalne, nie powinny stanowić podstawy skazania. W przedmiotowej sprawie skarżący został skazany przez sąd we Frankfurcie nad Menem za zabójstwo 11-letniego chłopca, którego uprowadził w celu uzyskania okupu. Podczas przesłuchania przez Policję skarżący nie chciał wskazać miejsca pobytu chłopca (chłopiec już wtedy nie żył, ale Policja jeszcze o tym nie wiedziała). Wobec tego zastępca naczelnika Policji we Frankfurcie rozkazał innemu funkcjonariuszowi, by ten zagroził skarżącemu spowodowaniem u niego bólu, a także, jeśli to konieczne, zadał go. Ponadto grożono skarżącemu użyciem „serum prawdy”. W konsekwencji tych gróźb skarżący wskazał miejsce ukrycia zwłok chłopca, a następnie wskazał inne miejsca, w których ukrył rzeczy należące do zamordowanego 11-latką. Ostatecznie skarżący za swój czyn został skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Sądy krajowe uznały, że sposób przesłuchania skarżącego naruszał m.in. zakaz tortur i nieludzkiego traktowania, a także godność skarżącego. Na tej podstawie wykluczono z materiału dowodowego w postępowaniu karnym wyjaśnienia złożone przez skarżącego w postępowaniu przygotowawczym. Jednak nie uwzględniono wniosku skarżącego o wykluczenie również dowodów rzeczowych, w tym zwłok chłopca, jako owoców zatrutego drzewa. Skarżący już w postępowaniu sądowym przyznał się do zabójstwa chłopca. Trybunał analizował wiele kwestii, w tym naruszenie prawa do rzetelnego procesu (art. 6 Konwencji). Ostatecznie doszedł do wniosku, że w sprawie skarżącego nie doszło do naruszenia artykułu 6 Konwencji. Jednakowoż Trybunał wyraził pogląd natury ogólniejszej, stwierdzając, że „(...) co do wykorzystania w procesie karnym dowodów rzeczowych zdobytych jako bezpośredni skutek traktowa-

<sup>20</sup> Por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 420 i n.; por. też cytowane tam wypowiedzi i powołaną literaturę.

<sup>21</sup> Por. wyrok z 12 lipca 1988 r., *Schenk v. Szwajcaria*, 10862/84; wyrok z 12 maja 2000 r., *Khan v. Wielka Brytania*, 35394/97.

<sup>22</sup> 367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d. 1081 (1961).

<sup>23</sup> Wyrok z 24 marca 2010 r., 22978/05.

nia skarżącego z naruszeniem art. 3 Konwencji, Trybunał uznał, iż obciążające dowody rzeczowe, jako rezultaty aktów przemocy (...), nigdy nie powinny być wykorzystane jako dowód winy skarżącego bez względu na ich wartość dowodową” (własne tłum. z jęz. ang.). Jednocześnie Trybunał uznał, że mimo iż w postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu nie wyłączono dowodów rzeczowych uzyskanych wskutek jego zeznań złożonych pod wpływem strachu przed nieludzkim traktowaniem, to przyznanie się skarżącego w procesie przed sądem „przerywało łańcuch kausalny prowadzący od zakazanych metod przesłuchiwania do skazania skarżącego”. Lektura uzasadnienia powołanego wyroku Trybunału pozwala jednak sądzić, że co do zasady Trybunał nie zamierza tolerować sytuacji, w których skazanie nastąpiło na podstawie dowodów uzyskanych pośrednio w wyniku naruszeń praw gwarantowanych przez Konwencję. Trybunał uznał zatem, choć na razie w ograniczonym zakresie, doktrynę owoców zatrutego drzewa. Rozstrzygnięcie dotyczące niestwierdzenia naruszenia art. 6 Konwencji zapadło 11 głosami przeciwko 6 głosom. Sędziowie przegłosowani w tym zakresie zgłosili zdania odrębne i przedstawili ich uzasadnienie, z którego wynika, że w ich ocenie w każdym przypadku należy wykluczyć dowody będące pośrednim wynikiem traktowania podejrzanego (oskarżonego) z naruszeniem art. 3 Konwencji. Nie zgodzili się z poglądem Trybunału, że przyznanie się skarżącego przed sądem przerywało powiązania kausalne między dowodami rzeczowymi a skazaniem. Omówiony wyrok zdaje się wskazywać nowy kierunek orzecznictwa Trybunału, w którym zostaną sformułowane na gruncie prawa kontynentalnego *exclusionary rules*<sup>24</sup> wynikające z Konwencji i stanowiące tym samym standard rzetelnego procesu. Pamiętać należy, że zwroty w linii orzeczniczej Trybunału nie należą do rzadkości, a sam Trybunał podkreśla, iż przyjmowana w jego orzecznictwie wykładnia Konwencji nie jest niezmienna, lecz podlega ewolucji<sup>25</sup>.

Również w rodzimej judykaturze można dostrzec zmianę podejścia do dowodów pośrednio nielegalnych. W tej mierze na uwagę zasługuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 18 marca 2010 r.<sup>26</sup>, w którym Sąd Apelacyjny wyraził przekonanie o niedopuszczalności powoływania się na informacje uzyskane nielegalnie, także gdy chodzi o dowody uzyskane legalnie, ale na podstawie niezgodnych z prawem działań. Sąd Apelacyjny na kanwie rozpoznawanej sprawy, w której organy ścigania, opierając się na wiedzy z materiałów operacyjnych (podśluchów), wszczęły i prowadziły postępowanie dotyczące usunięcia ciąży wbrew warunkom ustawy, postawił pytanie: „(...) czy wiedza uzyskana przez organy procesowe w drodze czynności operacyjnych, które nie mogą być bezpośrednio wykorzystane jako materiał dowodowy, może być środkiem do celu polegającego na uzyskaniu dowodów o charakterze procesowym (?)”. Udzielając zdecydowanej negatywnej odpowiedzi na tak postawione pytanie, Sąd Apelacyjny podkreślił jednocześnie, że „żadne Państwo aspirujące do miana demokratycznego i praworządnego na takie postępowanie [wykorzystywanie informacji zdobytych z naruszeniem prawa w celu uzyskania kolejnych dowodów] pozwolić sobie nie może. Usankcjonowanie takiego działania organów państwowych nie ma nic wspólnego z zasadami legalizmu, prowadząc do swoistej schizofrenii realizowanych w imieniu tego

<sup>24</sup> Tym terminem posługuje się Trybunał w uzasadnieniu wyroku.

<sup>25</sup> Por. wyrok z 18 grudnia 1996 r. w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*, 15318/89.

<sup>26</sup> II Aka 18/10, OSAB 2010, nr 1, poz. 32.

państwa wartości. Dając możliwość wykorzystywania w sposób nieograniczony rezultatów działań operacyjnych, również tych nielegalnych, włączając je okreśną drogą w materiał procesowy, legalizowałyby się *de facto* bezprawne działania organów państwa w imię walki z przestępczością, a obrazując dosadniej – otwierałoby ścieżkę do stosowania podsłuchów «totalnych», gromadzenia w ten sposób wszystkich możliwych informacji o obywatelach, by następnie – pod pozorem legalności – przekształcić tę wiedzę na materiał procesowy, służący do walki z przestępczością. Takie działanie nie miałyby nic wspólnego ze standardami cywilizowanego państwa, stanowiąc niebywałe pole do nadużyć, charakteryzujących systemy totalitarne. (...) W działalności funkcjonariuszy i organów państwowych nie może być arbitralności (...)”<sup>27</sup>.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku jednoznacznie wskazał prymat praw jednostki i wolności obywatelskich nad obowiązkiem państwa zwalczania przestępczości. Sąd dostrzegł konflikt wartości między wolnościami i prawami konstytucyjnymi a zasadą prawdy w postępowaniu karnym; i co ważniejsze, dał tym wolnościom i prawom pierwszeństwo, nawet za cenę uniknięcia odpowiedzialności karnej. W sprawie, w której zapadło przedmiotowe orzeczenie, kobieta, która usunęła ciężę, przyznała się do winy i przyznanie to podtrzymywała. Jednak, jak się okazało, wiedzę o zdarzeniu Policja uzyskała w wyniku podsłuchu rozmów telefonicznych. A podczas przesłuchania oskarżonej funkcjonariuszka Policji wyraźnie zaznaczyła, że wie o tym fakcie. Oskarżona podkreśliła jednocześnie, że gdyby nie informacja od przesłuchującej ją policjantki, nigdy by się nie przyznała do usunięcia ciąży. W pierwszej instancji oskarżoną oraz dwóch mężczyzn (m.in. lekarza dokonującego zabiegu) oskarżonych o współudział uniewinniono i wyrok ten został przez Sąd Apelacyjny utrzymany w mocy. Wydaje się, że mimo iż omawiany wyrok zapadł w sprawie, w której źródłem informacji o przestępstwie i dowodach był podsłuch operacyjny, pogląd wypowiedziany przez Sąd Apelacyjny ma znacznie szersze zastosowanie. Sąd Apelacyjny powołuje się bowiem nie na szczególne regulacje dotyczące materiałów operacyjnych, lecz na standardy rzetelnego procesu obowiązujące w „cywilizowanych państwach”. Niewątpliwie słusznie podkreśla, że dopuszczalność wprowadzania do procesu dowodów zdobytych niezgodnie z prawem nie ma nic wspólnego z demokratycznym państwem prawnym i praworządnością. Rozwój *exclusionary rules* i będącej ich pokłosiem doktryny owoców zatrutego drzewa zaczął się w USA m.in. od sprawy, w której organy śledcze zamierzały skorzystać z dowodów uzyskanych w wyniku nielegalnego podsłuchu<sup>28</sup>. Późniejsze wyroki Sądu Najwyższego USA, a także sądów stanowych, rozwijały te zasady i obejmowały coraz to więcej sytuacji, w tym bezpodstawne zatrzymanie, przeszukanie i wymuszone zeznania.

Ochrona przed bezpodstawnym przeszukaniem i zatrzymaniem wynika w polskim prawie z art. 41 ust. 1, art. 47, art. 49 i art. 50 Konstytucji RP. Pierwszy z powołanych przepisów Konstytucji RP gwarantuje każdemu wolność i nietykalność osobistą. Kolejne przepisy dotyczą ochrony prawnej życia prywatnego i rodzinnego, a także wolności i tajemnicy komunikowania się oraz nienaruszalności mieszkania. Nie ulega zatem wątpliwości, że wolność osobista, życie prywatne i rodzinne, tajemnica komunikowania

<sup>27</sup> Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2 lutego 1994 r., II AKr 248/93, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1994, z. 2, poz. 21.

<sup>28</sup> *Nardone v. United States*, 380 U.S. 338, 60 S. Ct. 266, 84 L. Ed. 307 (1939).



się i nienaruszalność mieszkania podlegają ochronie konstytucyjnej. Konstytucja RP w art. 41 ust. 1, art. 49 oraz art. 50 upoważnia ustawodawcę zwykłego do określenia ograniczeń tych wolności. Nie oznacza to jednak, aby ustawodawca zwykły miał pełną swobodę w określaniu zarówno warunków, jak i przypadków naruszenia tych wolności.

Nie ulega wątpliwości, że żadne wolności i prawa nie mają charakteru absolutnego (poza wolnością od tortur i nieludzkiego traktowania), a potrzeby postępowania karnego niejednokrotnie wymagają, by je w istotny sposób ograniczyć lub naruszyć. Jednocześnie warto zwrócić uwagę na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w którym wprowadzono „warunki brzegowe” ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw. Choć w pierwszej kolejności adresatem tej normy jest ustawodawca, to niesie ona ze sobą dalej idącą treść normatywną. Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji wskazuje te przypadki, które uzasadniają ingerencję w wolności i prawa konstytucyjne. W przypadku postępowania karnego wydaje się, że istotne znaczenie będą miały bezpieczeństwo i porządek publiczny oraz wolności i prawa innych osób. Przy czym chodzi tylko o takie ograniczenia, które konieczne są w demokratycznym państwie. Zatem działania organów państwa, polegające na zwalczaniu przestępczości, gromadzeniu dowodów przeciwko sprawcom przestępstw, mogą ingerować w prawa i wolności obywateli, ale tylko do pewnego stopnia i tylko w ściśle określonych sytuacjach. A jak podkreślił Sąd Apelacyjny w powołanym wyżej wyroku, nie sposób przyjąć, że w państwie demokratycznym do zaakceptowania jest sytuacja, w której sądy legalizują dowody przeciwko obywatelom pozyskiwane z naruszeniem prawa. Taka sytuacja jest nie do pogodzenia z zasadą demokratycznego państwa prawnego, wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP, oraz zasadą legalizmu, wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP. Skoro w samej Konstytucji RP wskazano, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, to zupełnym sprzeczaniem się tej zasadzie, jak też zasadzie zaufania obywateli do państwa, byłoby dopuszczenie do wykorzystania w postępowaniu karnym przeciwko obywatelowi jakichkolwiek dowodów, które zostały uzyskane wprost lub pośrednio w wyniku nielegalnego działania organów ścigania. I bez znaczenia jest to, że wartość i znaczenie takich dowodów mogą być istotne dla określenia odpowiedzialności karnej.

Kwestia legalności pozyskiwania dowodów w postępowaniu karnym pojawiła się również na gruncie prawa wspólnotowego. Komisja Europejska 19 lutego 2003 r. wydała tzw. zieloną księgę *Procesowe gwarancje podejrzanych i oskarżonych w postępowaniach karnych w Unii Europejskiej*<sup>29</sup>. Dokument ten nie dotyczył niestety legalności dowodów w postępowaniu karnym, jednak Komisja uznała, że prawo do uczciwie zdobytych dowodów (*right to have evidence handled fairly*) jest jedną z gwarancji procesowych. Z uwagi na konieczność odrębnej analizy tego zagadnienia nie zostało ono włączone w zakres wspomnianego wyżej dokumentu. Jak podkreślono jednakowoż, „uczciwość w kwestiach dowodowych obejmuje wiele praw oraz aspektów proceduralnych. Okazało się, że to zagadnienie powinno zostać objęte odrębnym dokumentem, jest bowiem zbyt obszerne by zająć się nim w niniejszej zielonej księdze (...)” (własne tłum. z jęz. ang).

<sup>29</sup> *Green Paper from The Commission. Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union*, COM(2003) 75 final, por. też *Proposal for Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union* z 28 kwietnia 2004 r., 2004/0113 (CNS), COM(2004) 328 final; zaden z tych dokumentów nie ukazał się dotychczas w języku polskim, nad czym należy ubolewać.

Komisja Europejska dostrzega problem legalności dowodów w postępowaniu karnym i wpływu gwarancji procesowych w tym zakresie na prawo do uczciwego procesu.

Zdumiewają zatem poglądy dopuszczające procesowe wykorzystanie dowodów pośrednio nielegalnych, nawet z powołaniem się na konieczność zapewnienia trafnej reakcji karnej. Polityka karna państwa nie ma priorytetu nad wolnościami i prawami obywatelskimi, a nic jak dotąd nie wskazuje, aby nawet sprawcy najgorszych przestępstw byli wyłączeni spod ochrony konstytucyjnej. Zresztą argumentacja tych, którzy odrzucają doktrynę owoców zatrutego drzewa, jest w istocie bardzo krótkowzroczna. Nie można wykluczyć, że w niektórych sprawach zastosowanie tej koncepcji prowadzić będzie do uniknięcia odpowiedzialności karnej sprawcy. Należy jednak pamiętać, że sądy karne nie są od tego, by naprawiać konsekwencje błędów popełnionych przez organy ścigania. Dążenie do ujęcia i ukarania sprawcy nie może usprawiedliwiać naruszania praw i wolności obywatelskich. Podkreślić należy, że kwestia uznania doktryny owoców zatrutego drzewa nie ma nic wspólnego z legalną teorią dowodów. Na jej podstawie nie ocenia się wartości dowodowej poszczególnych dowodów, lecz ustala, które z nich tej ocenie mogą podlegać.

#### 4. UWAGI DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA

Sytuacja istniejąca obecnie, kiedy w zasadzie naruszenie przepisów o przeprowadzaniu czynności dowodowych nie powoduje wyłączenia dowodów w ten sposób zdobytych, zachęca do działań nielegalnych lub na granicy prawa. Okazuje się bowiem, że „opłaca się” niekiedy działać z naruszeniem prawa, by zdobyć informacje lub dowody, ostatecznie bowiem i tak zostaną one użyte przeciwko oskarżonemu (podejrzanemu). Sądy w takich przypadkach uchylają się od dyskwalifikowania dowodów, powołując się właśnie na brak zasady owoców zatrutego drzewa w polskim prawie. W sądownictwie daje się zauważyć raczej tendencję do „łatania” postępowań przygotowawczych i przechodzenia do porządku dziennego nad bezpodstawnymi przeszukaniami, zatrzymaniami, okazaniami, wymuszonymi przesłuchaniami *etc.* Wielokrotnie problem jest kwitowany dość arbitralnym stwierdzeniem, że i tak przecież dowody podlegają swobodnej ocenie, a ocena dowodu uzyskanego wbrew regułom lub z ich naruszeniem powinna uwzględniać te okoliczności. A w takich przypadkach nie chodzi przecież o to, jak oceniane są dowody, lecz o to, które dowody będą w ogóle przedmiotem oceny. Inaczej mówiąc, chodzi o rozstrzygnięcie, czy określone zeznania, dokument czy rzecz mogą w konkretnej sprawie służyć jako dowód. Nie chodzi o tworzenie zamkniętego katalogu dowodów i określanie ich wartości przy ustalaniu faktów. To rozróżnienie dostrzegł Sąd Apelacyjny w Białymstoku w powołanym wyżej wyroku z 18 marca 2010 r. W pierwszej kolejności bowiem każdy sąd w sprawie karnej musi zdecydować, które z dowodów należy uznać za dopuszczalne, a następnie dopiero te dowody poddać ocenie. Sąd winien zatem zbadać, czy dowody zostały zdobyte zgodnie z prawem, a także czy nie stanowią one owocu zatrutego drzewa, a zatem czy nie są wynikiem innej, naruszającej prawo czynności lub zachowania. Przy czym wydaje się, że ocena taka powinna nie tylko uwzględniać brzmienie przepisów k.p.k., ale przede wszystkim przepisy Konstytucji RP i umów międzynarodowych wiążących Polskę, a także standardy wypracowane w orzecznictwie ETPCz.



Obecne brzmienie k.p.k. nie daje wprost podstawy do wstępnych rozstrzygnięć w przedmiocie dopuszczalności dowodów. Nie oznacza to jednak, że k.p.k. nie daje możliwości moderowania materiałem procesowym w ten sposób, by jeszcze przed wydaniem orzeczenia określić, jakie dowody będą służyły do czynienia ustaleń faktycznych. W przypadku wyraźnych zakazów dowodowych podstawą nieuwzględnienia wniosku dowodowego jest art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Nie wydaje się, aby wykluczona była taka wykładnia powołanego przepisu, w ramach której za dowód niedopuszczalny uznawano by każdy dowód uzyskany pośrednio lub bezpośrednio w wyniku naruszenia prawa. Wydaje się również, że można by, w przypadkach, w których akt oskarżenia opiera się wyłącznie lub w znacznej mierze na dowodach uzyskanych niezgodnie z prawem, skorzystać z art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem sprawę po wpłynięciu aktu oskarżenia kieruje się na posiedzenie w celu umorzenia postępowania z powodu oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia. Podstawy faktyczne oskarżenia są wykazywane za pomocą dowodów, a zatem w przypadku ustalenia, że dowody zaoferowane przez oskarżyciela są pośrednio lub bezpośrednio nielegalne, a brak innych dowodów uzasadniających oskarżenie, należy przyjąć, iż zachodzi oczywisty brak faktycznych podstaw oskarżenia. Na tym etapie sąd nie będzie wydawał odrębnego postanowienia w przedmiocie dopuszczalności poszczególnych dowodów, lecz oceniając ich legalność, oceni również to, czy dowody legalnie uzyskane nadal stanowią wystarczającą podstawę oskarżenia. Jeśli po pominięciu dowodów zdobytych nielegalnie lub na podstawie nielegalnie uzyskanej informacji pozostałe dowody okażą się zbyt „słabe”, to wówczas zaktualizują się przesłanki uzasadniające umorzenie postępowania. Przy czym, jak wynika z treści art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k., chodzi tutaj o braki faktyczne podstaw oskarżenia, a zatem należałoby przyjąć, że chodzi o dowody wskazujące sprawstwo oskarżonego. Natomiast po rozpoczęciu przewodu sądowego to sąd ostatecznie decyduje, co zostanie zaliczone w poczet materiału dowodowego – czy to poprzez odczytanie na rozprawie, czy też poprzez uznanie za ujawnione bez odczytywania. Nie ma przeszkód natury procesowej, by sąd, uznając, że określony dowód został zdobyty z naruszeniem prawa lub jest owocem zatrutego drzewa, pominał go już na etapie zaliczania w poczet materiału dowodowego.

Wydaje się, że wskazane jest uregulowanie *expressis verbis* w procedurze karnej kwestii dowodów bezpośrednio i pośrednio legalnych. Z praktycznego punktu widzenia etapem, na którym sąd mógłby orzekać w przedmiocie dopuszczalności określonych dowodów, jest tzw. wstępna kontrola aktu oskarżenia. Wówczas na posiedzeniu strony mogłyby wnosić o wyłączenie poszczególnych dowodów z materiału dowodowego. Wydaje się, że w tym zakresie sąd powinien prejudycjalnie rozstrzygnąć postanowieniem. Należałoby również wprowadzić do k.p.k. ogólny przepis, który wykluczałby opieranie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonego na dowodach uzyskanych bezpośrednio lub pośrednio z naruszeniem ustawy. Tym samym ustawodawca dałby wyraźny sygnał, że w polskiej procedurze karnej nie toleruje się takiego działania organów ścigania, które z naruszeniem prawa gromadzą dowody przeciwko jednostkom. Wykluczenie takich dowodów z podstawy faktycznej orzekania skutecznie gwarantowałoby prawo do rzetelnego procesu, a jednocześnie nadawałoby zasadzie równości broni w postępowaniu karnym realny wymiar. Jak bowiem można mówić o uczciwym, kontradiktoryjnym procesie, w którym strony dysponują równością broni,

gdy strona siłą rzeczy silniejsza – oskarżyciel publiczny – może w każdym przypadku zaferować dowody uzyskane z naruszeniem prawa, a sąd takie dowody uwzględni, wydając niekorzystne dla oskarżonego orzeczenie? Konieczne jest także zobowiązanie sądu do badania dopuszczalności każdego z dowodów zgłaszanych w toku procesu przez oskarżenie. Wobec powyższego niezbędne jest również wprowadzenie jako bezwzględnej przyczyny odwoławczej oparcia orzeczenia na dowodach uzyskanych bezpośrednio lub pośrednio z naruszeniem ustawy. Tylko w takim układzie procesowym zakaz orzekania na podstawie nielegalnych dowodów będzie należycie spełniał swoje gwarancyjne funkcje. Wówczas równocześnie można by zrezygnować z zaskarżalności zażaleniem postanowienia w przedmiocie dopuszczalności dowodów z uwagi na sposób ich zdobycia. W takiej sytuacji oskarżony, jeśli by nie zgadzał się z rozstrzygnięciem sądu, mógłby je kwestionować w apelacji.

## 5. ZAKOŃCZENIE

Problematyka zakazu spożywania owoców zatrutego drzewa niesie ze sobą wiele szczegółowych zagadnień i problemów praktycznych, które z oczywistych przyczyn nie zostały nawet wspomniane w niniejszym artykule. Niniejszy artykuł stanowi tylko niewyraźny rys zagadnienia procesowego wykorzystania dowodów uzyskanych nielegalnie. Doktryna owoców zatrutego drzewa, początkowo całkowicie odrzucana w kontynentalnych systemach prawnych, zdaje się powoli nabierać w Europie prawa obywatelstwa. Wydaje się, że prędzej czy później przeprowadzenie dyskusji nad tą problematyką stanie się koniecznością. Pozostaje tylko wyrazić nadzieję, że dyskusja ta nie będzie polegała wyłącznie na powtarzaniu argumentów na rzecz odrzucenia doktryny owoców zatrutego drzewa.

## Summary

*Paweł Michał Lech*

FRUITS OF THE POISONOUS TREE IN CRIMINAL PROCEDURE.  
ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCES

In this paper the doctrine of “Fruits of the poisonous tree” is presented accordingly to its history, current understanding in American law also options of applying this idea to the Polish criminal procedure are considered. In respect to The Constitution of Republic of Poland and The European Convention on Human Rights and also taking under consideration the case-law of European Court of Human Rights in Strasburg, I try to persuade to employ this doctrine under Polish law. First part of this article examines the history and development of the doctrine of poisonous tree as a one of so-called “exclusionary rules” in American jurisprudence. Providing briefs of the most recognized and important rulings of US Supreme Court on exclusionary rules, I present the backgrounds and aims of exclusionary rules. The very basic end of exclusionary rules is to guarantee of individuals the right to the due process of law by deterring Police misconduct as well as

protecting constitutionally granted rights and freedoms. One may argue that the whole idea of exclusionary rules is one of colorful feature of a criminal justice system in US, but taking a broader view it is not unreasonable to argue that it is fundamental principle of fair trial. The attitude of Polish judges according to the doctrine of "Fruits of poisonous tree" is if not disapproving, then merely very cool. The conception of excluding evidence because it is tainted in some way by unlawful act of Police or prosecutor seems to them doubtful. But, as one may notice, there is another point of view, expressed, regrettably in not strongly determined way, by European Court of Human Rights in case *Gäfgen v. Germany*. In this judgment the Court declared that real evidences as well as testimony of defendant obtained in violation of Article 3 of Convention must be excluded from trial otherwise the whole trial would be unfair. Also The Appellate Court in Białystok in case no II AKa 18/10 expressed essential need for gaining evidence in criminal investigation in accordance with well-known in Western legal culture standards of fair trial and rules of law. So those matters are presented in the second part of article along with short overview of exclusionary rules under foreign laws. At the end of this article I try to discuss some possibilities of applying the doctrine of "Fruits of poisonous tree" under current Polish law with suggested amendments to Polish Code of Criminal Procedure.

KEY WORDS: fruits of the poisonous tree, exclusionary rules, evidence, criminal procedure, fair trial, due process of law, constitutional law

POJĘCIA KLUCZOWE: owoce zatrutego drzewa, zasady wykluczające, dowód, postępowanie karne, uczciwy proces, właściwa procedura prawna, prawo konstytucyjne

SKARGA NA PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA  
A ROZWIĄZANIA PRZYJĘTE  
W WYBRANYCH KRAJACH EUROPEJSKICH  
JAKO „ŚRODKI ODWOŁAWCZE”  
NA NADMIERNĄ DŁUGOŚĆ POSTĘPOWANIA  
– PODOBIENSTWA I RÓŻNICE (cz. 1)

Przewlekłość postępowania, tak w sprawach cywilnych, jak i karnych, nie jest specyfiką wyłącznie polską<sup>1</sup>. „Choroba” w postaci przewlekłości postępowania dotyka bowiem nie tylko naszego kraju, ale jej objawy można dostrzec również w innych krajach europejskich (m.in. Włochy, Czechy, Słowacja, Francja, Portugalia, Węgry)<sup>2</sup>.

Każde państwo-strona Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności ma obowiązek wprowadzić do swego porządku prawnego „środki odwoławczy” w rozumieniu art. 13 Konwencji, służący zwalczaniu tego stanu.

Nie ma jednego modelu odnośnie do środka służącego na przewlekłość postępowania, na co zwrócono już uwagę, stąd też w poszczególnych krajach wprowadzone zostały różne „środki odwoławcze”.

Między rozwiązaniami przyjętymi w państwach-stronach Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zachodzą więc różnice, nieraz zasadnicze. Zdarzają się nawet przypadki, w których nie są przyjmowane odrębne środki zwalczania przewlekłości, czy też służące usunięciu jej skutków (zadośćuczynienie, odszkodowanie), lecz zakładające możliwość orzeczenia wobec oskarżonego łagodniejszej kary, w sytuacji gdy dane postępowanie trwało nadmiernie długo<sup>3</sup>. Takie rozwiązanie przyjęto m.in. w Belgii i Holandii. W krajach tych dopuszcza się możliwość podniesienia zarzutu przewlekłości postępowania, jako środka obrony oskarżonego, mającego wpływ na wymiar kary<sup>4</sup>.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie uznał jednak takiego środka za skuteczny w rozumieniu art. 13 Konwencji europejskiej, gdyż ani nie stanowi środka, który przeciwdziała przewlekłości, ani też nie zapewnia w każdym przypadku adekwatnej formy

---

<sup>1</sup> M. Sykulska, *Prawo do skutecznego środka odwoławczego na przewlekłość postępowania – skutki wyroku Kudła przeciwko Polsce dla polskiego prawa i praktyki*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII, s. 394.

<sup>2</sup> P. Górecki, S. Stachowiak, P. Wiliński, *Skarga na przewlekłość postępowania przygotowawczego i sądowego*. Komentarz, Warszawa 2010, s. 9.

<sup>3</sup> A. Błachnio-Parzych, *Standardy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a polskie regulacje w przedmiocie środków służących przeciwdziałaniu przewlekłości postępowania w sprawach karnych*, maszynopis, s. 2.

<sup>4</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *Skarga na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki – znaczenie i zakres zastosowania w sprawach karnych*, (w:) *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić?*, pod red. S. Waltosia i J. Czapskiej, Warszawa 2005, s. 233; W. Hermeliński, *Skuteczny środek zaskarżenia przewlekłości postępowania sądowych*, „Palestra” 2002, nr 3–4, s. 10.

zadośćuczynienia<sup>5</sup>. Taki pogląd Trybunał wyraził m.in. w wyroku z 21 czerwca 1983 r. w sprawie *Eckle v. Niemcy*, nr skargi 8130/78<sup>6</sup>.

Niewątpliwie nadmiernie długi czas postępowania może prowadzić do utrudnienia ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego, jak też niekorzystnie rzutować na sytuację oskarżonego<sup>7</sup>, co przy uwzględnieniu dyrektyw sądowego wymiaru kary może mieć wpływ na jej wymiar, niemniej jednak taki „środek”, jako że nie spełnia standardów strasburskich, nie może być uznany za realizujący wymóg art. 13 Konwencji. Stąd też można przyjąć, że ów „środek odwoławczy” nie jest „skutecznym środkiem odwoławczym” w rozumieniu Konwencji.

Zauważyć jednak należy, że w orzecznictwie Komisji i Trybunału Praw Człowieka pojawiły się orzeczenia, z których wynikało, że wskazane organy w jednostkowych przypadkach odmówiły skarżącemu statusu „ofiary” naruszenia Konwencji, przyjmując, że złagodzenie kary stanowi jedną z form „zadośćuczynienia” naruszeniu Konwencji, powstałemu na skutek nadmiernie długiego postępowania<sup>8</sup>, a zatem w takim przypadku skarga do Trybunału już nie przysługuje. Nie znaczy to jednak, że takie rozwiązanie jest w każdym przypadku „skutecznym środkiem odwoławczym” w rozumieniu art. 13 Konwencji. Inaczej rzecz ujmując, Komisja i Trybunał uznały w jednostkowych przypadkach, że obniżenie kary stanowiło właściwe „zadośćuczynienie” z tytułu naruszenia prawa do rozpatrzenia sprawy „w rozsądnym terminie”, nie jest to jednak w każdym przypadku „skuteczny” instrument w przywołanym rozumieniu.

Zmniejszenie wymiaru kary może mieć wpływ na uznanie, że skarżący nie jest już ofiarą w rozumieniu art. 34 Konwencji, jeżeli zmniejszenie to jest wymierne i odnosi się bezpośrednio do nadmiernej długości postępowania, przy czym mogą pojawić się trudności związane z ustaleniem, w jakim zakresie doszło do owego zmniejszenia wymiaru kary<sup>9</sup>. Inaczej rzecz ujmując, zmniejszenie kary pozbawienia wolności współmierne do zaskarżonej krzywdy może stanowić „słuszne zadośćuczynienie”<sup>10</sup>, jest to jednak uznaniowa decyzja sądu. To, że w jednostkowym przypadku taki instrument może prowadzić do „słusznego zadośćuczynienia” za ujemne następstwa wynikłe z nadmiernie długiego postępowania, nie przesądza jeszcze o obiektywnej jego „skuteczności”, a taka jest wymagana przez art. 13 Konwencji.

Również środek przyjęty we Francji może budzić wątpliwości, czy jest to rozwiązanie „skuteczne” w rozumieniu art. 13 Konwencji.

We Francji w 1993 r. wprowadzono środek odwoławczy, który daje prawo podejrzanemu lub osobie występującej w sprawie jako strona cywilna do złożenia po upływie roku od daty wszczęcia przeciwko niej śledztwa lub ustanowienia się stroną cywilną

<sup>5</sup> D. Szumilo-Kulczycka, *Skarga na naruszenie*, s. 233.

<sup>6</sup> Publ. LEX nr 80841 (ang.).

<sup>7</sup> W. Hermeliński, *Skuteczny środek*, s. 10.

<sup>8</sup> Decyzja EKPC z 2 września 1994 r. w sprawie *L.v.L. v. Holandia*, nr skargi 20773/92, publikacja na stronie [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); wyrok ETPCz z 26 czerwca 2001 r. w sprawie *Beck v. Norwegia*, nr skargi 26390/95, publikacja na stronie [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>9</sup> Wyrok ETPCz z 20 października 2005 r. w sprawie *Yetkinsekerci v. Wielka Brytania*, nr skargi 71841/01, LEX nr 157911.

<sup>10</sup> Wyrok ETPCz z 29 września 2005 r. w sprawie *Mathew v. Holandia*, nr skargi 24919/03, LEX nr 156601.

żądania do sędziego śledczego<sup>11</sup>, aby postanowił o przekazaniu podejrzanego do dyspozycji właściwego sądu orzekającego lub podjął decyzję o umorzeniu sprawy. W okresie miesiąca od daty otrzymania przedmiotowego wniosku sędzia śledczy ma obowiązek wydać postanowienie, w którym uznaje żądanie za zasadne i przekazuje sprawę do sądu, lub też stwierdza, że postępowanie powinno być kontynuowane. Gdyby sędzia śledczy nie podjął decyzji w powyższym terminie, podejrzany lub strona cywilna mogą zwrócić się bezpośrednio do izby oskarżeń sądu właściwego do rozpoznania sprawy, która w terminie dwudziestu dni orzeka, co należy zrobić ze sprawą<sup>12</sup>.

Wątpliwości związane są z tym, że dopiero po upływie roku uprawniony podmiot może złożyć przedmiotowy środek odwoławczy.

Ponadto, w sytuacji gdy sędzia śledczy uzna, że postępowanie winno być kontynuowane, nie istnieje możliwość zakwestionowania jego stanowiska.

Tym samym *de facto* podejrzany oraz strona cywilna nie dysponują środkiem, który władny jest rzeczywiście przyspieszyć postępowanie, jeżeli bowiem sędzia śledczy zdecydował o jego kontynuowaniu, jego decyzja jest ostateczna. Nie ma zatem należytych gwarancji odnośnie do zdyscyplinowania organów śledczych w celu wyeliminowania lub zapobieżenia przewlekłości.

Jeżeli chodzi o rozwiązania przyjmowane w poszczególnych krajach co do odrębnego środka służącego na przewlekłość postępowania, to w pierwszej kolejności należy wskazać, że w niektórych państwach wprowadzono możliwość zaskarżenia przewlekłości postępowania w ramach skargi konstytucyjnej (np. Niemcy, Czechy, Hiszpania, Słowacja, Chorwacja), w innych zaś wprowadzono odrębny (specyficzny) środek zaskarżenia na przewlekłość postępowania (np. Austria, Włochy)<sup>13</sup>. Różnica dotyczy zatem organu właściwego do rozpoznania danego „środka odwoławczego” oraz trybu jego rozpoznania.

W konsekwencji jeżeli chodzi o organy właściwe do rozpoznania „środka odwoławczego” na przewlekłość, to także występują różnice. W jednych krajach jest to sąd (trybunał) konstytucyjny (np. Hiszpania, Słowacja, Czechy, Chorwacja, Niemcy), w innych zaś sąd (np. Austria, Włochy, Polska). Tym samym inny jest także tryb rozpoznania „środków odwoławczych”, co wynika z odmiennego ukształtowania postępowania przed sądem (trybunałem) konstytucyjnym i sądami.

Bez względu jednak na to, czy uprawniony do rozpoznania „środka odwoławczego” jest sąd, czy też sąd (trybunał) konstytucyjny, po pierwsze, skarżący musi mieć, co do zasady, interes osobisty w dochodzeniu prawa – podmiot korzystający z tego środka powinien stwierdzić, że naruszenie gwarantowanych mu praw podstawowych dotyczy jego osobiście, a naruszenie tych praw powinno być realne, a nie tylko hipotetyczne (potencjalne)<sup>14</sup>.

Różnica dotyczy także zaskarżalności decyzji wydawanych w przedmiocie „środka odwoławczego” na przewlekłość postępowania. Tam, gdzie właściwy do jego roz-

<sup>11</sup> Zob. nt. sędziego śledczego we Francji: K. Eichstaedt, *Rola sądu w postępowaniu przygotowawczym a instytucja sędziego śledczego*, Warszawa 2009, s. 33–40.

<sup>12</sup> W. Hermeliński, *Skuteczny środek*, s. 10.

<sup>13</sup> M. Balcerzak, *Projekt ustawy o skardze na przewlekłość postępowania sądowego – w celu wykonania wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kudła przeciwko Polsce (skarga nr 30210/96, wyrok – 26 października 2000 r., „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2003, nr 3, s. 100; W. Hermeliński, *Skuteczny środek*, s. 10.*

<sup>14</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 242.



poznania jest trybunał (sąd) konstytucyjny, siłą rzeczy żaden środek zaskarżenia nie przysługuje, rozstrzygnięcia trybunału (sądu) konstytucyjnego są bowiem ostateczne i nie podlegają zakwestionowaniu w żadnym trybie. Natomiast w krajach, w których przewidziano sądową kontrolę, postępowanie w przedmiocie takiego „środka odwoławczego” ukształtowano jako jednoinstancyjne (np. Austria, Polska), albo też przewidziano możliwość wniesienia środka zaskarżenia (np. Włochy)<sup>15</sup>.

Porównując modele postępowania zainicjowanego „środkiem odwoławczym” na przewlekłość, wskazać należy, że jego wniesienie może wywoływać postępowanie incydentalne (np. Austria, Polska), jak również prowadzić do wszczęcia postępowania autonomicznego (np. Włochy)<sup>16</sup>. Postępowaniem autonomicznym (odrębnym) jest także postępowanie zainicjowane przed sądem (trybunałem) konstytucyjnym, albowiem toczy się ono przed organem posiadającym odrębność ustrojową od organu, którego dotyczy zarzut przewlekłości, a postępowanie przed sądem (trybunałem) konstytucyjnym uregulowane jest w sposób autonomiczny – postępowanie przed sądem (trybunałem) konstytucyjnym jest postępowaniem szczególnym<sup>17</sup>.

Patrząc z perspektywy tego, jakie skutki wywołuje dany „środek odwoławczy”, możliwe są trzy rozwiązania: „środek odwoławczy” ma charakter dyscyplinujący wobec organu prowadzącego postępowanie, a więc przyspieszający postępowanie (np. Austria); „środek odwoławczy” ma charakter wyłącznie odszkodowawczy, a więc kompensacyjny (np. Włochy), nie realizuje więc funkcji dyscyplinującej, oraz model mieszany – „środek odwoławczy” służy z jednej strony zdyscyplinowaniu organu prowadzącego postępowanie (przyspieszeniu postępowania), a z drugiej umożliwia rekompensatę z tytułu ujemnych następstw wynikłych z przewlekłości postępowania<sup>18</sup>, przy czym może to być jedynie „wstępna rekompensata” (np. Chorwacja, Słowacja, Polska)<sup>19</sup>. Co warto podkreślić, nie ma tu znaczenia, jaki organ rozpoznaje dany „środek odwoławczy”. Zarówno bowiem sąd (trybunał) konstytucyjny, jak i sąd powszechny mogą być umocowane do przyznania odszkodowania z tytułu nadmiernie długiego postępowania. Zasądzenie odszkodowania nie jest więc domeną wyłącznie sądu powszechnego, lecz decyzję w tym zakresie może również podjąć sąd (trybunał) konstytucyjny.

Warto wskazać, że Europejski Trybunał Praw Człowieka z uznaniem odniósł się do „środka odwoławczego” będącego kombinacją dwóch typów środka – przyspieszającego postępowanie oraz dającego zadośćuczynienie. Jak podkreślono w wyroku Wielkiej

<sup>15</sup> M. Balcerzak, *Projekt ustawy o skardze*, s. 101; uzasadnienie do projektu ustawy z 17 listopada 2003 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozsądnym terminie sprawy w postępowaniu sądowym, druk sejmowy nr 2256, publikacja na stronie [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl), s. 10.

<sup>16</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy z 17 listopada 2003 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozsądnym terminie sprawy w postępowaniu sądowym, druk sejmowy nr 2256, publikacja na stronie [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl), s. 10.

<sup>17</sup> B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 521.

<sup>18</sup> F. Edel, *The length of civil and criminal proceedings i the case – law of the European Court of Human Rights*, „Human Rights Files” nr 16, s. 77–78.

<sup>19</sup> L. Garlicki, *Przewlekłość postępowania sądowego a kryteria strasburskie (stosowanie ustawy z 2004 r. z perspektywy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)*, (w:) *Nowe technologie dowodowe a proces karny*, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, Warszawa 2007, s. 40.



Izby Trybunału z 8 czerwca 2006 r. w sprawie *Sürmeli v. Niemcy*, nr skargi 75529/01<sup>20</sup>, bezspornie najlepszym rozwiązaniem jest taki środek, który przyspiesza postępowanie i w ten sposób zapobiega jego przewlekłości. Ma on niekwestionowaną przewagę nad odszkodowaniem, bo zapobiega naruszeniom w tym samym postępowaniu i nie ogranicza się do naprawienia naruszenia dopiero po fakcie. Uwzględniając te racje, Trybunał uznał, że rozumiejąc doskonale tę różnicę, niektóre państwa zasadnie opowiedziały się za połączeniem dwóch typów środka: tego, który ma przyspieszyć postępowanie, i tego, który ma zapewnić odszkodowanie.

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika, że co do zasady zaistnienie przewlekłości rodzi po stronie państwa dwa obowiązki – przerwanie tego stanu i przyspieszenie postępowania oraz właściwe i wystarczające naprawienie szkody<sup>21</sup>.

Nie jest jednak sprzeczne z Konwencją, gdy środek ma jedynie charakter odszkodowawczy, pod warunkiem wszakże, że jest skutecznym instrumentem na nadmierną długość postępowania, co wyraźnie podkreślono w wyroku z 29 marca 2006 r. w sprawie *Scordino v. Włochy*<sup>22</sup>.

W wyroku z 15 stycznia 2009 r. w sprawie *Burdov v. Rosja (nr 2)*<sup>23</sup> Trybunał wyraźnie stwierdził, że jeżeli chodzi o sprawy dotyczące długości postępowania, środek odwoławczy ma na celu przyspieszenie postępowania, aby nie stało się ono przewlekłe, stanowi najbardziej skuteczne rozwiązanie, państwa mogą jednak wybrać środek odszkodowawczy, przy czym Trybunał wypracował zestaw podstawowych kryteriów odnoszących się do skuteczności takich środków odszkodowawczych. Przede wszystkim powództwo odszkodowawcze musi być rozpoznane w rozsądnym terminie; odszkodowanie musi zostać wypłacone terminowo i zasadniczo nie później niż w sześć miesięcy od dnia, w którym decyzja przyznająca odszkodowanie stała się wykonalna; przepisy proceduralne regulujące postępowanie odszkodowawcze muszą być zgodne z zasadą rzetelności gwarantowaną przez art. 6 Konwencji; przepisy dotyczące kosztów sądowych nie mogą nakładać nadmiernego obciążenia strony postępowania; wysokość odszkodowania nie może być nieproporcjonalna w porównaniu z kosztami przyznawanymi przez Trybunał w podobnych sprawach.

Identyczny pogląd Trybunał zaprezentował m.in. w wyroku z 10 kwietnia 2008 r. w sprawie *Wasserman v. Rosja*, nr skargi 21071/05<sup>24</sup>.

Jeżeli chodzi o rozwiązania szczegółowe, to w Austrii środek służący na przewlekłość postępowania reguluje ustawa o ustroju sądów (*das Gerichtsorganisationsgesetz*, GOG). Jak wynika z § 91 wskazanej ustawy, strona ma prawo do złożenia wniosku o wyznaczenie terminu organowi sądowemu, jeżeli organ sądowy zwleka z podjęciem danej czynności procesowej, wyznaczeniem rozprawy, zwróceniem się o opinię biegłych lub wydaniem orzeczenia. W takich przypadkach strona postępowania może złożyć do sądu wyższej instancji wnioski o wyznaczenie sądowi rozpoznającemu sprawę terminu do dokona-

<sup>20</sup> Publ. M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2006*, Warszawa 2007, s. 182–184.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Wyrok ETPCz z 29 marca 2006 r. w sprawie *Scordino v. Włochy (nr 1)*, nr skargi 36813/97, publikacja na stronie [www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl) i przywołane tam orzecznictwo ETPCz.

<sup>23</sup> Publ. LEX nr 478216.

<sup>24</sup> Publ. LEX nr 370471.

nia określonej czynności w toku postępowania<sup>25</sup>. Przedmiotowy wniosek składany jest w toku postępowania w sprawie. Wniosek rozpatrywany jest przez trzyosobową izbę składającą się z sędziów zawodowych. Rozstrzygnięcie jest ostateczne, nie przysługuje od niego żaden środek zaskarżenia. Termin zakreślony na podstawie § 91 ustawy o ustroju sądów jest wiążący dla sądu rozpoznającego sprawę.

W trybie § 91 ustawy o ustroju sądów nie można jednak domagać się odszkodowania, tym samym austriacki środek na przewlekłość postępowania ma wyłącznie charakter dyscyplinujący<sup>26</sup>.

Sankcją za przewlekłość postępowania jest pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego winnego opóźnienia, co oznacza, że austriacki środek na przewlekłość postępowania łączy stwierdzenie przewlekłości w danym postępowaniu z wszczęciem postępowania dyscyplinarnego wobec sędziego, który prowadzi sprawę<sup>27</sup>.

Co warto podkreślić, austriacki ustawodawca, wprowadzając rozwiązanie, o którym mowa w § 91 ustawy o ustroju sądów, w uzasadnieniu nowelizacji tej ustawy powołał się na treść art. 6 ust. 1 i art. 13 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, nie może więc budzić wątpliwości, że uzasadnieniem wprowadzenia tego rozwiązania jest dążenie do zapewnienia „skutecznego środka odwoławczego” na przewlekłość postępowania w rozumieniu art. 13 Konwencji<sup>28</sup>.

W Hiszpanii „środkiem odwoławczym” na przewlekłość postępowania jest „*amparo konstytucyjne*”, czyli skarga indywidualna o ochronę praw, którą rozpoznaje Trybunał Konstytucyjny<sup>29</sup>.

Podstawą skargi przy zarzucie przewlekłości postępowania jest naruszenie prawa do publicznego procesu sądowego bez nieuzasadnionej zwłoki, gwarantowanego przez art. 24 ust. 2 Konstytucji Hiszpanii<sup>30</sup>.

*Amparo* może wnieść każda osoba fizyczna lub prawna, która powołuje się na swój interes prawny (art. 162 ust. 1b Konstytucji Hiszpanii). Skarżącym może być więc podmiot, którego wolność lub prawo zostało bezpośrednio naruszone. W przypadku zarzutu przewlekłości postępowania będzie to więc strona tego postępowania, w którym wystąpił ten stan.

Na marginesie należy wskazać, że *amparo* może wnieść również obrońca ludu (odpowiednik rzecznika praw obywatelskich w Polsce) oraz prokuratura (art. 162 ust. 1b Konstytucji Hiszpanii). W takim przypadku wnoszący działa zarówno na rzecz interesu publicznego, jak również na rzecz stron postępowania. Rozwiązanie to jest konsekwencją tego, że zadaniem prokuratury jest m.in. wspieranie działań wymiaru sprawiedliwości w obronie praw obywateli i interesu publicznego (art. 124 ust. 1)<sup>31</sup>, obrońca ludu zaś powoływany jest dla obrony wolności i praw człowieka (art. 54 Konstytucji Hiszpanii).

<sup>25</sup> Zob. T. Vospernik, *Das Verhältnis zwischen art. 13 und art. 6 EMRK – Absorption oder „Apfel und Birne“?*, „Österreichische Juristen-Zeitung” 2001, Heft 10, vo. 56, s. 363.

<sup>26</sup> M. Balcerzak, *Projekt ustawy o skardze*, s. 101.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> M. Holoubek, *Das Recht auf einewirksame Beschwerde bei einernationalen Instanz. Zur Bedeutung des art. 13 EMRK*, „Juristische Blätter”, Heft 3, März 1992, s. 143.

<sup>29</sup> S. Grabowska, *Sądy konstytucyjne w wybranych państwach europejskich*, Rzeszów 2008, s. 75.

<sup>30</sup> *Konstytucja Hiszpanii*, tłumaczenie i wstęp T. Mołdowa, Warszawa 2008, s. 37.

<sup>31</sup> H. Zięba-Załucka, *Niezależność prokuratora w innych państwach na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki*

Zarzut przewlekłości postępowania musi być sformułowany w toku postępowania (art. 44 ust. 1 lit. c ustawy o Trybunale Konstytucyjnym)<sup>32</sup>. Nie jest to jednak jedyny wymóg formalny – przed złożeniem *amparo* skarżący musi wcześniej złożyć wniosek do sądu rozpoznającego sprawę o przyspieszenie postępowania. Jeżeli skarga zostanie złożona zbyt późno (np. na końcowym etapie postępowania, bezpośrednio przed wydaniem orzeczenia), zostanie uznana za niedopuszczalną, gdyż orzeczenie Trybunału nie może doprowadzić do przerwania przewlekłości<sup>33</sup>.

Wskazany „środek odwoławczy” ma charakter wyłącznie dyscyplinujący. Trybunał Konstytucyjny nie ma możliwości przyznania odszkodowania z tytułu ujemnych następstw wynikłych dla skarżącego z nadmiernie długiego postępowania, co nie znaczy, że osoba, która takich następstw doznała, pozbawiona jest możliwości żądania rekompensaty finansowej. Może to uczynić, ale w innym trybie – domagając się odszkodowania od Ministra Sprawiedliwości.

Decyzja Ministra Sprawiedliwości podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego<sup>34</sup>.

Podstawą prawną domagania się zadośćuczynienia (odszkodowania) jest art. 121 Konstytucji Hiszpanii, który stanowi, że każda osoba, która poniosła krzywdę (szkodę) na skutek pomyłki sądowej lub z powodu nieprawidłowego działania mechanizmu wymiaru sprawiedliwości, ma prawo zadośćuczynienia (odszkodowania) od państwa na zasadach ustalonych przez ustawę.

Zgodnie z orzecznictwem sądów hiszpańskich przewlekłość postępowania jest nieprawidłowym działaniem wymiaru sprawiedliwości<sup>35</sup>. Stanowisko to pozostaje w pełnej zgodzie z konsekwentnym i jednolitym stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>36</sup>.

Warto pokreślić, że jeżeli skarżący nie wniesie *amparo* lub uczyni to zbyt późno, aby móc skutecznie wnieść skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, musi wystąpić o przyznanie odszkodowania od ministra sprawiedliwości<sup>37</sup>.

Wniesienie *amparo* lub wystąpienie o odszkodowanie jest więc warunkiem dopuszczalności skargi do Trybunału (wcześniej Europejskiej Komisji Praw Człowieka)<sup>38</sup>.

Jeżeli chodzi o rozwiązanie przyjęte na Słowacji, to Sąd Konstytucyjny w razie uznania zasadności skargi może zarówno nakazać podjęcie odpowiednich działań w sprawie przez organ, który dopuścił się przewlekłości (art. 127 ust. 2 Konstytucji Słowacji<sup>39</sup>), jak i przyznać zadośćuczynienie pieniężne za doznaną uszczerbek, przy czym Konstytucja wymaga, aby przyznane zadośćuczynienie finansowe było „stosowne” (art. 127 ust. 3 Konstytucji Słowacji).

*i Hiszpanii, (w:) Godność obywatela, urzędu i instytucji. Zmiany prawnoustrojowe prokuratury RP*, red. H. Zięba-Zalucka, M. Kijowski, Rzeszów 2005, s. 129.

<sup>32</sup> M. Sykulska, *Prawo do skutecznego*, s. 396.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> M. A. Nowicki, *Długotrwałe procesy w Hiszpanii, „Rzeczpospolita”* z 16 września 1996, s. 17.

<sup>36</sup> M.in. wyrok ETPCz z 14 lutego 2006 r. w sprawie *Havličkova v. Czechy*, nr skargi 28009/03, LEX nr 172001; wyrok ETPCz z 15 lipca 2005 r. w sprawie *Çaplik v. Turcja*, nr skargi 57019/00, publikacja na stronie [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>37</sup> M. Sykulska, *Prawo do skutecznego*, s. 396.

<sup>38</sup> Decyzja EKPC z 6 lipca 1993 r. w sprawie *Prieto Rodriguez*, nr skargi 17533, DR 77/128.

<sup>39</sup> *Konstytucja Słowacji*, tłumaczenie i wstęp K. Skotnicki, Warszawa 2003, s. 88.

Jeżeli naruszenie wolności lub prawa powstało na skutek zaniechania, Sąd Konstytucyjny może również zabronić kontynuacji naruszenia podstawowych wolności lub praw człowieka<sup>40</sup>. Z całą więc pewnością przyjęte rozwiązania służą zdyscyplinowaniu organu prowadzącego postępowania.

Mechanizm dyscyplinujący połączony jest z mechanizmem kompensacyjnym, ten, czyjego wolności lub prawa zostały naruszone, w przypadku uznania zasadności jego skargi może bowiem otrzymać stosowne zadośćuczynienie finansowe za doznane straty, przy czym chodzi tu jedynie o straty niematerialne. Sąd Konstytucyjny nie jest bowiem władny orzekać w przedmiocie szkód materialnych wynikłych z przewlekłości postępowania<sup>41</sup>. Tego typu szkody mogą być dochodzone, ale nie w ramach tego „środka odwoławczego”, albowiem Konstytucja przewiduje prawo do odszkodowania z tytułu niewłaściwego postępowania urzędowego (art. 48 ust. 3 Konstytucji Słowacji), które to odszkodowanie dochodzone jest w odrębnym trybie (art. 48 ust. 4 Konstytucji Słowacji).

Słowacki Sąd Konstytucyjny w swym orzecznictwie jednoznacznie przyjął, że w przypadku przewlekłości postępowania dochodzi do naruszenia art. 48 ust. 2 Konstytucji Słowacji oraz art. 6 ust. 1 Konwencji europejskiej, co otwiera skarżącym możliwość domagania się przez nich przyznania zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu uszczerbku o charakterze niematerialnym<sup>42</sup>.

Sąd Konstytucyjny nie orzeka natomiast o odpowiedzialności za szkodę lub inną stratę tego, kto naruszył prawa albo wolności człowieka (art. 127 ust. 4 Konstytucji Słowacji).

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 127 ust. 1 Konstytucji Słowacji Sąd Konstytucyjny orzeka o skargach osób fizycznych albo osób prawnych, jeżeli zarzucają naruszenie swoich podstawowych praw albo wolności, albo praw człowieka i podstawowych wolności wynikających z umowy międzynarodowej, którą Republika Słowacka ratyfikowała i ogłosiła w sposób określony ustawą, jeżeli o ochronie tych praw nie rozstrzyga inny sąd. Zgodnie zaś z art. 48 ust. 2 Konstytucji Słowacji każdy ma prawo, aby jego sprawa odbyła się bez zbytecznej zwłoki; prawo do „rozsądnego terminu” rozpoznania sprawy gwarantowane jest więc konstytucyjnie, co umożliwia sięgnięcie po skargę konstytucyjną jako środek jego ochrony.

Skarga na przewlekłość postępowania składana jest w toku postępowania w sprawie (niedopuszczalne jest więc jej złożenie po zakończeniu postępowania), a jej celem jest zarówno przerwanie przewlekłości i przyspieszenie biegu postępowania, jak i przyznanie rekompensaty za doznany na skutek nadmiernie długiego postępowania uszczerbek o charakterze niemajątkowym<sup>43</sup>.

Skarżący zobowiązany jest wskazać, jakie gwarantowane mu prawo zostało naruszone i w jaki sposób doszło do tego naruszenia<sup>44</sup>. Wnioskodawca może skarżyć tylko naruszenie swojego prawa, nie może więc działać na rzecz osoby trzeciej.

Skarga ma zatem charakter indywidualny i dotyczy naruszenia wolności lub prawa

<sup>40</sup> L. Garlicki, *Implementacja orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w ustawodawstwie krajowym (problemy przewlekłości postępowania)*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy. Wybór orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach polskich” 2002, nr 2, t. I, s. 11.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> M. Sykulska, *Prawo do skutecznego*, s. 396.

<sup>44</sup> M. Čič, J. Mazák, *Konanie pred Ústavným súdom Slovenkej republiky*, Košice 1993, s. 146.

danej osoby. Jeżeli więc chodzi o przewlekłość postępowania, skargę może wnieść strona postępowania dotkniętego przewlekłością, która z tego tytułu doznała ujemnych następstw.

Skargę wnosi się w terminie dwóch miesięcy, licząc od dnia, kiedy doszło do naruszenia podstawowego prawa albo wolności skarżącego. Po upływie tego terminu skarga podlega odrzuceniu, jako złożona po terminie.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 22 października 2002 r. w sprawie *Andreasik i in. v. Słowacja*, nr skargi 57984/00<sup>45</sup>, przyjął, że skarga w trybie art. 127 ust. 2 Konstytucji Słowacji stanowi skuteczny środek odwoławczy w tym sensie, że jest w stanie zarówno przeciwdziałać dalszemu naruszeniu prawa do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie, jak i zapewnić stosowne zadośćuczynienie w sprawach, w których to naruszenie już nastąpiło. W konsekwencji przed wniesieniem skargi do Trybunału Praw Człowieka niezbędne jest skorzystanie ze skargi konstytucyjnej, o której mowa w art. 127 ust. 2 Konstytucji Słowacji<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Publ. na stronie [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>46</sup> L. Garlicki, *Implementacja*, s. 12.

## Summary

*Czesław Paweł Klak*

COMPLAINT ABOUT LENGTHINESS OF PROCEEDINGS VS. SOLUTIONS ACCEPTED IN SELECTED EUROPEAN COUNTRIES AS „LEGAL REMEDIES” FOR EXCESSIVE LENGTHINESS OF PROCEEDINGS – SIMILARITIES AND DIFFERENCES (PART 1)

This article applies to „remedies” for in connection with the excessive length of proceedings (within the meaning of Article. 13 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms) in selected countries of the Council of Europe, particularly in those in which the problem of excessive length repeatedly been identified by the Court of Human Rights and simultaneously questioned the lack of domestic remedy this excessive length which could interrupt the proceedings and the victim that the state provide at least preliminary compensation. The author presents the various solutions, paying attention to their characteristics and effects of the model. In this context, presents the solutions adopted in Poland, under the Law of 17 June 2004 on the complaint of breach of the right to hear the case in the investigations conducted or supervised by the prosecutor and the court without undue delay, comparing vested in individual countries and the measures paying attention to their shortcomings.

KEY WORDS: complaint about the length of the proceedings, „effective and available remedy”, the length of proceedings, damages for excessive length of proceedings

POJĘCIA KLUCZOWE: skarga na przewlekłość postępowania, „skuteczny i dostępny środek odwoławczy”, przewlekłość postępowania, naprawienie szkody wynikłej z przewlekłości postępowania

## TYPY KWALIFIKOWANE SPRZEDAJNOŚCI W KODEKSIE KARNYM Z 1997 R.

Łapownictwo bierno jest przestępstwem mającym wiele typów kwalifikowanych, których znamiona tylko pozornie nie budzą wątpliwości. Dopiero bowiem po głębszej analizie ukazuje się cała złożoność problemu. Sprzedajności dopuszcza się ten, kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę. Zagrożenie karą w przypadku typu podstawowego wynosi od 6 miesięcy do lat 8 (art. 228 § 1 k.k.). Tylko odnośnie do opisanego wyżej typu podstawowego ustawodawca przewidział wypadek mniejszej wagi, którego sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Przestępstwo sprzedajności ma charakter indywidualny i w każdym typie może być popełnione jedynie przez osobę mającą szczególne kwalifikacje. Ustawodawca, odpowiadając na liczne postulaty doktryny, zdecydował się zdefiniować w art. 115 § 19 k.k. pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną. Samo przyjęcie przez taką osobę korzyści majątkowej lub osobistej bądź ich obietnicy nie stanowi jednak przestępstwa, jeżeli nie nastąpiło w związku z pełnieniem funkcji publicznej<sup>1</sup>. Związek znamion czynnościowych z pełnieniem funkcji publicznej dotyczy wszystkich odmian przestępstwa sprzedajności<sup>2</sup>. Nie stanowi natomiast sprzedajności przyjęcie korzyści za załatwienie komuś prywatnie sprawy w danej instytucji, jeżeli nie jest to związane z pełnioną funkcją<sup>3</sup>. Takie zachowanie może podlegać jednak odpowiedzialności dyscyplinarnej lub nawet karnej, jeśli realizuje znamiona innego typu czynu zabronionego, np. płatnej protekcji. J. Kochanowski zauważa, że omawianego pojęcia „związek z pełnioną funkcją publiczną” nie należy rozumieć ani w sensie czasowym („podczas”), ani przestrzennym („w miejscu”), lecz przyczynowym („z powodu”)<sup>4</sup>. Przyjęcie korzyści po załatwieniu sprawy, nawet bez uprzedniej obietnicy jej wręczenia, także należy uznać za wyczerpujące znamiona sprzedajności. Korzyść lub jej obietnica może zatem zostać przyjęta bądź żądana zarówno przed dokonaniem, jak i po dokonaniu czynności służbowej oraz w trakcie załatwiania określonej sprawy, natomiast uzależnienie od jej otrzymania wykonania czynności służbowej możliwe jest jedynie przed dokonaniem czynności służbowej. J. Waszczyński uważa, że związek korzyści z pełnioną funkcją ma charakter nie tylko obiektywny, ale i subiektywny, z uwagi na cel, jakim jest uzyskanie przychylnego nastawienia dla załatwianej sprawy, i korzyść

---

<sup>1</sup> W przeciwnym przypadku nawet prezent wręczony osobie pełniącej funkcję publiczną z okazji jej imienin przesądzałby o łapownictwie.

<sup>2</sup> R. Góral, O. Górniok, *Przestępstwa przeciwko instytucjom państwowym i wymiaru sprawiedliwości: rozdział XXIX i XXX kodeksu karnego*, C.H. Beck 2000, s. 83.

<sup>3</sup> O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002, s. 1066.

<sup>4</sup> J. Kochanowski, *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych*, (w:) *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1969, s. 47.



wręczona *ex post* z wdzięczności nie pozostaje w związku z pełnieniem funkcji publicznej<sup>5</sup>. H. Popławski i A. Weizer słusznie jednak twierdzą, że związek przyjęcia korzyści z pełnieniem funkcji publicznej zachodzi, nawet gdyby nie miało ono żadnego wpływu na dokonanie czynności, która już została dokonana. Sprzedajność będzie miała bowiem miejsce również w przypadku darowizny wynagradzającej (*donatio remuneratoria*), po dokonaniu prawidłowej czynności, bez liczenia na jakiegokolwiek wynagrodzenie ze strony osoby pełniącej funkcję publiczną. Zauważają oni także, że każda czynność legalna, którą osoba pełniąca funkcję publiczną ma prawo wykonać przez uprzejmość, lecz której niewykonanie nie byłoby formalnym naruszeniem obowiązku, ma związek z pełnieniem funkcji publicznej. Można wspomnieć w tym miejscu przyspieszenie załatwienia sprawy, załatwienie jej poza godzinami urzędowania<sup>6</sup>, udzielenie informacji, do której nie jest zobowiązany<sup>7</sup>. Należy więc przyjąć, że istotny dla bytu przestępstwa łapownictwa jest związek przyjęcia czy żądania korzyści z pełnieniem funkcji publicznej, a nie możliwość wpływu korzyści na kierunek załatwienia sprawy. Związek ten ma charakter rzeczowo-podmiotowy, co zdaniem A. Zolla oznacza, że sprawca sprzedajności wiąże w swojej świadomości udzielenie korzyści z pełnieniem przez siebie obowiązków służbowych<sup>8</sup>. Związek pomiędzy pełnioną funkcją a przyjętą korzyścią zachodzi zarówno wtedy, gdy dotyczy konkretnej czynności składającej się na pełnienie funkcji publicznej, jak i wtedy, gdy odnosi się do całokształtu działalności osoby pełniącej daną funkcję<sup>9</sup>. Zgodnie bowiem z wyrokiem SN z 1 marca 1975 r. udzielenie korzyści lub jej obietnicy nie musi dotyczyć konkretnej czynności, czy nawet aktualnie załatwianej sprawy. Wystarczy chęć uzyskania ogólnie przychylnego, życzliwego usposobienia osoby pełniącej funkcję publiczną w związku z całokształtem jej urzędowania<sup>10</sup>. Chodzi tu np. o życzliwy stosunek do jednostki, która podlega kontroli. Czasem ma to związek z tzw. korupcją inwestującą w celu uzyskania przywilejów w przyszłości.

Czynność lub sprawa, za którą lub w związku z którą dana osoba przyjmuje korzyść bądź jej żąda, musi wchodzić bezpośrednio lub pośrednio w sferę jej kompetencji służ-

<sup>5</sup> J. Waszczyński, O „korzyści majątkowej” w prawie karnym, PiP 1981, z. 1, s. 71. O tym, że korzyść wręczona czy obiecana w związku z pełnieniem funkcji publicznej może mieć na celu zjednanie przychylności bądź życzliwego stosunku do jednostki, mówią orzeczenia SN z 26 stycznia 1976 r., V KR 238/75, OSNKW 1976, nr 7-8, poz. 93; z 20 maja 1975 r., III KR309/74, OSNKW 1975, nr 7, poz. 90 oraz z 15 listopada 1971 r., IV KR 36/71, OSNKW 1972, nr 3, poz. 53.

<sup>6</sup> Por. wyrok SN z 14 września 1966 r., II KR 58/66, OSNKW 1967, nr 1, poz. 15. Odmiennie L. Peiper, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1933, s. 800. L. Peiper przewiduje w takich przypadkach jedynie odpowiedzialność dyscyplinarną.

<sup>7</sup> H. Popławski, A. Weizer, *Sprzedajność urzędnicza w polskim prawie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1960, nr 2, s. 183. Por. też J. Potępa, *Glosa do wyroku SN z 26 kwietnia 1960 r.*, IV K 118/60, PiP 1961, z. 8-9, s. 449. Odmiennie L. Peiper, który w komentarzu do k.k. z 1932 r. wyraził pogląd, że przyjęcie korzyści za dokonanie czynności poza godzinami urzędowymi stanowi jedynie wykroczenie dyscyplinarne.

<sup>8</sup> A. Zoll, (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzinkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 1999, s. 749.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 750.

<sup>10</sup> Por. wyrok SN z 20 maja 1975 r., III KR 309/74, OSNKW 1972, nr 3, poz. 53 oraz wyrok SN z 18 września 1976 r., V KR 114/76, OSNPG 1977, nr 11, poz. 110; wyrok SN z 15 listopada 1971 r., IV KR 35/71, OSNKW 1972, nr 11, poz. 53. Por. też wyrok SN z 18 września 1976 r., V KR 114/76, OSNPG 1977, nr 11, poz. 110 oraz wyrok SN z 12 czerwca 1980 r., I KR 99/80, OSNKW 1980, nr 12, poz. 93.

bowych<sup>11</sup>. Nie ma sprzedajności, jeżeli czynność, za którą przyjęto korzyść bądź jej obietnicę, nie wchodzi w ogóle w zakres kompetencji sprawcy<sup>12</sup>. Wtedy mamy najczęściej do czynienia z oszustwem. Podobnie gdy osoba pełniąca funkcję publiczną w ogóle nie wykona czynności, za którą przyjęła korzyść lub jej obietnicę. W tym ostatnim przypadku zajdzie jednak obok oszustwa także sprzedajność. Nie jest konieczne, aby żądający bądź przyjmujący korzyść był kompetentny do jednoosobowego lub ostatecznego załatwienia sprawy. Sprawca może więc działać jedynie na pewnym etapie załatwienia sprawy, wykonując np. czynności przygotowawcze lub opiniodawcze<sup>13</sup>. W doktrynie wskazuje się, że związek z pełnieniem funkcji publicznej będzie miał miejsce także w sytuacji naruszenia jedynie podziału pracy, wewnętrznego regulaminu określonej instytucji, udzielenia urzędnikowi urlopu bądź przeniesienia go na inne miejsce przed załatwieniem sprawy<sup>14</sup>. Przyjęcie korzyści majątkowej lub jej obietnicy nie pozostaje jednak w związku z pełnieniem funkcji publicznej tylko dlatego, że przyjmujący pełni funkcję publiczną w instytucji właściwej dla załatwienia sprawy<sup>15</sup>. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 1997 r. w art. 1 ust. 4c<sup>16</sup> wymaga, aby działanie lub zaniechanie funkcjonariusza w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych obejmowało jakiegokolwiek wykorzystanie stanowiska, niezależnie od tego, czy pozostaje w zakresie kompetencji udzielonych temu funkcjonariuszowi, jednak polskie orzecznictwo i doktryna wyłączają penalizację czynności dokonywanych jedynie „przy okazji” pełnienia funkcji publicznej<sup>17</sup>. Brak związku z pełnioną funkcją publiczną dobrze ilustruje stan faktyczny na gruncie orzeczenia SN z 29 stycznia 1982 r. Oskarżony jako kierownik USC podejmował czynności związane z wykonywaniem zdjęć podczas ceremonii ślubnych, polegające na informowaniu fotografa o terminach ślubów i ich zmianie, na umożliwieniu przechowywania sprzętu fotograficznego w urzędzie i na pomocy we właściwym ustawieniu uczestników ceremonii, czy też ewentualnym powtórzeniu czynności, które miały być umieszczone na zdjęciach. Czynności te, mające charakter czysto techniczno-usługowy, nie były objęte zakresem obowiązków kierownika USC i, co wynika z ich charakteru, nie pozostawały w żadnym związku z pełnioną przez oskarżonego funkcją publiczną. Wykonywane one były jedynie przy okazji pełnienia obowiązków służbowych i ich wykonywanie w żadnej mierze nie godziło w objętą ochroną prawną dobro. Składając wyjaśnienia, oskarżony twierdził, że przekonany był o legalności swego działania i o tym, że otrzymywane drobne sumy pieniężne stanowią

<sup>11</sup> Odmienne H. Popławski, A. Weizer, *Sprzedajność urzędnicza*, s. 185. Autorzy uważają, że czynność, za którą urzędnik przyjął łapówkę, nie musi nawet leżeć w zakresie jego czynności urzędowych, a może przekraczać jego kompetencje.

<sup>12</sup> Por. wyrok SN z 20 maja 1975 r., III KR 309/74, OSNKW 1972, nr 3, poz. 53.

<sup>13</sup> O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 1065. Por. też M. Surkont, *Odpowiedzialność wręczającego łapówkę w projekcie polskiego kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 11–12, s. 81–84. Por. też wyrok z 14 grudnia 1934 r., 12 K 1497/34, Zb. Orz. 1935, nr 282.

<sup>14</sup> H. Popławski, A. Weizer, *Sprzedajność urzędnicza*, s. 182. Por. też S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 1027.

<sup>15</sup> Wyrok SN z 2 kwietnia 1998 r., V KKN 175/97, „Prokuratura i Prawo” 1999, z. 1, s. 6.

<sup>16</sup> Dz.U. nr 23, poz. 264.

<sup>17</sup> C. Nowak, *Dostosowanie prawa polskiego do instrumentów międzynarodowych dotyczących korupcji. Program Przeciw Korupcji Fundacji im. Stefana Batorego*, Warszawa 2004, s. 40.

należy mu ekwiwalent za dodatkową pracę, jaką wykonywał<sup>18</sup>. Sąd Najwyższy zajął bowiem stanowisko, że przyjęcie przez funkcjonariusza należności za rzeczywiście wykonaną przez niego pracę, chociażby podjętą bezprawnie, nie stanowi przyjęcia korzyści majątkowej w rozumieniu przepisów o sprzedajności<sup>19</sup>. Tylko art. 231 k.k. pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności sprawcy w takim przypadku.

J. Kochanowski słusznie zauważa, że gdy czynność, w związku z którą przyjęto korzyść, nie wchodzi nawet pośrednio w zakres funkcji publicznej określonej osoby, a sprawca jest błędnie o tym przekonany, mamy do czynienia z niekaralnym, z uwagi na podmiot, nieudolnym usiłowaniem sprzedajności<sup>20</sup>. Podobnie – uzurpowanie sobie przez przyjmującego korzyść lub jej obietnicę funkcji publicznej przez podanie się np. za policjanta nie stanowi przestępstwa łapownictwa biernego<sup>21</sup>.

Czynność podejmowana przez sprawcę może mieć charakter zarówno czynności prawidłowej, jak i nieprawidłowej<sup>22</sup>. Związek z pełnieniem funkcji publicznej zachodzi także wówczas, gdy sprawca wypełnia swój obowiązek prawidłowo i postępuje tak samo, jak gdyby korzyści lub jej obietnicy w ogóle nie przyjął, jeżeli tylko przyjęcie bądź żądanie korzyści następuje w związku z pełnioną funkcją<sup>23</sup>. Wydaje się jednak, że zachowanie łamiące przepisy prawa nie stanowi już czynności służbowej. Zauważyć wszakże należy, że do czasu stwierdzenia bezprawności działania osoby pełniącej funkcję publiczną w wyniku prawem przewidzianych instrumentów kontroli (np. instytucja stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej) określona decyzja lub orzeczenie, choć sprzeczne z prawem, korzysta z ochrony państwa i może skutecznie realizować interesy przekupującego. Może nawet nie zostać uchylona, jeżeli stosowne środki kontroli nie zostaną uruchomione<sup>24</sup>. Wskazuje to na konieczność zmiany redakcji przepisów. *De lege lata* pozostaje rozważenie kwalifikacji z art. 228 § 3 k.k. Czynność nie traci prawnego charakteru w przypadku dopuszczenia się przez funkcjonariusza uchybienia poszczególnym przepisom formalnym<sup>25</sup>.

Typ kwalifikowany sprzedajności zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 zachodzi, gdy sprawca w związku z pełnieniem funkcji publicznej uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żąda (art. 228 § 4 k.k.). Żądanie udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej polega na domaganiu się jej i może być wyraźne lub dorozumiane. Konkludentny sposób domagania się korzyści może wyrażać się, zdaniem M. Surkonta, przez aluzję, odpowiedni gest, napomknięcie, mrugnięcie powieką, a nawet demonstra-

<sup>18</sup> Wyrok SN z 29 stycznia 1982 r., V KRN 289/81, OSNPG 1982, nr 8, poz. 117.

<sup>19</sup> Wyrok SN z 20 lipca 1978 r., III KR 102/78.

<sup>20</sup> J. Kochanowski, *Przestępstwa*, s. 51.

<sup>21</sup> P. Palka, M. Reut, *Korupcja w nowym Kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 41. Por. też wyrok SN z 18 kwietnia 1980 r., IV KR 58/80, OSNKW 1980, nr 7.

<sup>22</sup> M. Surkont, *Łapownictwo*, Lex, Sopot 1999, s. 73.

<sup>23</sup> P. Palka, M. Reut, *Korupcja*, s. 38.

<sup>24</sup> W każdym przypadku, gdy wydana na skutek łapówki – podkupu decyzja nie jest prawidłowa, prokuratorowi przysługuje zgodnie z art. 184 k.p.a. prawo wniesienia sprzeciwu od decyzji ostatecznej, jeżeli przepisy tego kodeksu lub przepisy szczególnie przewidują wznowienie postępowania, stwierdzenie nieważności decyzji albo jej uchylenie lub zmianę.

<sup>25</sup> M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 163.

cyjne celowe przewleklenie załatwienia sprawy<sup>26</sup>. W tych niejednoznacznych przypadkach decydują kryteria obiektywne, a nie jedynie przekonanie osoby, od której żądano łapówki. Podobnie A. Spotowski za żądanie korzyści lub jej obietnicy uważa ujawnienie przez osobę pełniącą funkcję publiczną w jakiegokolwiek formie (słownie, na piśmie, znakami i in.) gotowości przyjęcia korzyści za dokonanie lub niedokonanie czynności służbowej<sup>27</sup>.

W sytuacji uzależnienia czynności służbowej od otrzymania korzyści osoba pełniująca funkcję publiczną musi dać jednoznacznie i wyraźnie do zrozumienia, że danej czynności bez łapówki nie dokona lub nie zaniecha<sup>28</sup>. W tym sensie różni się ono od żądania<sup>29</sup>. Przy żądaniu korzyści nie jest też warunkiem podjęcia czynności służbowej<sup>30</sup>. Sprawca może uzależniać od otrzymania korzyści, jak wskazuje O. Górniok, nie tylko dokonanie lub zaniechanie danej czynności służbowej, ale również jej przyspieszenie czy opóźnienie, wykonanie w określonym miejscu lub określonym sposobem<sup>31</sup>. Żądanie korzyści może mieć miejsce przed wykonaniem czynności służbowej, w jej trakcie lub po jej wykonaniu, uzależnianie zaś – jedynie przed jej wykonaniem. Skuteczność żądania korzyści po dokonaniu czynności jest jednak wątpliwa. Natomiast samo udzielenie korzyści może nastąpić przed wykonaniem czynności służbowej, w jej trakcie lub po jej wykonaniu<sup>32</sup>. Powstaje pytanie o celowość rozróżnienia przez ustawodawcę tych dwóch form działania sprawcy – żądania i uzależniania, skoro każde uzależnianie jest żądaniem i choćby uznać uzależnianie za bardziej naganną formę, to jej realizacja nie pociąga za sobą surowszego ustawowego zagrożenia karą.

Przestępstwo łapownictwa biernego z uwagi na bezskutkowy (formalny) charakter jest dokonane już w chwili uzależnienia wykonania czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy bądź w chwili żądania takiej korzyści, bez względu na to, czy sprawca wykonał czynność służbową bądź otrzymał korzyść. Wycofanie żądania nie ma wpływu na byt przestępstwa. M. Surkont wyraził pogląd, że przestępstwo żądającego korzyści jest dokonane z chwilą wyrażenia żądania jedynie wówczas, gdy materializacja żądania nie nastąpiła wskutek odmowy osoby, do której było skierowane, bądź z innych przyczyn<sup>33</sup>. Trudno zaaprobować powyższe

<sup>26</sup> M. Surkont, *Łapownictwo*, s. 76.

<sup>27</sup> A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe*, Warszawa 1972, s. 99–100. O. Górniok uważa natomiast, że żądanie, chociaż nie musi wyrażać się ostrością tonu, w jakim jest przekazywane, to powinno być kategoryczne. O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 1064.

<sup>28</sup> H. Popławski, A. Weizer, *Sprzedajność urzędnicza*, s. 180. Podobnie A. Zoll uzależnienie rozumie w sytuacji, gdy osoba pełniująca funkcję publiczną daje do zrozumienia osobie zainteresowanej czynnością służbową, że decyzja co do jej wykonania lub zaniechania albo przyspieszenia czy opóźnienia zapadnie w razie wręczenia korzyści majątkowej. A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 754; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1998, s. 404.

<sup>29</sup> Odmienne A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 625 oraz Z. Papierkowski, *Glosa do wyroku SN z 7 lutego 1963 r.*, V K 521/62, OSPiKA 1964, nr 12, poz. 253.

<sup>30</sup> Wyrok SN z 4 lipca 1963 r., V K 628/61, OSNKW 1964, z. 2, poz. 13; wyrok SN z 3 lutego 1988 r., V KRN 2/88, OSNPG 1988, nr 8, poz. 80.

<sup>31</sup> O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 1067. A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe*, s. 104.

<sup>32</sup> R. Góral, O. Górniok, *Przestępstwa przeciwko*, s. 83.

<sup>33</sup> M. Surkont, *Glosa do wyroku SN z 7 listopada 1994 r.*, WR 186/94, WPP 1995, nr 3–4, s. 106.

stanowisko, gdyż skoro dopiero realizacja znamion typu podstawowego prowadziły do dokonania, to stawia się pod znakiem zapytania prawidłowość zastosowania surowszej kwalifikacji prawnej. Powstaje także pytanie, czy w przypadku art. 228 § 4 k.k. mamy do czynienia z typem kwalifikowanym, jako że wprowadza on zasadniczo nowe znamiona, a nie dodaje inne, zwiększające społeczną szkodliwość typu podstawowego. Współwystępowanie żądania i uzależnienia w konkretnym przypadku powinno wpływać na sądowy wymiar kary. Domaganie się jedynie obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej może być uznane za usiłowanie popełnienia sprzedajności. P. Palka i M. Reut twierdzą jednak, że żądanie obietnicy korzyści jest w istocie żądaniem korzyści, jeżeli celem żądającego jest jej rzeczywiste przysporzenie. Tylko teoretycznie można wyobrazić sobie żądanie obietnicy bez chęci jej realizacji, co nie uzasadniałoby w ogóle penalizacji takiego zachowania<sup>34</sup>.

Osoba, od której sprawca żąda lub uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści, jest uczestnikiem koniecznym, który nie podlega odpowiedzialności karnej jako pomocnik, jeżeli tylko wysłuchuje żądania osoby pełniącej funkcję publiczną bądź oświadczenia o uzależnieniu wykonania czynności od otrzymania korzyści lub jej obietnicy, jednak żądania tego nie spełnia bądź na wspomniane oświadczenie nie reaguje<sup>35</sup>. S. Śliwiński twierdzi, że przyjęta jest wykładnia, iż przy uczestnictwie koniecznym odpowiedzialność karna nie rozciąga się na tego uczestnika koniecznego, o którym dany przepis wyraźnie nie wspomina, co wynika z wykładni logicznej, gdyż jeżeli prawodawca ma na względzie przestępstwo, przy którego popełnieniu wystąpić musi kilku uczestników, a określa jedynie odpowiedzialność niektórych z nich, to daje przez to do zrozumienia, że z odpowiedzialności karnej innych rezygnuje<sup>36</sup>.

Powstaje pytanie, czy żądanie korzyści lub uzależnianie czynności od otrzymania korzyści dotyczy czynności służbowej zgodnej z prawem, czy też naruszającej przepis prawa. Wydaje się, że skoro karalne jest żądanie korzyści związane z czynnością służbową zgodną z prawem, to tym bardziej zasługuje na karę żądanie związane z czynnością naruszającą przepisy<sup>37</sup>. Można jednak bronić też poglądu, że zachowanie naruszające przepisy prawa nie stanowi już czynności służbowej<sup>38</sup>. Zresztą art. 228 § 3 k.k. nie posługuje się terminem „czynność służbowa”, ale „zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa”. Wydaje się, że w tym zakresie istnieje niespójność w redakcji przepisów, mogąca – z uwagi na dominującą w prawie karnym rolę wykładni językowej – doprowadzić do bezkarności sprawcy, który choć chce zrobić coś bardziej nagannego niż realizacja czynności służbowej, to nie podpada pod przepis ustawy karnej, mimo że skutki prawne takiego zachowania mogą trwać aż do czasu formalnego unieważnienia czynności, a nawet w razie braku zastosowania odpowiednich procedur nie zostać nigdy wyeliminowane. Za złe rozwiązanie należy uznać także posłużenie się przez

<sup>34</sup> P. Palka, M. Reut, *Korupcja*, s. 34. Nie wyklucza jednak takiej sytuacji M. Surkont, *Łapownictwo*, s. 62.

<sup>35</sup> E. Popek, *Podżeganie i pomocnictwo do łapownictwa w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1970, nr 5, s. 48.

<sup>36</sup> S. Śliwiński, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 345.

<sup>37</sup> A. Spotowski, *Z problematyki odpowiedzialności za łapownictwo*, NP 1971, nr 10, s. 1428.

<sup>38</sup> Na gruncie k.k. z 1932 r. S. Glaser i A. Mogilnicki w przypadku analogicznego typu kwalifikowanego jak art. 228 § 4 k.k. twierdzili, że może on mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy urzędnik żądał korzyści za czynność zgodną z prawem. S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1934, s. 1028.



ustawodawcę zwrotem „uzależnia wykonanie czynności służbowej”, który wskazuje na działanie. Lepszy byłby zwrot „uzależnia czynność służbową”<sup>39</sup>.

Inny typ kwalifikowany sprzedajności zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 zachodzi w przypadku działania sprawcy, który w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa (art. 228 § 3 k.k.)<sup>40</sup>. Taka regulacja dotycząca penalizacji wręczenia łapówki w zamian za czynności dokonane w przeszłości nie podlega ściganiu na mocy Konwencji prawnokarnej Rady Europy o korupcji z 27 stycznia 1999 r.<sup>41</sup>, która łączy odpowiedzialność z działaniami przyszłymi, czego art. 228 § 3 k.k., według C. Nowak, nie wymaga<sup>42</sup>. Zwrócić należy uwagę, że wspomniana Konwencja Rady Europy wprowadza jedynie minimalne standardy penalizacji. Nie wydaje się, że stanowiłoby niedozwoloną analogię na niekorzyść rozumienie znamienia „za zachowanie” w kontekście także przeszłych czynności sprawcy. Czynność wykonaną łatwiej zresztą można ocenić pod względem zgodności z przepisami prawa. Pogląd, że omawiany typ kwalifikowany jest dokonany w chwili przyjęcia korzyści lub jej obietnicy za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa tak przeszłe, jak i mające nastąpić dopiero w przyszłości, reprezentują T. Chrustowski i J. Wojciechowski<sup>43</sup>. Wydaje się, że bardziej jednoznaczne byłoby zastosowanie w takiej sytuacji przez ustawodawcę wyrażenia „w związku”, a nie „za zachowanie”<sup>44</sup>. Trudności natury dowodowej mogą pojawić się, kiedy osoba pełniąca funkcję publiczną przyjmie korzyść za zaniechanie czynności nakazanej jej przez przepis prawa. Zwrócić także należy uwagę, że zachowanie stanowiące naruszenie pojedynczego przepisu prawa nie wyczerpuje jeszcze typu kwalifikowanego, gdyż ten wymaga naruszenia co najmniej dwóch przepisów, co także nie stanowi trafnego ujęcia redakcyjnego.

B. Mik twierdzi, że zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa może stanowić zarówno działanie, jak i zaniechanie (przekroczenie uprawnień bądź niedopełnienie obowiązków), i to zarówno zwińczone oczekiwany skutkiem, jak i dopiero usiłowane bądź przygotowujące osiągnięcie pewnego efektu<sup>45</sup>. Zachowanie naruszające przepisy prawa nie musi wszakże w ogóle nastąpić z uwagi na formalny charakter przestępstwa łapownictwa biernego. Autorka podaje przykład próby niewydania decyzji w ustawowym terminie oraz skorzystanie z urlopu w sytuacji, gdy wiadomo, że osoba zastępująca nie wykona danej czynności terminowo, bo jest niedoświadczona i tego nie potrafi. Kontrowersyjny jest pogląd J. Wojciechowskiego, że typ kwalifikowany należy

<sup>39</sup> M. Surkont, *Łapownictwo*, s. 73. W sytuacji zaniechania pozostawałaby jedynie odpowiedzialność za nadużycie funkcji (art. 231 § 2 k.k.).

<sup>40</sup> Należy w tym miejscu zauważyć, że naruszenie przepisów prawa ma już miejsce w samym czynie sprzedajności.

<sup>41</sup> „European Treaty Series” nr 173.

<sup>42</sup> C. Nowak, *Dostosowanie prawa*, s. 40.

<sup>43</sup> T. Chrustowski, *Prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne aspekty łapówkarstwa*, Warszawa 1985, s. 33. Podobnie J. Wojciechowski, *Kodeks karny*, s. 403.

<sup>44</sup> Por. M. Surkont, *Uregulowanie sprzedajności w projekcie polskiego kodeksu karnego*, Prz. Sąd. 1995, nr 7–8, s. 112.

<sup>45</sup> B. Mik, *Nowela antykorupcyjna z 13 czerwca 2003 r. Wprowadzenie. Rys historyczny. Podstawowe problemy interpretacyjne*, Kraków 2003, s. 161.



przyjąć również w sytuacji, gdy przyjęcie łapówki wiąże się z naruszeniem prawa przez wręczającego<sup>46</sup>.

Wśród czynności stanowiących „dokonane” działanie lub zaniechanie można wymienić bezpodstawne umorzenie podatku, uzyskanie poświadczenia nieprawdy, zaniechanie zawiadomienia o przestępstwie, akceptowanie do wypłaty fikcyjnego rachunku<sup>47</sup>.

Zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa nie stanowi czynu następnego bądź uprzedniego w stosunku do przyjęcia korzyści, który mógłby być pochłonięty, i w związku z tym należy przyjąć realny zbieg przestępstw, jeżeli oczywiście realizuje ono znamiona typu czynu zabronionego<sup>48</sup>. Jeżeli sprawca uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej bądź jej obietnicy albo takiej korzyści żąda za zachowanie naruszające przepisy prawa, ale faktycznie korzyści takiej nie przyjmuje, to nie może odpowiadać za realizację typu kwalifikowanego określonego w art. 228 § 3 k.k.

W. Jasiński słusznie podnosi, że naruszenie przepisów prawa w kontekście art. 228 § 3 k.k. należy odróżnić od naruszenia obowiązku służbowego. W tym ostatnim przypadku należałoby każdorazowo ustalać zakres praw i obowiązków osób pełniących funkcję publiczną także na podstawie instrukcji, regulaminów czy okólników, co komplikowałoby wykrywanie przestępstwa, a często uniemożliwiałoby przeprowadzenie skutecznego procesu dowodowego<sup>49</sup>. Powyższe regulaminy i inne akty mogłyby mieć znaczenie na gruncie art. 228 § 4 k.k. Zgodnie z wyrokiem SN z 15 lipca 1983 r. przez zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa należy rozumieć tylko takie działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, które jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym zakazem lub nakazem wskazanym w odpowiednim przepisie prawa<sup>50</sup>. A. Zoll stwierdza, że przez przepis prawa należy rozumieć normę prawną zawartą zarówno w akcie normatywnym powszechnie obowiązującym, jak i tym o charakterze wewnętrznym<sup>51</sup>. Według Siewierskiego nie ma znaczenia nazwa aktu prawnego, a jedynie konieczność jego wydania na podstawie ustawowej, należyte ogłoszenie we właściwym wydawnictwie promulgacyjnym oraz zawieranie przepisów o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym, a nie takich, które rozstrzygają indywidualnie konkretną sprawę<sup>52</sup>. Ze stanowiskiem tym należałoby się zgodzić, gdyż nie ma podstaw do zawężenia, jak to czyni A. Marek, kręgu takich przepisów tylko do publikowanych w Dziennikach Ustaw, tj. ustaw i rozporządzeń. Na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. dopuszczano nawet, że mogą w takich przypadkach wchodzić w grę przepisy zawarte także w zarządzeniach, okólnikach, instrukcjach itp.<sup>53</sup> Przez naruszenie prawa Autor ten rozumie merytoryczną sprzeczność czynności

<sup>46</sup> Por. J. Wojciechowski, *Kodeks karny*, s. 403.

<sup>47</sup> M. Surkont, *Łapownictwo*, s. 68.

<sup>48</sup> S. Śliwiński, *Odpowiedzi na pytania prawne*, PiP 1949, nr 3, Dodatek Prawno-Karny, s. 60 i n.

<sup>49</sup> W. Jasiński, *Nowe rozwiązania kodeksu karnego przeciw korupcji*, PUG 2003, nr 11, s. 11.

<sup>50</sup> Wyrok SN z 15 lipca 1983 r., N 25/83, OSNKW 1984, nr 1-2, poz. 16. Podobnie wyrok SN z 6 listopada 1987 r., V KRN 200/87, OSNPG 1988, nr 8, poz. 81. Zaniechanie może polegać na odmowie podjęcia, wbrew prawnemu obowiązkowi, ścigania przestępstwa.

<sup>51</sup> A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 755. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że przyjęcie przez żołnierza korzyści lub jej obietnicy za czynność niezgodną z przepisami regulaminu dyscyplinarnego stanowi naruszenie przepisu prawa. Por. wyrok SN z 21 grudnia 1984 r., Rw 695/84, OSNKW 1985, z. 7-8, poz. 65.

<sup>52</sup> J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, t. 3, s. 476.

<sup>53</sup> A. Spotowski, *Z problematyki*, s. 1430.

z obowiązującym prawem, a nie ich niezgodność z przepisami dotyczącymi trybu załatwiania sprawy, terminów i formy czynności<sup>54</sup>. M. Surkont natomiast twierdzi, że chodzi o takie zachowanie, które jest sprzeczne zarówno od strony merytorycznej, jak i trybu postępowania, z przepisami regulującymi dziedzinę, w ramach której działa sprawca<sup>55</sup>. Natomiast gdy tryb postępowania osoby pełniącej funkcję publiczną uzależniony jest od jej uznania determinowanego obiektywną oceną zaistniałej sytuacji faktycznej, wówczas postępowanie tej osoby, mieszczące się w ramach tego uznania, nie kwalifikuje się jako czynność stanowiąca naruszenie przepisu prawa<sup>56</sup>. Jeżeli celem działania oskarżonego było np. sklonienie funkcjonariuszy do zaniechania przewiezienia go do izby wytrzeźwień, co nie stanowiło ich bezwzględneho obowiązku, a zależało od oceny konkretnej sytuacji, a zwłaszcza stanu nietrzeźwości danej osoby, nie można w takim przypadku mówić o nakłanianiu funkcjonariuszy do naruszenia prawa<sup>57</sup>. W wyroku z 11 listopada 1985 r. SN uznał bowiem, że czynność stanowiąca naruszenie przepisów prawa zachodzi tylko wtedy, gdy na funkcjonariuszu ciążył prawny obowiązek ściśle sprecyzowanego zachowania się, od którego miał odstąpić w zamian za udzieloną mu lub obiecaną korzyść<sup>58</sup>. Wspomniane orzeczenie zbyt upraszcza jednak złożoność problemu. Wydaje się, że gdy ustawa pozostawia osobie pełniącej funkcję publiczną sferę uznania, to nie można przyjąć naruszenia przepisów w granicach, w jakich istnieje możliwość, patrząc racjonalnie, różnej oceny w takiej sytuacji. Jeśli, jak w podanym przykładzie, stan nietrzeźwego jednoznacznie kwalifikował go do odwiezienia do izby wytrzeźwień, to „złagodzenie” oceny przez przyjęcie korzyści lub jej obietnicy będzie stanowiło naruszenie przepisów prawa, chyba że podjęcie określonego zachowania po dokonaniu oceny miało charakter fakultatywny. Zdaniem A. Zolla nie należy mieszać swobodnego uznania z dowolnością. Jeżeli z przepisów prawa wynika obowiązek policjanta zatrzymania prawa jazdy kierowcy po stwierdzeniu jego niezdolności do dalszej jazdy, to stwierdzenie takiego stanu faktycznego przez policjanta nie daje mu swobody w odstąpieniu od zatrzymania prawa jazdy<sup>59</sup>. Swobody nie ma także, z uwagi na zasadę legalizmu, prokurator w zakresie odstąpienia od wszczęcia postępowania karnego o przestępstwo ścigane z urzędu. Odmiennie przedstawia się sytuacja w przypadku zatrzymania osoby i dokonania zabezpieczenia majątkowego przez prokuratora<sup>60</sup>. Natomiast K. Buchała twierdził, że przez naruszenie przepisów prawa należy rozumieć wyraźne naruszenie nie tylko dosłownego brzmienia przepisu, lecz także prawidłowej polityki realizowanej na podstawie określonych przepisów zostawiających pewną sferę uznania dla funkcjonariusza<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia*, s. 625. Podobnie wyrok SN z 6 listopada 1987 r., V KRN 200/87, OSNPG 1988, nr 8, poz. 81.

<sup>55</sup> Por. M. Surkont, *Łapownictwo*, s. 67 oraz tego autora *Glosa do wyroku SN z 15 lipca 1983 r.*, N 25/83, NP 1984, nr 7–8, s. 206–207.

<sup>56</sup> Wyrok SN z 15 lipca 1983 r., N 25/83, OSNKW 1984, nr 1–2, poz. 16 i glosa M. Surkonta, NP 1984, nr 7–8, s. 206. Podobnie wyrok SN z 6 listopada 1987 r., V KRN 200/87, OSNPG 1988, nr 8, poz. 81, a także A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 755.

<sup>57</sup> Oskarżony prosił funkcjonariuszy, aby go puścili do domu, gdyż nie był na tyle pijany, aby nie móc samodzielnie dojść do domu. Wyrok SN z 2 grudnia 1987 r., V KRN 296/87, OSNPG 1988, nr 8, poz. 82.

<sup>58</sup> Wyrok SN z 11 listopada 1985 r., V KRN 801/85, OSNPG 1986, nr 6, poz. 81.

<sup>59</sup> A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 756.

<sup>60</sup> P. Palka, M. Reut, *Korupcja*, s. 46.

<sup>61</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 742.

Surowszej odpowiedzialności, mianowicie karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12, podlega sprawca sprzedajności, który przyjmuje korzyść majątkową znacznej wartości albo jej obietnicę (art. 228 § 5 k.k.). Artykuł 115 § 5 k.k. stanowi, że mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w chwili popełnienia czynu zabronionego przekracza dwustukrotną wysokość najniższego miesięcznego wynagrodzenia. Ta definicja legalna może stanowić punkt orientacyjny przy ocenie korzyści majątkowej znacznej wartości, której ustawodawca bezpośrednio nie zdefiniował, ale nie zobowiązuje do takiego właśnie jej rozumienia<sup>62</sup>. Ustawodawca bowiem zgodnie z art. 115 § 7 k.k. rozszerza zdefiniowane rozumienie znaczenia mienia znacznej wartości na pojęcie znacznej szkody majątkowej. Nie rozszerzył natomiast takiego pojęcia znacznosci na korzyść majątkową stanowiącą przeciwieństwo szkody<sup>63</sup>. A. Marek zagrożenie w przypadku tego typu kwalifikowanego sankcją od 2 do 12 lat pozbawienia wolności uważa za przesadę, zwłaszcza że znamiona typu kwalifikowanego wypełnia już przyjęcie obietnicy korzyści majątkowej znacznej wartości<sup>64</sup>. K. Daszkiewicz wskazuje, że Kodeks karny z 1997 r. stworzył z powtarzanych zachowań opłacalny proceder, gdyż przyjęcie nawet kilkudziesięciu łapówek w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uważa się za jeden czyn zabroniony, przy czym *de lege lata* sąd nie może zastosować w takiej sytuacji nadzwyczajnego obostrzenia kary<sup>65</sup>. Przyjmujący łapówkę znacznej wartości może ją otrzymać bądź to od jednego sprawcy, bądź od kilku. W tym ostatnim przypadku powinna ona mieścić się w ramach jednej działalności biorącego, związanej z zajmowanym przez niego stanowiskiem, w ramach z góry powziętego zamiaru i przy wykorzystaniu zorganizowanej sieci łapowniczej<sup>66</sup>. Należy zatem rozważyć możliwość wprowadzenia typu kwalifikowanego z uwagi na wielokrotne przyjmowanie łapówek. Jeżeli sprawca w związku z pełnieniem funkcji publicznej uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej znacznej wartości albo jej obietnicy lub takiej korzyści żąda (ale jej nie przyjmuje), to wysokość korzyści może mieć wpływ jedynie na sędziowski wymiar kary w ramach art. 228 § 4 k.k.

Z uwagi na zobowiązania międzynarodowe wprowadzono paragraf 6 w art. 228, penalizujący przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicę bądź żądanie takiej korzyści albo uzależnianie od jej otrzymania wykonania czynności służbowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej.

Typy kwalifikowane łapownictwa biernego mają charakter przestępstw umyślnych. Łapownictwo bierne może być popełnione w typie podstawowym oraz niektórych typach kwalifikowanych zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Dla odpowiedzialności sprawcy nie ma jednak znaczenia cel jego działania. Nie ma więc ono charakteru kierunkowego. Zamiar ewentualny może odnosić się do znamion przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy, związku korzyści z pełnieniem funkcji publicznej (w przypadku zakamuflowanej łapówki), a w typach kwalifikowanych do zachowania stanowiącego naruszenie przepisów prawa oraz korzyści znacznej wartości bądź jej obietnicy. W powyższych przypadkach możliwe jest

<sup>62</sup> O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, s. 1067.

<sup>63</sup> R. Góral, O. Górniok, *Przestępstwa przeciwko*, s. 78.

<sup>64</sup> A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 625.

<sup>65</sup> K. Daszkiewicz, *Kodeks karny z 1997 r. Uwagi krytyczne*, Gdańsk 2001, s. 263.

<sup>66</sup> Wyrok SN z 12 marca 1975 r., V KR 371/74, OSNPG 1975, nr 11, poz. 117.

przewidywanie przez sprawcę przywołanych wyżej okoliczności i godzenie się na ich realizację<sup>67</sup>. M. Surkont uważa jednak, że ze względu na powód działania związek z pełnieniem funkcji publicznej musi być objęty zamiarem bezpośrednim<sup>68</sup>. Podobnie J. Kochanowski twierdzi, że znamię „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” implikuje winę umyślną w postaci *dolus directus*<sup>69</sup>. Żądanie korzyści i uzależnianie czynności służbowej od otrzymania korzyści może nastąpić tylko z winy umyślnej w formie zamiaru bezpośredniego<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> J. Kochanowski uważa jednak, że strona podmiotowa typu kwalifikowanego łapownictwa z uwagi na przyjęcie korzyści lub jej obietnicy za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa wyraża się w winie umyślnej w postaci zamiaru bezpośredniego. Por. J. Kochanowski, *Przestępstwa*, s. 140.

<sup>68</sup> M. Surkont, *Łapownictwo*, s. 57. Por. też S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1979, s. 113.

<sup>69</sup> J. Kochanowski, *Przestępstwa*, s. 49.

<sup>70</sup> Podobnie O. Chybiński, *Łapownictwo i płatna protekcja w kodeksie karnym z 1969 r.*, *Studia prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świły*, Warszawa 1969, s. 41.

## Summary

*Piotr Wiatrowski*

### QUALIFIED TYPES OF VENALITY IN THE CRIMINAL CODE OF 1997

Passive bribery is a crime of many qualified types, whose features only seem to be clear. For example, there is the question arising about the purposefulness of distinction of two forms of the perpetrator's action by the legislator in Article 228 § 4 of the Penal Code that is the demand and the dependence, while each dependence is demand and even if one considers the dependence as a more reprehensible form, its actualisation does not result in a stricter statutory threat of punishment.

There is a doubt, if in this case we have to do with the qualified type at All, since it fundamentally introduces new features, and it does not provide others which would increase the social consequences of the basic type.

There is also the question whether the demand of benefits or dependence undertaking the actions on receiving benefits relates to official duties consistent with the law or violation of its provision. It seems that if the demand of benefits associated with official duty consistent with the law is punishable, it is even more deserving for punishment demand associated with the official duty violating of the provisions.

For one can also defend the view that behavior that violates the law is no longer an official duty. It is also to be noted that the conduct constituting the violation of a single provision of the law does not cover even the qualified type of 228 § 3 of the Penal Code, as this is breach of two rules, which also is not accurate editorial version.

KEY WORDS: corruption, qualified type, public function, financial benefit, personal benefit

POJĘCIA KLUCZOWE: sprzedajność, typ kwalifikowany, funkcja publiczna, korzyść majątkowa, korzyść osobista

## MEDIACJA ZAMIAST SĄDU W PRAWIE PRACY

Mediacja na świecie robi ogromną karierę, w Polsce natomiast, mimo że funkcjonuje w systemie prawnym, jest instytucją szerzej nieznaną, a przede wszystkim rzadko stosowaną. Podchodzi się do niej z dużą rezerwą i brakiem zaufania, gdy tymczasem jest ona pomocna we wszelkich problemach i sporach między ludźmi. Celem mediacji jest osiągnięcie przez strony porozumienia, spisane w formie ugody przed mediatorem. Zawarta przez strony ugoda, po zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną. Mediacja nie stanowi jednak panaceum, ale jest możliwością, z której warto skorzystać, jeżeli chce się współtworzyć społeczeństwo obywatelskie, które podejmuje odpowiedzialność za siebie i innych ludzi. Mediacja nie zrywa więzi społecznych i gospodarczych, pomaga natomiast dostrzec sprawę z punktu widzenia drugiej strony i wspólnie rozwiązać problem. Mediacja przede wszystkim nie chowa się za procedurami i nie wykorzystuje przepisów, aby zniszczyć drugą stronę.

Mediator zarządza emocjami stron, obniżając ich poziom. Poufność, dyskrecja, etyczność zachowań, komfort psychiczny, w którym prowadzona jest mediacja, są elementami ułatwiającymi dochodzenie do porozumienia, co niewątpliwie jest tak ważne w sprawach z zakresu prawa pracy.

### WPROWADZENIE

W przeciwieństwie do powszechnego przekonania mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów nie jest nowym zjawiskiem. W wielu aspektach była ona stosowana wcześniej niż inne formy współczesnych postępowań przed sądami. Była znana prawie we wszystkich kulturach starożytnych. Mediacja zatem stanowi znaną od czasów antycznych metodę rozwiązywania sporów.

Współczesna mediacja pojawiła się w szerszej skali najpierw w USA i innych krajach należących do tradycji *common law*, a dopiero później zaczęła się rozwijać w pozostałych częściach świata.

Pojęcie mediacji nie jest jednolicie rozumiane ani w praktyce orzeczniczej, ani w literaturze fachowej. W zależności bowiem od problematyki, której dotyczy, różne jej akcenty i elementy są eksponowane i uwidaczniane. Mediacja jednak to na pewno dobrowolne i poufne porozumienie się stron znajdujących się w konflikcie w obecności osoby bezstronnej i neutralnej, tzw. mediatora<sup>1</sup>. W taki sposób rozumiana mediacja wyjaśnia istotę pojęcia mediacji oraz wskazuje jej cel, jakim jest dojście do ugody, która satysfakcjonuje wszystkich uczestników postępowania mediacyjnego.

Instytucja mediacji została wprowadzona do polskiego prawa w postępowaniu cywil-

---

<sup>1</sup> *Kodeks etyki mediatora*, Polskie Centrum Mediacji, Warszawa 2003, s. 5.

nym oraz na mocy ustawy z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 172, poz. 1438). Ustawodawca wprowadził instytucję umożliwiającą stronom pojednanie się, rozwiązanie sporu przy zaangażowaniu ich własnego działania, z jednoczesnym udziałem podmiotu trzeciego (mediatora) niebędącego sądem. Pomimo jednak, że mediacja uregulowana została w k.p.c. w art. 181<sup>1</sup>–183<sup>15</sup>, to ustawodawca nie pokusił się, aby stworzyć definicję mediacji.

Z art. 10 k.p.c. wynika, że w sprawach, w których dopuszczalne jest zawarcie ugody przed sądem, strony mogą także zawrzeć ugody przed mediatorem. Oznacza to, że mediacja ma charakter uniwersalny, ponieważ co do zasady można ją przeprowadzać w każdej sprawie podlegającej rozpoznaniu w postępowaniu cywilnym, chyba że jest to sprawa, w której niedopuszczalne jest zawarcie ugody<sup>2</sup>. Wprowadzenie mediacji do k.p.c. nie narusza dotychczasowych zasad dotyczących postępowania pojednawczego ani ugody sądowej.

Godny podkreślenia na wstępie jest także fakt, że postępowanie mediacyjne pozwala na oddanie procesu rozstrzygania sporu samym zainteresowanym, którzy w ten sposób mogą kształtować własną rzeczywistość społeczno-prawną.

Mediacja nie oferuje panaceum na niedogodności związane z załatwieniem spraw cywilnych. Nie w każdej też sprawie może okazać się skuteczna i nie w każdej sprawie powinna zostać zastosowana, jednak jest ona niewątpliwie „bliższa życiu” niż postępowanie sądowe, gdyż koncentruje się na rzeczywistych potrzebach i interesach stron.

## DEFINICJA I ZNACZENIE MEDIACJI

Mediacja nazywana jest w literaturze przedmiotu królową, kwintesencją i synonimem ADR – *Alternative (Appropriate) Dispute Resolution* (Alternatywne Metody Rozwiązywania Sporów)<sup>3</sup>, które oznaczają wiele różnych metod, będących alternatywą dla rozstrzygnięcia powstałego sporu w procesie przed sądem powszechnym.

Mediacja to niewiążąca metoda rozwiązywania sporów, z udziałem neutralnej osoby trzeciej, której zadaniem jest pomoc stronom zaangażowanym w spór w osiągnięciu wspólnie akceptowalnego rozwiązania. Uczestniczenie w tej procedurze podmiotu trzeciego, który powinien dawać gwarancję bezstronności wobec stron sporu, sprawia, że mediację często określa się jako „rokowania we troje”<sup>4</sup>. Mediację można również określić jako interwencję zaakceptowanej przez strony osoby trzeciej w negocjacje lub konflikt między stronami. Osoba ta ma ograniczone prawo podejmowania decyzji w sprawie i jedynie pomaga stronom w osiągnięciu ugody<sup>5</sup>.

Kodeks postępowania cywilnego realizuje zasadniczo tzw. pięć zasad mediacji, czyli:

- dobrowolność,

<sup>2</sup> K. Łuba, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, „Mediator Polskiego Centrum Mediacji” 3/2008 (nr 46), s. 8.

<sup>3</sup> D. Jaworska, *Mediacja o mediacji* – wykład wygłoszony na konferencji „Mediacja w prawie pracy”, Warszawa 23 listopada 2005 r., s. 2, niepubl.

<sup>4</sup> G. Goździewicz, *Mediacja i arbitraż w polskim prawie pracy*, (w:) *Arbitraż i mediacja w prawie pracy. Doświadczenia amerykańskie i polskie*, red. G. Goździewicz, Wydawnictwo KUL, Lublin 2005, s. 10.

<sup>5</sup> E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 31.



- poufność,
- bezstronność,
- neutralność,
- akceptowalność.

Podstawowymi elementami mediacji, wynikającymi z zaprezentowanych powyżej definicji, są:

- udział mediatora w postępowaniu, jako osoby całkowicie neutralnej, niemającej żadnego interesu w wyniku rozwiązania sporu;
- ograniczony wpływ mediatora na ostateczną decyzję;
- całkowita dobrowolność stron zarówno co do udziału w samym postępowaniu mediacyjnym, jak i w zakresie podjęcia ostatecznej decyzji.

Elementem charakteryzującym mediację najpełniej jest udział mediatora jako osoby neutralnej w postępowaniu. Osoba neutralna pomaga od nowa stronom sporu spojrzeć na sprawę i na problem, który stał się istotą konfliktu między nimi. Zakłada się także, że rolą mediatora jest zmiana dynamiki i siły konfliktu poprzez wpływanie na zachowania stron i ich poglądy na istotę sporu, przez jego wiedzę, doświadczenie i stosowanie technik negocjacyjnych<sup>6</sup>. Mediator jako osoba bezstronna w sporze powinien być niezależny nie tylko od stron konfliktu, ale również od central organizacji związkowych, pracodawców, partii politycznych.

Pierwszą kluczową cechą charakterystyczną wydaje się fakt, że aby mediacja mogła dojść do skutku, strony muszą zacząć ze sobą rozmawiać, a potem negocjować. Mediacja ponieważ jest bowiem jedynie rozwinięciem negocjacji w tym sensie, że negocjacje przechodzą w nową fazę z udziałem mediatora, który pokazuje stronom różnorodne rozwiązania dotychczasowego sporu.

Drugą cechą mediacji wynikającą z jej definicji jest to, że mediator ma ograniczone prawo do podejmowania decyzji w sprawie. Nie może on nakazać i zmusić do rozwiązania konfliktu i zawarcia ugody. Ta szczególna cecha wyróżnia mediatora na tle sędziów i arbitrów, którzy co do zasady mają prawo wydawania decyzji w sprawie bądź to na podstawie ugody zawartej przez strony, bądź na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Mediator natomiast koncentruje się na tym, aby doszło do pojednania zwaśnionych stron, pomagając im w kreśleniu ich interesów oraz potrzeb.

Ostatnim elementem definicji mediacji jest jej całkowita dobrowolność. Znalazła ona odzwierciedlenie w treści art. 183<sup>1</sup> § 1 k.p.c. Szeroko rozumiana dobrowolność jest uznawana za najistotniejszą cechę mediacji, odróżniającą ją od postępowania sądowego, a zarazem za klucz do jej sukcesu. Zgodnie z k.p.c. mediacja jest dobrowolna, tzn. zależy od dobrej woli stron – *lege non distinguente* – na każdym jej etapie. Dobrowolność dotyczy dwóch sfer mediacji: zgody stron na uczestnictwo w mediacji oraz ugody zawartej przez strony, która nie może być narzucona przez osobę trzecią. Stron nie można zmusić do wzięcia udziału w negocjacjach i mediacji. Każda ze stron może także wycofać się z mediacji w dowolnym czasie już w jej trakcie. Dobrowolność udziału stron w mediacji bywa zaliczana do wad mediacji, w szczególności gdy strona odmawia poddania się lub kontynuowania mediacji pomimo uprzedniego zawarcia umowy o mediację<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> C. Argyris, *Intervention Theory and Method: A Behavioral Science View*, Mass: Addison-Westley 1970, s. 15.

<sup>7</sup> M. Pazdan, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, „Rejent” 2004, nr 2, s. 10.

Artykuł 183<sup>4</sup> § 1 k.p.c. statuuje zasadę, zgodnie z którą postępowanie mediacyjne nie jest jawne. Ponadto paragraf 2 tegoż artykułu dodaje, że mediator jest obowiązany zachować w tajemnicy fakty, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji. Niezmiernie ważne jest również to, że mediator nie może być świadkiem co do faktów, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji, chyba że strony zwolnią go z obowiązku zachowania tajemnicy.

Powodzenie mediacji z całą pewnością zależy od gotowości stron do dyskusji na temat swoich potrzeb, niepokojów oraz pomysłów na rozwiązanie sporu. Dzięki otwartości stron zaangażowanych w proces mediacji możliwe jest osiągnięcie porozumienia, które jest jakby „uszyte na miarę” konkretnych okoliczności danej sprawy, a przede wszystkim potrzeb samych stron<sup>8</sup>.

Mediacja eksponuje z pewnością w większym stopniu niż inne metody rozwiązywania sporów rolę autonomii stron. Daje im poczucie odpowiedzialności i możliwości decydowania o własnych sprawach. Konsensualny charakter dotyczy zarówno samego postępowania mediacyjnego, jak również jego rezultatu, gdyż nie ma lepszej sprawiedliwości niż ta, którą strony uzgodnią same. Prawo staje się techniką zarządzania przeznaczoną do promowania najlepszego rozwoju społecznego i ekonomicznego ludzkości. Oznacza to przejście od stosowania prawa narzuconego do prawa negocjowanego. Mediacja stanowi więc odbicie nowych koncepcji stosunków społecznych i służy godności człowieka. Możliwość rozstrzygania spraw w drodze mediacji nie może być jednak sposobem na uwolnienie się od obowiązku prowadzenia rzetelnego procesu sądowego. Należy podkreślić, że jest ona jedną z metod rozwiązywania sporów we współczesnym społeczeństwie i może mieć zastosowanie tylko w niektórych sytuacjach.

Mediacja jest jednak bardziej przyjazna i o wiele mniej stresogenna dla użytkownika niż tradycyjna procedura sądowa, jest mniej formalna, ponieważ uczestnicy mogą swobodnie poruszać te kwestie, które wydają im się problematyczne. Uczestnicy mediacji mają możliwość przeanalizowania ważnych dla siebie kwestii, wyartykułowania swych interesów i sporządzenia tzw. protokołu rozbieżności, aby wyraźnie zdać sobie sprawę z wzajemnych różnic i podobieństw.

## METODY LIKWIDOWANIA INDYWIDUALNYCH SPORÓW PRACY

W obecnym stanie prawnym można wyróżnić następujące metody likwidowania indywidualnych sporów pracy:

- postępowanie sądowe,
- postępowanie przed komisją pojednawczą,
- sąd polubowny,
- mediacja.

Wymieniony jako pierwszy tryb jurysdykcyjny polega na rozpoznaniu i wydaniu przez właściwy organ ochrony prawnej orzeczenia, które rozstrzyga autorytatywnie

---

<sup>8</sup> M. Żurawska, *Mediacja jako nowa metoda rozwiązywania sporów z zakresu prawa pracy*, Warszawa 2006, s. 111.

spór między procesującymi się stronami<sup>9</sup>. Z uwagi na wciąż rosnącą liczbę spraw procesy trwają dłużej, co powoduje, że w odczuciu stron stosunku pracy wymiar sprawiedliwości działa w sposób przewlekły.

W sporach o indywidualne roszczenia stron ze stosunku pracy w Polsce dominuje sądowy model rozstrzygania sporów. Jedną z podstawowych zasad procesowego prawa pracy jest dążenie stron, a więc pracodawcy i pracownika, do polubownego załatwienia sporu. Normatywnym potwierdzeniem tej zasady jest przepis art. 243 k.p. Sąd Najwyższy w uchwale całego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 20 grudnia 1969 r.<sup>10</sup> zwrócił uwagę m.in., że ugoda powinna zawierać sformułowania jasne, niebudzące wątpliwości i umożliwiające jej realizację w drodze egzekucji. Idea ugodowego załatwienia sporu została również ujęta w art. 10 oraz 468 § 2 pkt 2 k.p.c., z którego wynika, że sąd zobowiązany jest wręcz do nakłaniania stron do pojednania i zawarcia ugody, co ma zarazem stanowić jeden z celów czynności wyjaśniających sądu. Przepis art. 10 k.p.c. zawiera ogólną dyrektywę normatywną w zakresie ugodowego likwidowania spraw cywilnych. Poprzez art. 13 § 2 k.p.c. ma ona zastosowanie do całego postępowania sądowego, a także procedur odwoławczych oraz do sądownictwa polubownego. Ze względu na zakres przedmiotowy art. 1 k.p.c.<sup>11</sup> nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że przepis ten stosuje się także do spraw z zakresu prawa pracy<sup>12</sup>. W świetle powyższych, sprawdzonych rozwiązań prawnych można postawić tezę, że jedynie wyjątkowo należy dopuszczać wydanie postanowienia z art. 183<sup>8</sup> § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd, po wstępnym zapoznaniu się z pozwem lub wnioskiem wraz z załącznikami, dokona oceny, czy sprawa nadaje się do mediacji. Należy zauważyć, że Sąd nie musi przy tym wcześniej wysłuchiwać stanowiska stron, może natomiast na posiedzeniu niejawnym wydać postanowienie o skierowaniu stron do mediacji. Niewątpliwie jednak decydujące znaczenie ma stanowisko samych stron stosunku pracy. Jeżeli dojdą one do wniosku, że w obliczu pozasądowego mediatora łatwiej będzie im o uzgodnienie kompromisu w konkretnym sporze, to sąd pracy powinien przekazać sprawę do pozasądowego postępowania mediacyjnego. Obowiązek sądu dążenia do ugodowego załatwienia sprawy tam, gdzie ona jest dopuszczalna, nie jest nowy. *Novum* stanowi możliwość skierowania sprawy do mediacji, co poszerza wachlarz opcji dostępnych dla stron.

Pełna realizacja zasady polubownego załatwienia sporu znalazła swój szczególny wyraz w postępowaniu przed komisjami pojednawczymi, które stanowią specjalne organy ochrony prawnej powołane do ugodowego załatwienia sporów o roszczenia pracowników wynikające ze stosunku pracy. Ustawodawca wyraźnie wskazał pierwszeństwo mediacyjnej funkcji tych organów przed ich funkcją orzeczniczą<sup>13</sup>. Zgodnie bowiem

<sup>9</sup> Z. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu*, Warszawa–Kraków 1986, s. 154.

<sup>10</sup> OSNCP 1970, nr 3, poz. 40, III PZP 43/69.

<sup>11</sup> Artykuł 1 k.p.c. wskazuje, że „Kodeks postępowania cywilnego normuje postępowanie sądowe w sprawach ze stosunku prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, jak również w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz innych sprawach, do których przepisy tego Kodeksu stosuje się z mocy ustaw szczególnych (sprawy cywilne)”, ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. nr 50, poz. 331 z późn. zm.

<sup>12</sup> K. W. Baran, *Modele polubownego likwidowania sporów z zakresu prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2006, nr 10, s. 16.

<sup>13</sup> K. Kolasiński, *Prawo pracy i zabezpieczenia społecznego*, Toruń 2001, s. 434.

z tą zasadą, jeżeli między stronami stosunku pracy zaistnieje spór, to pracodawca i pracownik powinni dążyć do jego polubownego załatwienia. Temu właśnie celowi służy postępowanie przed komisją pojednawczą, pod warunkiem że u danego pracodawcy została ona powołana. Koncepcja powoływania komisji pojednawczych oparta jest na pełnej swobodzie partnerów społecznych w zakresie zasad i trybu powoływania komisji, ustalania regulaminu postępowania pojednawczego, czasu trwania jej kadencji czy liczby członków. Swoboda dotyczy również oceny celowości działalności takiego organu społecznego, zwłaszcza z punktu widzenia akceptacji przez pracowników mediacyjnej formy rozwiązywania sporu.

Postępowanie przed komisją pojednawczą wszczyna się tylko z wniosku pracownika. Oznacza to, że pracodawca nie może wystąpić z wnioskiem o polubowne załatwienie sporu ze stosunku pracy.

Istotą i głównym celem działalności komisji pojednawczych jest dążenie do ugodowego załatwienia sporu powstałego między pracodawcą a pracownikiem. Ugoda jest formą umowy zawartej między określonymi podmiotami, w której ramach osiąga się pewien kompromis w spornych kwestiach. Strony poprzez zawarcie takiej ugody czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego stosunku prawnego, aby uchylić niepewność dotyczącą roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo uchylić spór istniejący lub mogący dopiero powstać.

Ugodę zawartą przed komisją pojednawczą wpisuje się do protokołu posiedzenia zespołu. Protokół podpisują strony i członkowie zespołu. Ugoda niewpisana do protokołu i niepodpisana choćby przez jedną z wymienionych osób jest z mocy prawa nieważna.

Ugoda nie może być sprzeczna z prawem oraz z zasadami współżycia społecznego i powinna być zrealizowana przez pracodawcę. W przeciwnym wypadku podlega ona wykonaniu w trybie przepisów k.p.c. po uprzednim nadaniu jej przez sąd klauzuli wykonalności. Ponadto pracownik może wystąpić do sądu pracy z żądaniem uznania ugody za bezskuteczną, jeżeli uważa, że narusza ona jego słuszny interes. W orzecznictwie<sup>14</sup> przyjmuje się przy ocenie ochrony słusznego interesu pracownika, że dobrze, iż nie idzie ona tak daleko, aby nakazywała uznać za niedopuszczalną każdą ugodę, która przyznaje pracownikowi nawet tylko nieznacznie mniejsze korzyści, niż można by mu było przyznać wyrokiem.

Ugoda jest ponadto umową, w której strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego, w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie, albo też by uchylić spór istniejący lub mogący powstać (art. 917 k.c. w zw. z art. 300 k.p.). Ugoda zawarta przed zakładową komisją pojednawczą jest również tytułem egzekucyjnym, który podlega wykonaniu w sądowym postępowaniu egzekucyjnym po nadaniu mu klauzuli wykonalności przez sąd pracy (art. 255 k.p.)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Uchwała pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 20 grudnia 1969 r., III PZP 43/69; uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 17 października 1986 r., III PZP 60/86; postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 20 czerwca 2000 r., I PKN 313/2000.

<sup>15</sup> M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński (pod red. Z. Salwy), *Kodeks pracy. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008, s. 896–897.

Mediacja będąca przedmiotem niniejszego omówienia stanowi nową metodę rozwiązywania sporów z zakresu prawa pracy. Przejawia się ona indywidualnym podejściem do osoby będącej w sporze i polega na bardziej efektywnym rozwiązywaniu sporów. Mediacja różni się od innych sposobów rozstrzygania sporów tym, że daje stronie możliwość wpływania na swoje życie przez kreatywne rozwiązania.

## SĄDOWE I POZASĄDOWE POSTĘPOWANIE POJEDNAWCZE

Sądowe postępowanie pojednawcze jest samodzielną procedurą mającą na celu doprowadzenie stron do pojednania. Z funkcjonalnego punktu widzenia ma ono charakter wstępny, ponieważ czynności mediacyjne, jakie podejmuje w nim sąd, mają miejsce w sytuacji, gdy proces cywilny jeszcze się nie toczy. Zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem wszczęcie procesu następuje na skutek wytoczenia powództwa. Dopiero bowiem ono rozpoczyna tok czynności zmierzających do rozstrzygnięcia spornego stosunku prawnego wydania wyroku.

Sądowe postępowanie pojednawcze jest dobrowolne w tym sensie, że podmiot wezwany do pojednania nie musi wziąć w nim udziału, jeżeli nie wykazuje woli zawarcia ugody. Fakt uchylecia się od pojednania nie spowoduje dla niego bezpośrednio żadnych ujemnych następstw w sferze prawnoprocesowej, k.p.c. nie wyposaża bowiem sądu w żadne środki przymusu, za pomocą których mógłby on wyegzekwować stawiennictwo stron na posiedzenie pojednawcze. Jednakże w pewnych sytuacjach podmiot, który zlekceważył zawezwanie sądu do pojednania się, może ponieść konsekwencje finansowe swojego zachowania. Zgodnie bowiem z dyrektywą zawartą w art. 186 § 2 k.p.c., jeżeli przeciwnik bez usprawiedliwienia nie stawi się na posiedzenie, sąd na żądanie wzywającego, który wniósł następnie w tej sprawie pozew, uwzględni koszty wywołane próbą ugodową w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie. Norma ta w sprawach z zakresu prawa pracy zachowuje jednak doniosłość tylko wtedy, gdy pracownik, przegrywając sprawę, został obciążony wydatkami związanymi z czynnościami podejmowanymi przez sąd w toku postępowania, a wcześniej pracodawca złożył wniosek o zawezwanie do pojednania, do którego nie doszło z winy pracownika<sup>16</sup>.

Uгода sądowa w sprawie pracowniczej jest uważana za bardziej doniosłe osiągnięcie z punktu widzenia funkcji wychowawczej prawa pracy niż rozstrzygnięcie sporu pracowniczego orzeczeniem sądu.

Walory ugody są nie do przecenienia ze względu na przyspieszenie rozwiązania konfliktu, obniżenie kosztów, a także przez wzgląd na aspekty prawne, w postaci zagwarantowania możliwości nadania ugodzie tytułu egzekucyjnego, jak również ewentualną kontrolę jej zgodności z prawem i zasadami współżycia społecznego.

W doktrynie prawa postępowania cywilnego uznaje się, że postępowanie pojednawcze ma zastosowanie nie tylko w ogólnym postępowaniu procesowym, ale także w odrębnych postępowaniach procesowych, które są uregulowane w k.p.c. W postępowaniach odrębnych ograniczenie korzystania z postępowania pojednawczego występuje

<sup>16</sup> K. W. Baran, *Modele polubownego likwidowania*, s. 17.

je jedynie w sprawach z ubezpieczeń społecznych, w których wyłączona jest w ogóle możliwość zawarcia ugody, zgodnie z art. 477<sup>12</sup> k.p.c.

W sporach ze stosunku pracy możliwy jest także zapis na sąd polubowny, ale tylko po powstaniu sporu (art. 1164 k.p.c.) i wymaga to zachowania formy pisemnej. Podanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął lub może wyniknąć.

Drugi z modeli polubownego likwidowania indywidualnych sporów pracy ma charakter pozasądowy. Oznacza to, że status mediatora mają w nim organizacje nieposiadające przymiotów organów wymiaru sprawiedliwości. Pozasądowe postępowanie pojednawcze ma charakter autonomiczny w tym znaczeniu, że przebiega niezależnie od procedury sądowej. Charakteryzując postępowanie pojednawcze, należy zwrócić uwagę na kwestię jego wpływu na proces sądowy. W praktyce może bowiem zaistnieć sytuacja, w której przed sądem pracy i komisją pojednawczą będą toczyć się niezależnie od siebie dwie procedury między tymi samymi stronami i o to samo roszczenie. Może do takich sytuacji dojść w przypadku złożenia przez pracownika wniosku i pozwu. W związku z tym problemem rodzi się pytanie, czy sąd będzie mógł zawiesić swoje postępowanie z uwagi na prowadzenie pozasądowego postępowania pojednawczego. Odpowiedzi należy szukać, opierając się na literalnej wykładni art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c., którego treść wskazuje, że sąd może zawiesić postępowanie z urzędu, jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku innego toczącego się postępowania cywilnego. Niewątpliwie bowiem do kategorii „innych” postępowań sądowych można zaliczyć także pozasądowe postępowanie pojednawcze<sup>17</sup>.

Analizując charakter procedury mediacyjnej (art. 183<sup>1</sup>–183<sup>5</sup> k.p.c.) w relacji do procesu sądowego, należy podkreślić, że może ona mieć zarówno pozaprocessowy wymiar, gdy jest prowadzona na podstawie umowy o mediację, jak i „wewnątrzprocesowy”, jeżeli została zainicjowana poprzez wydanie postanowienia sądu na podstawie art. 183<sup>8</sup> k.p.c.

Kodeks postępowania cywilnego wskazuje dwa tryby inicjowania mediacji. Zgodnie z nim mediacja pozaprocessowa może zostać wszczęta albo na podstawie umowy o mediację (art. 183<sup>1</sup> § 2, 3 k.p.c.), albo na podstawie wniosku o przeprowadzenie mediacji (art. 183<sup>1</sup> § 2 i art. 183<sup>6</sup> § 1 k.p.c.). Mediacja „procesowa” natomiast może zostać wszczęta na podstawie postanowienia sądu pracy w trybie art. 183<sup>8</sup> k.p.c.

Ujęcie to zasadniczo odpowiada przyjmowanemu w literaturze przedmiotu podziałowi na mediację konwencjonalną lub umowną (franc. *médiation conventionnelle*) oraz mediację ze skierowania sądu (*médiation judiciaire*) – prowadzoną w trakcie postępowania sądowego. Pierwsza z nich jest samodzielną metodą rozwiązywania sporów, niezależną i pod wieloma względami alternatywną wobec postępowania sądowego. Sprawy rozwiązywane za jej pomocą nie powinny do sądu w ogóle trafić. Natomiast drugi typ mediacji pozostaje w związku z postępowaniem sądowym. Do mediacji może dojść już po złożeniu przez stronę pozwu lub wniosku w sądzie. Z pewnymi ograniczeniami sąd może skierować strony do mediacji z urzędu, może też to uczynić na wniosek lub zarzut podniesiony w związku z uprzednim zawarciem umowy o mediację. Wreszcie strony

<sup>17</sup> Tamże, s. 18.



mogą również się porozumieć co do prowadzenia mediacji już w toku postępowania sądowego i zgodnie wnieść wnioski o skierowanie sprawy do mediacji lub o zawieszenie tego postępowania w związku z podjęciem mediacji umownej<sup>18</sup>.

Bez względu jednak na to, kto występuje z inicjatywą wszczęcia mediacji, w każdym przypadku na mediację muszą godzić się wszystkie strony biorące w niej udział. Skoro jest ona dobrowolna, istnieć musi wola rozwiązania sporu za pomocą mediacji przez cały czas jej trwania, aż do zawarcia ugody albo jej zakończenia w inny sposób.

Polubowne zakończenie sporu w ramach różnych *informal justice*, z pominięciem państwowego przymusu, zwiększa szansę na akceptację rozstrzygnięcia sporu przez strony i powrót do współdziałania w ramach stosunku pracy<sup>19</sup>.

### KORZYŚCI PŁYNĄCE Z MEDIACJI

Nie sposób przecenić korzyści, które daje stronom stosunku pracy udział w mediacji. Można je podzielić na korzyści wewnętrzne – dla stron i korzyści zewnętrzne – dla społeczeństwa i wymiaru sprawiedliwości.

Najważniejszą niewątpliwie cechą mediacji jest to, że strony stają się podmiotem procesu, same aktywnie poszukują rozwiązania problemu, same kształtują wzajemne relacje, co niewątpliwie daje im poczucie bezpośredniego wpływania na swój los.

Prócz tego mediacja daje stronom możliwość pełnego, wyczerpującego przedstawienia swoich racji w atmosferze zaufania i poczucia bezpieczeństwa. Pozwala też stronom dotrzeć do ich rzeczywistych potrzeb, podczas gdy proces sądowy polega na pozostawaniu przy swoich stanowiskach sformułowanych w pismach procesowych<sup>20</sup>. Żądanie sformułowane w treści pozwu i w ewentualnej odpowiedzi na niego stanowi czubek góry lodowej konfliktu między stronami. Zadaniem mediatora jest dotarcie do rzeczywistych, prawdziwych i niewyartykułowanych potrzeb stron, co pozwala poszukać rozwiązania zaistniałego konfliktu.

Kolejną niewątpliwą zaletą mediacji jest fakt, że zapobiega ona eskalowaniu konfliktu w ramach postępowania sądowego, co jest ważne, gdy strony mają ze sobą współpracować w przyszłości. Dzięki mediacji strony unikają upublicznienia swoich spraw, co może mieć istotne znaczenie dla sporów z zakresu prawa pracy. Często bowiem niezadowolony z pracy pracownik rozpowszechnia niepochlebne informacje na temat pracodawcy, chcąc w ten sposób zemścić się<sup>21</sup>. Mediacja sprawia, że strony mogą w atmosferze wzajemnego szacunku, przy pomocy neutralnej osoby poszukać wspólnego rozwiązania poza salą sądową, unikając eskalacji konfliktu. Promowanie w środowisku pracy rozwiązywania sporów za pomocą mediacji może zmienić oblicze stosunków na linii pracodawca–pracownik.

Istotną korzyścią mediacji jest także fakt, że nowe regulacje pozwalają na zainicjowanie procedury polubownego załatwienia sporu także pracodawcy. Daje to ogromną

<sup>18</sup> R. Morek, *Mediacja i arbitraż. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 41.

<sup>19</sup> K. W. Baran, *Modele polubownego likwidowania*, s. 19.

<sup>20</sup> M. Żurawska, *Mediacja jako nowa metoda*, s. 120–121.

<sup>21</sup> Tamże, s. 122.

przewagę mediacji nad postępowaniem przed komisją pojednawczą, w którym pracodawca jest jedynie biernym jego uczestnikiem, gdyż prawo inicjatywy w tym zakresie przysługuje jedynie pracownikowi.

## WNIOSKI

Przepisy polskiego prawa pracy zawierają mechanizmy prawne pozwalające na polubowne załatwienie sporu w sposób szybki, bez konieczności kierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Aby jednak stało się to powszechne, potrzebna jest znajomość procedury i zaufanie do niej, uświadomienie tych korzyści, które mogą okazać się pomocne w rozwiązywaniu problemu.

Mediacja niewątpliwie wymaga zmiany świadomości i nastawienia do sposobów rozwiązywania sporów nie tylko przez sędziów, prawników i organy administracji państwowej, ale także przez strony, dlatego też kluczowe dla perspektyw funkcjonowania mediacji w Polsce są jej promocja, podnoszenie świadomości prawnej obywateli w tym zakresie, jak również dbałość o przestrzeganie określonych standardów przez mediatorów i ośrodki mediacyjne.

Wprowadzając mediację do polskiego systemu prawa, ustawodawca dał liczący się oręż likwidacji sporów z zakresu prawa pracy, który może zmienić oblicze stosunków pracy w Polsce w zakresie podejścia do konfliktu i jego skutecznego rozwiązania. Mediacja daje bowiem stronom możliwość wymiany informacji, co może w konsekwencji prowadzić do lepszego zrozumienia problemów obu stron, przedyskutowania kwestii będących przyczyną sporu, a także wyjaśnienia nieporozumień i wprowadzenia w życie wzajemnie satysfakcjonującego rozwiązania<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Tamże, s. 127.

## Summary

*Marian Liwo, Edyta Nowosiadły-Krzywonos*

MEDIATION INSTEAD OF COURT IN LABOR LAW

Mediation makes a huge career in the world, while in Poland, although it exists in the legal system, is a rather unknown and rarely used institution. It is approached with great caution and lack of trust, while it is helpful in all sorts of problems and disputes between people. The purpose of mediation is to reach an agreement between the parties, in the written form, before a mediator. Agreement concluded by the parties, after approval by the court, has legal force. Mediation is not a panacea for every problem, but it is a possibility, which is worth using if you want to contribute to civil society and take responsibility for yourself and other people. Mediation does not break the social and economic ties, instead it helps to see the matter from the viewpoint of the other party and jointly solve the problem. Furthermore, mediation does not hide behind the procedures and it is not meant to use rules of law to destroy the other side.

Mediator manages the emotions of the parties, reducing their level. Confidentiality, privacy, ethics of conduct, peace of mind in which mediation is conducted, are the elements that help to reach an agreement, which is undoubtedly so important in matters of employment law.

KEY WORDS: labor law, mediation, employee, employer, conciliation

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo pracy, mediacja, pracownik, pracodawca, postępowanie pojednawcze

## STATUS PRAWNY MAŁŻEŃSKIEJ WSPÓLNOŚCI USTAWOWEJ W MAŁŻEŃSTWIE BIGAMICZNYM I PODZIAŁ MAJĄTKU WSPÓLNEGO PO JEGO USTANIU

### WSTĘP

Celem niniejszego artykułu jest kompleksowa charakterystyka teoretyczno-prawna stosunków majątkowych, jakie powstają w wyniku zawarcia małżeństwa bigamicznego. Analiza prawna specyficznego układu majątkowego, który trwa w okresie bigamii, ma za zadanie nakreślenie schematu kwalifikowania przedmiotów majątkowych do poszczególnych mas majątkowych należących do bigamisty i jego małżonków. Kolejnym ważnym zagadnieniem, związanym ze stosunkami majątkowymi małżeństwa bigamicznego, jest kwestia rozliczeń majątkowych między małżonkami po ustaniu związku w wyniku unieważnienia lub śmierci. Wymiar praktyczny przedmiotowego opracowania dotyczy zagadnień podziału majątku wspólnego w procesie o unieważnienie małżeństwa bigamicznego oraz w działowym postępowaniu nieprocesowym.

### MAŁŻEŃSKA WSPÓLNOŚĆ USTAWOWA A MAŁŻEŃSTWO BIGAMICZNE

Ustawowy ustrój majątkowy małżeński jest przykładem współwłasności łącznej, regulowanej przez przepisy dotyczące stosunków, z których ona wynika (art. 196 § 2 zd. 1 k.c.). Współwłasność łączna jest instytucją niesamoistną, gdyż powstaje wraz ze ściśle określonymi stosunkami prawnymi. Małżeńska wspólność ustawowa wynika *ex lege* ze stosunku małżeństwa i jest regulowana przez przepisy działu III Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Małżeńska wspólność ustawowa została ukształtowana jako stan trwały – temporalnie związany z określonym stosunkiem osobistym, jakim jest małżeństwo. Wspólność ustawowa powstaje *ex lege* z chwilą zawarcia związku małżeńskiego i razem z nim ustaje. Ten typ współwłasności łącznej jest więc ściśle i wyłącznie związany instytucją małżeństwa zawartego zgodnie z normą art. 1 § 1–4 k.r.o. Tym samym wspólność ustawowa nie powstanie między innymi podmiotami niż małżonkowie<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Vide*: uchwała Sądu Najwyższego z 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSN 1987, poz. 2; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 października 1997 r., I Aca 648/97, Wok. 1998, nr 6, poz. 42; wyrok Sądu Najwyższego z 14 września 1995 r., I CRN 143/95, „Gazeta Prawna” 2006, nr 229, s. 27; S. Szer, *Konkubinat*, „Studia Cywilistyczne” 1969, nr 13–14, s. 355 i n.; A. Policiński, *Roszczenia konkubiny z tytułu pracy świadczącej w gospodarstwie rolnym*, NP 1970, nr 4, s. 505 i n.; A. Zieliński, *Zarys instytucji konkubinatu*, „Palestra” 1983, nr 12, s. 10 i n.; A. Zieliński, *Jeszcze o rozliczeniach majątkowych między konkubentami*, PS 1991, nr 1–2, s. 104 i n.; M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, „Palestra” 1998, nr 10, s. 31 i n.; M. Nazar, *Cywilnoprawne zagadnienia konkubinatu de lege ferenda*, PiP 1989, nr 12, s. 103 i n.; M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993; A. Szlęzak, *Konkubinat a bezpodstawne wzbogacenie*, RPEiS 1989, nr 3, s. 107 i n.; A. Szlęzak, *Wybrane zagadnienia prawnorodzinne konkubinatu*,

Zgodnie z art. 31 § 1 k.r.o. wspólność ustawowa powstaje z mocy prawa z chwilą zawarcia małżeństwa. Zawarcie związku małżeńskiego jest więc zdarzeniem prawnym<sup>2</sup>, które implikuje kształt stosunków majątkowych między małżonkami na zasadzie wspólności ustawowej. Przesłankami ważnego zawarcia małżeństwa, a co za tym idzie – przesłankami powstania wspólności ustawowej, są: 1) odmienność płci, 2) złożenie przez mężczyznę i kobietę zgodnych oświadczeń woli, że wstępują ze sobą w związek małżeński, 3) jednoczesna ich obecność w czasie składania oświadczeń (z wyjątkiem extraordinaryjnej sytuacji złożenia takiego oświadczenia przez pełnomocnika – art. 6 § 1 i 2 k.r.o.), 4) złożenie oświadczeń przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego (względnie przed duchownym – art. 1 § 2 k.r.o.)<sup>3</sup>. Istnienie przeszkody małżeńskiej (*impedimentum matrimonii*)<sup>4</sup> stanowi dopiero podstawę do unieważnienia małżeństwa przez sąd i *per se* nie wywołuje jego nieważności. Związek małżeński obciążony wadą prawną w postaci przeszkody małżeńskiej funkcjonuje jako legalne małżeństwo do momentu uprawomocnienia się wyroku unieważniającego. Jest to wyrok o charakterze konstytutywnym, który zostaje wydany po przeprowadzeniu postępowania procesowego przez sąd rodzinny, stosownie do przepisów k.p.c. regulujących odrębne postępowanie w sprawach małżeńskich (art. 425–452 k.p.c., art. 447–451 k.p.c.)<sup>5</sup>. Przepis art. 21 k.r.o., regulujący skut-

RPEiS 1992, nr 3, s. 27 i n.; A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami. Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992; C. Wiśniewski, *Wybrane zagadnienia rozliczeń majątkowych między konkubentami*, NP 1989, nr 4, s. 90 i n.; E. Mazur, *Z zagadnień wspólności do małżeństwa podobnej*, Rz. ZN 1991, nr 11, s. 25 i n.; W. Robaczyński, *Z problematyki rozliczeń majątkowych między byłymi konkubentami*, ZNUŁ „Folia Iuridica” 1993, nr 57, s. 145 i n.; M. Mazur, *Konkubinat w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1997, nr 1–2, s. 32 i n.; A. Stempniak, *Krąg osób uprawnionych do zgłoszenia wniosku o podział majątku wspólnego*, MOP 2009, nr 2.

<sup>2</sup> Doktryna nie sformułowała dotychczas jednoznacznego stanowiska co do charakteru prawnego przyczyny sprawczej powstania małżeństwa. Generalnie dopuszcza się w tej mierze dwie koncepcje; według pierwszej zawarcie małżeństwa jest szczególnym zdarzeniem prawnym, według drugiej zawarcie małżeństwa jest swoistą dwustronną czynnością prawną, zbliżoną do kategorii umów. *Vide*: J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1995, s. 64. Według A. Zielonackiego zawarcie małżeństwa jest czynnością konwencjonalną, prawnie doniosłą, lecz różną od czynności prawnej; *vide*: A. Zielonacki, *Zawarcie małżeństwa*, Wrocław–Warszawa 1982. Pogląd ten trafnie poddał krytyce A. Proksa, *vide*: recenzja pracy A. Zielonackiego, (w:) PiP 1983, z. 9, s. 116. Według J. Winiarza zawarcie małżeństwa stanowi dwustronną czynność prawną, oświadczenia zaś nupturientów, mimo braku wyraźnej co do tego wzmianki w art. 1 § 1 k.r.o., należy traktować jako oświadczenia woli; *vide*: J. Winiarz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1993, s. 34. Z uwagi na to, że k.r.o. nie mówi o oświadczeniach woli złożonych przez wstępujących w związek małżeński, lecz o złożeniu „oświadczeń”, traktowanie wstąpienia w związek małżeński jako swoistej umowy jest stanowiskiem zbyt daleko idącym. Uznanie „oświadczeń nupturientów, o których mowa w art. 1 § 1 k.r.o., za oświadczenia woli w rozumieniu art. 60 k.c. nie znajduje uzasadnienia w świetle braku tożsamości między ustawowymi sformułowaniami”. Wydaje się, że mocniejsze uzasadnienie znajduje teza, iż zawarcie małżeństwa to zdarzenie prawne powstające na skutek złożenia sformalizowanych oświadczeń nupturientów, z którymi ustawa wiąże określone skutki prawne.

<sup>3</sup> *Vide*: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, wyd. III, Warszawa 2006, s. 24.

<sup>4</sup> Zgodnie z k.r.o. przeszkodami małżeńskimi są: 1) brak różnicy płci nupturientów (art. 1 § 1 k.r.o.), 2) istniejący związek małżeński (art. 13 k.r.o.), 3) brak odpowiedniego wieku (18 lat, ewentualnie 16 lat w przypadku kobiety, która uzyskała zgodę sądu opiekuńczego, art. 10 k.r.o.), 4) pokrewieństwo w linii prostej oraz w linii bocznej pierwszego stopnia lub powinowactwo w linii prostej (art. 14 § 1 k.r.o.), 5) przysposobienie (art. 15 k.r.o.), 6) choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy (art. 12 k.r.o.), 7) ubezwłasnowolnienie całkowite (art. 11 k.r.o.), 8) niektóre wady oświadczenia woli (art. 15 k.r.o.), 9) istnienie małżeństwa w razie orzeczenia separacji.

<sup>5</sup> *Vide*: Z. Krzemiński, *Wyrok w sprawach małżeńskich*, „Palestra” 1973, nr 3, s. 13; K. Korzan, *Orzeczenia konstytutywne w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1982, s. 213.

ki unieważnienia małżeństwa, wprowadza w zakresie stosunków majątkowych rozwiązanie, które nakazuje stosować do unieważnienia odpowiednio przepisy o rozwodzie. Z tego względu ustawowy ustrój majątkowy małżeństwa zawartego mimo przeszkody małżeńskiej przekształca się we wspólność w częściach ułamkowych dopiero wraz z unieważnieniem małżeństwa<sup>6</sup>.

Treść art. 21 k.r.o. nie wywołuje trudności praktycznych i teoretycznych w odniesieniu do większości przeszkód małżeńskich stanowiących podstawę unieważnienia małżeństwa. Jednak w przypadku przeszkody małżeńskiej w postaci pozostawania w związku małżeńskim (bigamia) konstrukcja z art. 21 k.r.o. rodzi trudną do przewyciężenia aporię prawną. Istota problemu polega na tym, że skoro „małżeństwo bigamiczne rodzi wszelkie skutki *ważnego* związku małżeńskiego, aż do chwili uprawomocnienia wyroku orzekającego jego unieważnienie”<sup>7</sup>, to czy między małżonkiem bigamicznym a jego obydwojoma małżonkami istnieje wspólność majątkowa i jaki jest jej charakter. Ponadto należy postawić pytanie, czy można wyłączyć, w braku przepisu szczególnego, normę art. 31 § 1 k.r.o., zgodnie z którą wspólność ustawowa powstaje z chwilą zawarcia małżeństwa (a więc także małżeństwa bigamicznego).

Problem unieważnienia małżeństwa z powodu bigamii w praktyce sądowej występuje stosunkowo rzadko, w związku z czym orzecznictwo w tej materii jest ubogie<sup>8</sup>. Sąd Najwyższy nie wypowiedział się dotychczas w kwestii małżeńskich stosunków majątkowych małżeństwa bigamicznego na tle stosunków majątkowych pierwszego małżeństwa bigamisty. Przedstawiciele doktryny z dużą ostrożnością omawiają przedmiotowy problem. J. S. Piątowski już na samym wstępie do rozważań dotyczących stosunków majątkowych w małżeństwie bigamicznym zastrzegł, że proponowane rozwiązania mają charakter dyskusyjny<sup>9</sup>. W dalszej części wyводу J. S. Piątowski stwierdził, że: „Jeżeli, jak to zapewne najczęściej może się zdarzyć, bigamista pozostaje we wspólności ustawowej z pierwszym małżonkiem, to zastosowanie dyspozycji art. 31 zd. pierwsze do drugiego małżeństwa prowadzi do wniosku, że od chwili jego zawarcia istnieje wspólność ustawowa zarówno między pierwszym małżonkiem bigamisty i samym bigamistą, jak i między tym ostatnim a jego drugim

<sup>6</sup> Przepisy dotyczące ustania wspólności (art. 46 *in fine* k.r.o.) odsyłają do regulacji dotyczących wspólności majątku spadkowego. Ogólny przepis art. 1035 k.c. normujący wspólność majątku spadkowego stwierdza, że do tej instytucji stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych. Przepisy k.r.o. wprost nie stwierdzają, że wraz z rozwiązaniem małżeństwa przez rozwód (a więc analogicznie wraz z jego unieważnieniem) wspólność ustawowa ustaje, jednak jest to wniosek oczywisty, który wynika z istoty małżeństwa i wspólności ustawowej, a ponadto należy zaznaczyć, iż dyspozycje art. 42–46 oraz art. 58 § 2 k.r.o. milcząco zakładają ustanie wspólności z tą chwilą. Należy nadmienić, że wyrok unieważniający małżeństwo odnosi skutek *ex nunc* w takich kwestiach, jak powrót małżonków do stanu cywilnego sprzed zawarcia małżeństwa, powrót do poprzedniego nazwiska oraz zniweczenie powinowactwa między małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka; *vide*: A. Wojdyła, *Ustanie i unieważnienie małżeństwa a powinowactwo*, NP 1998, nr 10–11, s. 87.

<sup>7</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 marca 2006 r., II AKa 61/2006, LexPolonica nr 1268554, „Kra-kowskie Zeszyty Sądowe” 2006, z. 11, poz. 58.

<sup>8</sup> *Vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 8 maja 1952 r., C 1079/51, PiP 1953, z. 5–6, s. 810; orzeczenie Sądu Najwyższego z 18 listopada 1955 r., I CR 2106/54, OSNCK 1957, nr 2, poz. 43; wyrok Sądu Najwyższego z 16 lipca 1968 r., II CR 277/68, OSNC 1969, nr 3, poz. 58; wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 1979 r., II CR 161/79, OSNC 1980, nr 3, poz. 50; A. Wach, *Wyrokowanie z urzędu w sprawach o unieważnienie małżeństwa*, NP 1991, nr 4–6, s. 17.

<sup>9</sup> J. S. Piątowski, *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, wyd. PAN 1985, s. 328.



małżonkiem. W takim razie majątek dorobkowy<sup>10</sup>, nabyty po tej chwili przez jednego z małżonków bigamisty, należałby wspólnie do tego małżonka i bigamisty, dorobek zaś nabyty przez bigamistę – do niego i do jego obydwu współmałżonków<sup>11</sup>. Według J. S. Piątowskiego nie istnieją podstawy do uznania, że wspólność ustawowa ustaje w pierwszym małżeństwie bigamisty, co najwyżej można bronić poglądu, że wspólność ustawowa nie powstaje w jego drugim małżeństwie, ponieważ instytucja ta ze swej natury może mieć zastosowanie tylko między dwiema osobami, a nie w układzie trójpodmiotowym<sup>12</sup>. Jednak ostatecznie autor wyraził wątpliwości co do powyższego rozwiązania, gdyż jego zdaniem narażone jest ono na zarzut, że krzywdzi<sup>13</sup> drugiego małżonka bigamisty, który w dobrej wierze zawarł z nim związek małżeński. W podobnym duchu wypowiedział się S. Szer, który podkreślił, że w zakresie majątkowych skutków unieważnienia małżeństwa bigamicznego ustawodawca ze względów społecznych oderwał się od „cywilistycznej teorii dotyczącej czynności nieważnych, w myśl której orzeczenie o unieważnieniu wywiera skutki wsteczne (*ex tunc*)”<sup>14</sup>. Ostatecznie wskazani autorzy nie sformułowali jednoznacznego stanowiska w przedmiocie omawianego problemu. Jednak z powyższych wypowiedzi należy wyprowadzić jeden podstawowy wniosek, mianowicie że przepisowi art. 21 k.r.o. nie można nadać znaczenia sprzecznego z jego brzmieniem i przyjąć, że unieważnienie małżeństwa bigamicznego wywołuje w dziedzinie stosunków majątkowych skutek *ex tunc*.

Wyłączenie powstania wspólności ustawowej w drugim małżeństwie bigamisty, na podstawie samej istoty wspólności łącznej, która ustawowo przypisana jest do instytucji małżeństwa, stanowi błąd w wykładni art. 196 § 2 zd. 1 k.c. w zw. z art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o. Błąd ten polega na tym, że utożsamia się małżeńską wspólność łączną z dwupodmiotową naturą małżeństwa. Z faktu, że małżeńska wspólność łączna podlega regulacjom dotyczącym stosunku, z którego wynika (małżeństwo), nie należy wyprowadzać tezy, iż musi być ona wyłącznie dwupodmiotową formą organizacji stosunków majątkowych. Skoro przepisy przewidują okresowe funkcjonowanie dwóch małżeństw bigamisty, to nie można wykluczyć, że przypisany do każdego z tych związków ustrój majątkowy będzie stanowił w pewnym zakresie trójpodmiotową wspólność łączną. Z uwagi na to, że przepisy art. 21 w zw. z art. 31 § 1 zd. 1 k.r.o. w sposób nieprzewidywalny dopuszczają czasowe zazębianie się dwóch równoległych małżeńskich sfer majątkowych, których jednym z podmiotów jest jedna i ta sama osoba (bigamista), należy przyjąć, iż istnienie dwóch stosunków podstawowych powoduje powstanie hybrydalnej (trójpodmiotowej) wspólności łącznej.

<sup>10</sup> Obecnie „majątek wspólny” (przyp. M. H.).

<sup>11</sup> J. S. Piątowski, *System*, s. 328.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Bowiem stosunki majątkowe między małżonkami dotyczą nie tylko podziału majątku wspólnego, ale także obowiązku alimentacyjnego po ustaniu małżeństwa.

<sup>14</sup> S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1966, s. 72. Analogiczne stanowisko zajęła G. M. Swierdłowa, według której „[...] czysto cywilistyczne ujęcie tego zagadnienia – uznanie wszystkiego, co małżonkowie sobie wzajemnie dali, za otrzymane bez podstawy prawnej i nałożenie na małżonków obowiązku zwrócenia sobie wszystkiego, co otrzymali przez cały czas trwania nieważnego małżeństwa – byłoby niezyciowe, a przede wszystkim naruszyłoby poważnie interesy kobiety”.

Nie ulega wątpliwości, że od momentu zawarcia drugiego związku małżeńskiego przez bigamistę pozostaje on podmiotem dwóch odrębnych małżeńskich wspólności majątkowych. Problem z uregulowaniem jego stosunków majątkowych nie powstałby przy przyjęciu założenia, że sfery majątkowe funkcjonujące między bigamistą i jego oboma małżonkami nie przenikają się. Tak jest w istocie, gdy dany przedmiot majątkowy został nabyty przez jednego z małżonków bigamisty. Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tezy, że przedmiot majątkowy nabyty przez pierwszego małżonka bigamisty wchodzi także w skład majątku wspólnego bigamisty i jego drugiego małżonka<sup>15</sup>. Zatem należy stwierdzić, że pomiędzy majątkami wspólnymi bigamisty i jego obu małżonków istnieje zupełna odrębność, tak jak między majątkami osób trzecich. Natomiast kwestia kwalifikacji przedmiotów majątkowych ulega znacznej komplikacji w razie ich nabycia przez samego bigamistę lub w przypadku praw majątkowych określonych w art. 31 § 2 pkt 1–3 k.r.o. Wskazane przedmioty majątkowe z mocy prawa są objęte wspólnością ustawową i wchodzi do majątku wspólnego. W tym kontekście nie można uniknąć pytania o to, który z dwóch majątków wspólnych miałby być „beneficjentem” nabytych przedmiotów. Jedynym prawnie dopuszczalnym rozwiązaniem jest przyjęcie, że wchodzi one do trójpodmiotowej wspólności majątkowej łączącej bigamistę oraz jego obu małżonków. Zasada niepodzielności majątku wspólnego oraz poszczególnych jego przedmiotów (art. 35 k.r.o.) wyklucza analogiczne zastosowanie przepisów o współwłasności w częściach ułamkowych i przyjęcie, że np. pobrane przez bigamistę wynagrodzenie za pracę wchodzi po 1/2 części do każdego z majątków wspólnych. W związku z tym układ bigamiczny nie tylko tworzy dwie odrębne małżeńskie struktury majątkowe, ale powoduje także zaistnienie trzeciej masy majątkowej, której podmiotami są bigamista i jego oboje małżonkowie. Jak już zostało wskazane powyżej, do trzeciej wspólności ustawowej powinny wejść te przedmioty majątkowe, które zostały nabyte przez samego bigamistę na zasadach określonych w art. 31 § 1 i 2 k.r.o. Taką tezę zdaje się sugerować J. S. Piąkowski, gdy stwierdza, że dorobek nabyty przez bigamistę należy do niego i do jego obydwu współmałżonków<sup>16</sup>. Powyższe stwierdzenie wymaga jednak uzupełnienia i uściślenia. Otóż nabycie przedmiotów majątkowych przez bigamistę może nastąpić na zasadzie surogacji z przedmiotem majątku wspólnego albo bez ekwiwalentnego świadczenia z tego majątku. Przykładem pierwszej sytuacji jest nabycie przez bigamistę np. mieszkania lub samochodu za środki pochodzące ze sprzedaży działki będącej własnością jego i pierwszego małżonka. Natomiast przykładem drugiej sytuacji jest pobranie wynagrodzenia za pracę lub usługi świadczone na podstawie umowy cywilnoprawnej albo nabycie nieruchomości w drodze zasiedzenia. W pierwszej sytuacji przedmiot majątkowy wejdzie do wspólności majątkowej

<sup>15</sup> Z tego względu należy zdecydowanie odrzucić tezę, że w czasie trwania obu małżeństw bigamisty istnieje wyłącznie jeden majątek wspólny dla wszystkich trzech podmiotów. Sam fakt, że bigamista stanowi „łącznik” stosunków prawnych między oboma pozostałymi małżonkami, nie powoduje *per se* powstania między nimi wspólności ustawowej. Każdy z małżonków bigamisty jest związany z nim odrębnym ustrojem wspólności majątkowej małżeńskiej, każdy z nich jest bowiem związany odrębnym stosunkiem małżeńskim. Dopiero nabycie przedmiotów majątkowych „niepodzielnych” między te dwie wspólności powoduje wykształcenie się trzeciej wspólności, łączącej wszystkie podmioty układu bigamicznego.

<sup>16</sup> *Vide*: J. S. Piąkowski, *System*, s. 328.

bigamisty i jego pierwszego małżonka. W drugiej – do wspólności wszystkich trzech osób tworzących układ bigamiczny. Z powyższego zestawienia należy wyprowadzić konkluzję, że o tym, do której z trzech mas majątkowych wejdzie dany przedmiot, decyduje kryterium pochodzenia środków na jego nabycie<sup>17</sup>, względnie ustalenie, czy nie został on nabyty za usługi świadczone osobiście lub na zasadzie nabycia pierwotnego. Przechodząc zatem do wniosków generalnych, należy wskazać, że do majątku wspólnego bigamisty i jego obu małżonków wchodzi wyłącznie te przedmioty nabyte przez bigamistę, które kwalifikują się do jednej z następujących kategorii:

- 1) pobrane wynagrodzenie za pracę;
- 2) dochody z innej działalności;
- 3) dochody z majątku osobistego;
- 4) środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego;
- 5) przedmioty majątkowe nabyte w sposób pierwotny;
- 6) przedmioty majątkowe nabyte w zamian za składniki majątku określone w kategoriach 1-5.

### CHARAKTER PRAWNY MAŁŻEŃSKIEJ WSPÓLNOŚCI USTAWOWEJ W UKŁADZIE BIGAMICZNYM

Należy zauważyć, że w momencie zawarcia przez bigamistę drugiego małżeństwa majątek wspólny, objęty „trzecią” wspólnością, nie istnieje ani w sensie ekonomicznym, ani prawnym. Powstaje on dopiero po nabyciu pierwszego przedmiotu z kategorii przedstawionych powyżej. Można sobie więc wyobrazić sytuację, w której trzecia masa majątkowa w ogóle nie powstaje (np. śmierć bigamisty w dniu wstąpienia w drugi związek małżeński). W świetle powyższego należy postawić pytanie o charakter prawny masy majątkowej łączącej bigamistę i jego obu małżonków. Na wstępie należy odrzucić tezę, że majątek ten ujęty jest w formę małżeńskiego ustroju majątkowego<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Wykluczone jest stosowanie do majątku wspólnego zasady domniemania nabycia, która wynika z art. 31 § 1 k.r.o., bez zbadania bowiem źródła pochodzenia środków na nabycie danego przedmiotu nie będziemy w stanie stwierdzić, na rzecz którego majątku wspólnego domniemanie miałoby działać. Zasada domniemania nabycia do majątku wspólnego została wyinterpretowana przez Sąd Najwyższy m.in. w następujących orzeczeniach: z 9 stycznia 2001 r., II CKN 1194/00, LEX nr 52375; z 11 września 1998 r., I CKN 830/97, niepubl.; z 6 lutego 2003 r., IV CKN 1721/00, niepubl.; z 29 czerwca 2004 r., II CK 397/03, niepubl.; z 16 kwietnia 2003 r., II CKN 1409/00, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 113; z 30 czerwca 2004 r., IV CK 513/03, niepubl.; z 18 stycznia 2008 r., V CSK 355/07, LEX nr 371389. Podobnie nie wydaje się właściwe kierowanie się kryterium nabycia „przez oboje małżonków”, które w sytuacji istnienia dwóch wspólności ustawowych mogłoby powodować pokrzywdzenie tego małżonka, z którego majątku wspólnego środki na nabycie faktycznie pochodziły.

<sup>18</sup> J. S. Piąkowski, definiując małżeński ustrój majątkowy, przyjął, że jest to „ogół przepisów określających skutki, jakie wywołuje małżeństwo w zakresie sytuacji prawnej małżonków względem ich majątku”, (za:) J. S. Piąkowski, *System*, s. 349. W podobny sposób ustrój majątkowy definiował S. Szer, który dla uzyskania większej jasności i precyzji dodał element dotyczący stosunków zewnętrznych i stwierdził, że małżeński ustrój majątkowy to „zespół norm, według których układają się stosunki majątkowe między małżonkami w czasie trwania małżeństwa oraz uregulowana jest odpowiedzialność małżonków wobec wierzycieli”, (za:) S. Szer, *Prawo*, s. 100. Według A. Dyoniaka ustrój majątkowy to „zespół norm regulu-

Po pierwsze, między bigamistą, jego pierwszym i drugim małżonkiem nie powstaje małżeński ustrój majątkowy (małżonkowie bigamisty są związani stosunkiem małżeństwa wyłącznie z nim, a nie między sobą, małżeński ustrój majątkowy powstaje zaś wyłącznie między osobami związanymi ważnym węzłem małżeńskim, art. 1 § 1 w zw. z art. 31 § 1 k.r.o.). Po drugie, wspólność tego majątku powstaje dopiero wtedy, gdy bigamista nabeździe przedmiot majątkowy „niepodzielny” między dwie dotychczasowe wspólności. Zatem inaczej niż w przypadku wspólności między małżonkami, która istnieje w ramach ustroju majątkowego powstającego *ex lege* bez względu na to, czy małżonkowie zgromadzili jakikolwiek majątek, wspólność majątkowa między bigamistą i jego małżonkami powstaje dopiero wtedy, gdy pojawi się majątek stanowiący jej przedmiot. Nie ulega jednak wątpliwości, że omawiana masa majątkowa jest objęta wspólnością, analogicznie jak majątek małżonków. Niepodzielność obu majątków wspólnych bigamisty powoduje konieczność objęcia trzecią wspólnością łączną wszystkich przedmiotów majątkowych, które z mocy prawa powinny wejść „w całość” i niepodzielnie do każdego z nich. Zatem trzecia wspólność łączna jest pewną emanacją prawną małżeńskich ustrojów majątkowych łączących bigamistę i jego małżonków. Posiada ona status wspólności łącznej w rozumieniu art. 196 § 2 k.c., jednak jej charakter jest wyłącznie analogiczny w stosunku do wspólności małżeńskiej. Zatem należy powstrzymać się od określania jej mianem małżeńskiej wspólności ustawowej. Stosunkiem prawnym, z którego ta wspólność wynika, nie jest małżeństwo, lecz stosunki prawne w postaci małżeńskich wspólności ustawowych między bigamistą i obu małżonkami. W rezultacie należy wskazać, że małżeństwa bigamisty tylko pośrednio leżą u podstaw trzeciej wspólności ustawowej, bowiem w sposób bezpośredni jest ona fundowana przez niepodzielny charakter dwóch pozostałych wspólności, a nie przez stosunek małżeństwa.

Skomplikowany charakter prawny majątku bigamisty ujawnia się w pełni dopiero w momencie ustania jednego ze związków małżeńskich, wtedy bowiem zachodzi potrzeba przeprowadzenia podziału majątku wspólnego. Racjonalne rozwiązanie hybrydalnego układu majątkowego winno z jednej strony uwzględniać interesy majątkowe małżonka, który uległ oszustwu matrymonialnemu, z drugiej zaś winno mieć na względzie ekonomiczne bezpieczeństwo tej rodziny, która po ustaniu jednego z małżeństw nadal pozostanie związkiem ważnym.

## USTANIE WSPÓLNOŚCI MAJĄTKU W UKŁADZIE BIGAMICZNYM

Wspólność ustawowa majątku w układzie bigamicznym ustaje w następujących sytuacjach:

---

jących część stosunków wewnątrzrodzinnych w odniesieniu do majątku: kwestie powstania i ustania tego ustroju, składników majątków w ramach danego ustroju, zarządu majątkiem, a także podziału praw wchodzących w skład majątku małżonków w przypadku ustania danego ustroju majątkowego”, (za:) A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław 1985, s. 14. Zestawienie powyższych definicji wyklucza tezę, że między małżonkami bigamisty powstaje jakikolwiek ustrój majątkowy o charakterze małżeńskim.

1. ustania małżeństwa bigamicznego (unieważnienia małżeństwa bigamicznego<sup>19</sup>, ustania małżeństwa bigamicznego na skutek śmierci drugiego małżonka bigamisty<sup>20</sup>);
2. ustania pierwszego związku małżeńskiego zawartego przez bigamistę;
3. ustania obu związków na skutek śmierci bigamisty.

Rozkład udziałów w majątku wspólnym po ustaniu wspólności ustawowej jest zależny od przyczyn, które legły u podstaw zniesienia wspólności. Generalnie skutki prawne ustania wspólności małżeńskiej sprowadzają się do przekształcenia jej w majątek wspólny, do którego znajdują zastosowanie przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych<sup>21</sup>. Dla poszczególnych przypadków ustania wspólności rozkład udziałów w majątku wspólnym przedstawia się następująco:

1. udział byłych małżonków wynosi co do zasady 1/2 (art. 43 § 1 k.r.o., w przypadku rozwodu, separacji, unieważnienia małżeństwa, ubezwłasnowolnienia lub ogłoszenia upadłości jednego z małżonków);

2. udział pozostałego przy życiu małżonka wynosi 1/2, druga połowa stanowi zaś majątek spadkowy i udziały w niej regulują przepisy prawa spadkowego lub rozporządzenia testamentowe (w przypadku śmierci lub uznania za zmarłego)<sup>22</sup>.

W układzie bigamicznym funkcjonują trzy wspólności ustawowe: dwie małżeńskie (między bigamistą i każdym z małżonków) oraz jedna wspólność łączna (między bigamistą i oboma małżonkami). Podział majątku wspólnego, przy tak skomplikowanym punkcie wyjścia, będzie zadaniem niezwykle trudnym i wymagającym

<sup>19</sup> W tym miejscu należałoby także wskazać inne przyczyny ustania wspólności, takie jak rozwód, separacja, sądowe ustanowienie rozdzielnosci majątkowej (art. 52 § 1 k.r.o.), ubezwłasnowolnienie i ogłoszenie upadłości jednego z małżonków (art. 53 § 1 k.r.o.). Jednak wydaje się, że ustanie wspólności majątkowej w małżeństwie ujawnionym jako bigamiczne w wyniku zastosowania tych instytucji mogłoby mieć miejsce wyłącznie teoretycznie. Otóż jeżeli w trakcie procesu np. rozwodowego ujawniłaby się okoliczność pozostawiania przez jednego z małżonków w innym związku małżeńskim, sąd byłby zobowiązany odroczyć rozprawę, przesłać odpis protokołu (oraz ewentualnie innych dokumentów potwierdzających okoliczność bigamii) do właściwej miejscowo jednostki Policji lub Prokuratury (art. 304 § 2 k.p.k.) z informacją o podejrzeniu popełnienia przestępstwa bigamii (art. 206 k.k.). Niezależnie od postępowania karnego prokurator jest uprawniony do wytoczenia powództwa o unieważnienie małżeństwa bigamicznego (art. 22 k.r.o.). Zatem jeżeli takie powództwo zostałoby wytoczone, sąd powinien zawiesić postępowanie rozwodowe (art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c.), a następnie, w razie prawomocnego unieważnienia małżeństwa, postanowić o podjęciu postępowania (art. 180 § 1 pkt 4 k.p.c.) i na rozprawie powództwo oddalić w całości z uwagi na nieistnienie stosunku małżeństwa między stronami. Natomiast jeżeli powyższa kolejność zdarzeń zaistniałaby w trakcie procesu o ustanowienie rozdzielnosci z datą wsteczną, to należy stwierdzić, że po prawomocnym unieważnieniu małżeństwa sąd powinien podjąć postępowanie i orzec merytorycznie w przedmiocie powództwa (unieważnienie małżeństwa nie znosi wspólności ustawowej ze skutkiem *ex tunc*). Postępowania o ubezwłasnowolnienie i ogłoszenie upadłości mają za przedmiot zupełnie inne stosunki prawne niż postępowanie o unieważnienie małżeństwa. Z tego względu w razie ujawnienia przesłanek unieważnienia małżeństwa w tych postępowaniach sąd winien zawiadomić właściwe organy ścigania, jednak nie będzie podstaw do zawieszenia postępowania, gdyż rozstrzygnięcie sprawy nie zależy od ewentualnego unieważnienia małżeństwa. Upadłość i ubezwłasnowolnienie mogą być orzeczone niezależnie od istnienia związku małżeńskiego. Wspólność ustawowa ustanie zaś z mocy ustawy z chwilą prawomocnego zakończenia któregokolwiek z postępowań: o unieważnienie małżeństwa (w razie orzeczenia unieważnienia), o ubezwłasnowolnienie (w razie ubezwłasnowolnienia) czy o ogłoszenie upadłości (w razie ogłoszenia upadłości).

<sup>20</sup> A także na skutek uznania za zmarłego.

<sup>21</sup> *Vide*: podwójne odesłanie ustawowe zawarte w art. 46 k.r.o. w zw. z art. 1035 k.c.

<sup>22</sup> *Vide*: E. Skowrońska-Bocian, *Małżeńskie ustroje majątkowe*, wyd. 1, Warszawa 2008, s. 26–27.



wielkiej ostrożności w stosowaniu przepisów prawa materialnego oraz procesowego. Ostrożność powinna być tym większa, że część instytucji małżeńskiego prawa majątkowego jest tutaj stosowana jedynie *per analogiam*. Trzy generalne sytuacje, w których ustaje wspólność majątku w układzie bigamicznym, będą stanowiły klucz omawiania zagadnień związanych z podziałem majątku wspólnego bigamisty i jego małżonków.

## USTANIE MAŁŻEŃSTWA BIGAMICZNEGO

Unieważnienie małżeństwa bigamicznego następuje w postępowaniu procesowym prowadzonym według przepisów Tytułu VII Działu I Kodeksu postępowania cywilnego, regulujących postępowanie odrębne w sprawach małżeńskich. Powództwo o unieważnienie małżeństwa bigamicznego może być wytoczone przez każdego, kto ma w tym interes prawny<sup>23</sup>. Legitymacja czynna przysługuje także prokuratorowi (art. 22 k.r.o.). Ponadto jeżeli prokurator nie wytoczył powództwa, powinien być zawiadamiany przez sąd o każdym posiedzeniu (art. 449 § 1 k.p.c.)<sup>24</sup>. Do wyrokowania w sprawie o unieważnienie małżeństwa stosuje się przepis art. 58 k.r.o. regulujący strukturę i przedmiot wyroku rozwodowego<sup>25</sup>. Wyrok orzekający unieważnienie małżeństwa, stosownie do art. 58 § 1–2 k.r.o., musi obligatoryjnie zawierać rozstrzygnięcia dotyczące unieważnienia małżeństwa, władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi, obowiązku ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania małoletnich dzieci, sposobu korzystania ze wspólnego mieszkania oraz czy i który małżonek zawarł małżeństwo w złej wierze (art. 20 § 1 k.r.o.). Jeżeli właściwe wnioski i żądania nie zostały zgłoszone w pozwie lub w trakcie postępowania, sąd orzeka w wymienionym zakresie z urzędu<sup>26</sup>. Natomiast w zakresie rozstrzygnięć fakultatywnych, do których należy podział majątku wspólnego, sąd unieważniający małżeństwo powinien orzekać tylko wyjątkowo. W doktrynie wskazuje się, że ze względu na konieczność szybkiego i sprawnego rozstrzygnięcia o unieważnieniu małżeństwa orzekanie w tym postępowaniu o kwestiach majątkowych powinno następować wy-

<sup>23</sup> W sprawie o unieważnienie małżeństwa bigamicznego legitymacja czynna nie jest wyłączona przez zasadę *nemo audiatur turpitudinem suam allegans*, a zatem powództwo może być wytoczone także przez małżonka, który zawarł związek w złej wierze; *vide*: K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, s. 76. Interes prawny może przysługiwać ze względu na potrzebę unicestwienia rozmaitych skutków prawnych związanych z bigamią, zatem legitymacja czynna jest tutaj rozumiana szeroko. Przysługuje ona m.in. dzieciom z poprzedniego małżeństwa (wyrok Sądu Najwyższego z 18 listopada 1955 r., I Cr 21064/54, OSN 1957, poz. 43 oraz z 3 lutego 1970, II CR 517/69, OSNCP 1971, poz. 56). Szerzej na ten temat *vide*: T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971.

<sup>24</sup> Do pozwu należy załączyć dodatkowy odpis pozwu dla prokuratora, pod rygorem skutków z art. 130 § 2 k.p.c. Prokurator nie ma obowiązku stawiennictwa na rozprawę. Jednak nawet jeżeli nie weźmie udziału w jednej rozprawie, sąd ma obowiązek zawiadomić go o kolejnej; *vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 15 marca 1974 r., I CR 71/74, Biul. SN 1974, nr 7, poz. 105.

<sup>25</sup> Jest to pogląd od dawna utarty w doktrynie prawa rodzinnego, opiera się on na treści art. 21 k.r.o., odwołującego się do przepisów o rozwodzie. *Vide*: Z. Krzemiński, *Wyrok w sprawach małżeńskich*, „Palestra” 1973, nr 3, s. 12; J. Górecki, *Unieważnienie małżeństwa*, PWN, Warszawa 1958, s. 117; K. Korzan, *Orzeczenia konstytucyjne w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1972, s. 214.

<sup>26</sup> A. Wach, *Wyrokowanie z urzędu w sprawach o unieważnienie małżeństwa*, LEX nr 20468/6.



łącznie w ostateczności, gdy jest to uzasadnione względami społecznymi (np. podział wspólnego mieszkania bezpośrednio związany z rozstrzygnięciem o władzy rodzicielskiej nad małoletnim dzieckiem)<sup>27</sup>. Nie ulega wątpliwości, że przeprowadzenie w postępowaniu o unieważnienie małżeństwa podziału majątku wspólnego jest możliwością wyłącznie teoretyczną. Nawet w postępowaniu rozwodowym podział majątku powinien być dokonywany wyjątkowo, co wskazuje art. 58 § 3 k.r.o. Zatem prowadzenie podziału majątku wspólnego w sprawie o unieważnienie małżeństwa klóciłoby się nie tylko z postulatem szybkości postępowania, ale godziłoby w szeroko rozumiany interes społeczny, bowiem względy natury dogmatycznej, leżące u podstaw przeszkód małżeńskich, nakazują niezwłocznie eliminować patologiczne stosunki rodzinne. Ponadto nie ulega wątpliwości, że stroną tej części procesu, która miałaby dotyczyć podziału majątku wspólnego, powinien być pierwszy małżonek bigamisty<sup>28</sup>, co dodatkowo skomplikowałoby postępowanie. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że podział majątku wspólnego układu bigamicznego może mieć miejsce w zasadzie wyłącznie w postępowaniu nieprocesowym o podział majątku wspólnego<sup>29</sup>. Pierwszy małżonek bigamisty jest obligatoryjnym uczestnikiem takiego postępowania<sup>30</sup>, przysługuje mu bowiem udział w „trzeciej” masie majątku wspólnego, która po śmierci drugiego małżonka bigamisty staje się współwłasnością w częściach ułamkowych należąca do niego oraz bigamisty. Podział majątku wspólnego należącego wyłącznie do bigamisty i drugiego małżonka odbywa się wyłącznie między nimi. Majątek wspólny bigamisty i pierwszego małżonka nie jest przedmiotem podziału, gdyż ze względu na to, że małżeństwo trwa nadal, pozostaje on przedmiotem małżeńskiej wspólności ustawowej. Techniczny podział majątku wspólnego po unieważnieniu małżeństwa bigamicznego napotka wiele trudności natury procesowej. Sąd *meriti* będzie musiał przeprowadzić wyczerpujące postępowanie dowodowe w celu ustalenia, które składniki majątku wspólnego należały do „trzeciej” masy majątkowej, a które do wyłącznej wspólności bigamisty i drugiego z małżonków. Jednak wydaje się, że rozstrzygnięcie podziału majątku według zaproponowanego klucza jest rozwiązaniem, które odpowiednio zabezpieczy interesy wszystkich podmiotów układu bigamicznego, bez pominięcia interesów pierwszego z małżonków. Sąd, dokonując podziału majątku, powinien kierować się względami słuszności, w szczególności winien badać przyczynienie się każdego z małżonków do powstania majątku i w odpowiedni sposób modyfikować udziały (art. 43 § 2 k.r.o.). Ingerencja w udziały w majątku wspólnym powinna mieć na uwadze odrębność między masą „drugą” a „trzecią”, tzn. możliwość ustalenia nierównych udziałów winna dotyczyć osobno majątku wspólnego bigamisty i jego obu małżonków oraz majątku wspólnego bigamisty i jego drugiego małżonka.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Podział majątku wspólnego w zakresie masy majątkowej stanowiącej wspólność wszystkich trzech podmiotów układu bigamicznego dotyczyłby bowiem także bezpośrednio pierwszego małżonka bigamisty.

<sup>29</sup> *Vide*: odesłanie zawarte w art. 46 k.r.o. w zw. z art. 688 k.p.c. w zw. z art. 618 i n. k.p.c. oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 8 lipca 1998 r., III CKU 30/98, PiP 1999, nr 1, poz. 43.

<sup>30</sup> *Vide*: art. 509 § 1 i 2 k.p.c.

## USTANIE PIERWSZEGO ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIEGO ZAWARTEGO PRZEZ BIGAMISTĘ

Z teoretycznego punktu widzenia pierwszy związek małżeński bigamisty może ustać w wyniku wszelkich zdarzeń, które według prawa wywołują taki skutek, a więc ze względu na śmierć jednego z małżonków, poprzez rozwód lub unieważnienie małżeństwa (z innego powodu niż bigamia). Jednak w praktyce trudno sobie wyobrazić proces rozwodowy lub proces w przedmiocie unieważnienia małżeństwa, w którym nie zostałyby ujawnione, że jedna ze stron pozostaje w innym związku małżeńskim (o charakterze bigamicznym). W wyniku ujawnienia takiej okoliczności zostałyby wszczęte postępowanie o unieważnienie małżeństwa bigamicznego, którego skutki majątkowe zostały omówione powyżej. Zatem poniżej zostanie rozważony wyłącznie przypadek ustania pierwszego związku małżeńskiego bigamisty ze względu na śmierć małżonka.

Śmierć pierwszego małżonka bigamisty spowoduje przekształcenie wspólności majątkowej łączącej go z bigamistą we współwłasność w częściach ułamkowych, z tym że pozostały przy życiu małżonek, co do zasady, będzie uprawniony do 1/2 całości masy majątkowej, pozostała połowa wejdzie zaś do masy spadkowej. Śmierć pierwszego z małżonków bigamisty wywoła także skutki prawne dla „trzeciej” wspólności majątkowej, wywoła mianowicie jej przekształcenie we współwłasność w częściach ułamkowych przysługującą bigamistcie i drugiemu małżonkowi. „Trzecia” masa majątkowa ulega *ex lege* podziałowi na trzy równe części (analogia z art. 43 § 1 k.r.o.), a część małżonka zmarłego wchodzi do spadku po nim.

Sąd orzekający o podziale majątku wspólnego po śmierci pierwszego małżonka bigamisty powinien przede wszystkim ustalić, do której masy majątkowej wchodzi dane przedmioty. Następnie podział winien być dokonywany z uwzględnieniem treści art. 43 § 1 k.r.o., z tym że powyższa ocena powinna być przeprowadzona odrębnie w stosunku do majątku zmarłego małżonka i bigamisty oraz odrębnie w stosunku do „trzeciej” masy majątkowej. Nie ulega wątpliwości, że podział „trzeciej” masy majątkowej dotyczy sfery majątkowej drugiego małżonka bigamisty, a zatem powinien on wziąć udział w postępowaniu nieprocesowym o podział majątku (art. 510 § 1 i 2 k.p.c.).

### ŚMIERĆ BIGAMISTY

Śmierć bigamisty powoduje ustanie obu małżeństw oraz ustanie wszystkich wspólności majątkowych związanych z układem bigamicznym. Postępowanie w przedmiocie podziału majątku wspólnego powinno obejmować wszystkie trzy masy majątkowe. Postępowanie działowe powinno mieć za przedmiot wszystkie trzy masy majątkowe, które funkcjonowały do dnia śmierci bigamisty. Mając na uwadze powyższe, oczywiste jest, że uczestnikiem postępowania nieprocesowego o podział majątku wspólnego powinni być obaj małżonkowie bigamisty. Podział majątku może być dokonywany z uwzględnieniem treści art. 43 § 1 k.r.o., z tym że ustalenie nierównych udziałów winno mieć na uwadze odrębności między majątkiem zmarłego bigamisty i każdego z jego małżonków oraz majątku wspólnego dla wszystkich członków układu bigamicznego („trzecia” masa majątkowa).

## PODSUMOWANIE

Układ bigamiczny stwarza w sferze majątkowej niezwykle skomplikowaną sytuację. Dotychczasowe wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwa w tym przedmiocie są niezwykle skromne z uwagi na rzadkie występowanie spraw o unieważnienie małżeństwa bigamicznego i jeszcze rzadsze *casusy* podziału majątku wspólnego takiego małżeństwa. Zarówno dawna doktryna prawa rodzinnego<sup>31</sup>, jak i współcześni komentatorzy<sup>32</sup>, jeżeli już podejmują kwestię wspólności ustawowej w układzie bigamicznym, to czynią to raczej od strony praktycznej, poprzez wskazywanie dróg rozstrzygnięcia konfliktu interesów majątkowych powstającego po rozwiązaniu układu bigamicznego. Charakterystyczna jest tu wypowiedź E. Skowrońskiej-Bocian, która słusznie stwierdziła, że rozwiązania należy poszukiwać w instytucjach sądowego zniesienia wspólności ustawowej z datą wsteczną oraz w ustaleniu nierównych udziałów małżonków w majątku wspólnym<sup>33</sup>. Jednak taki sposób podejścia do problemu nie wyczerpuje tematu od strony dogmatyki małżeńskiego prawa majątkowego, w szczególności nie naświetla charakteru i istoty wspólności majątkowej powstałej w małżeństwie bigamicznym. Rozważając, *de lege lata*, wszelkie skutki cywilnoprawne, z jakimi mamy do czynienia w sferze majątkowej bigamisty, należy dojść do wniosku, że powstanie „trzeciej” masy majątkowej, objętej wspólnością trójpodmiotową, jest w układzie bigamicznym konieczną konsekwencją, która wynika wprost z treści przepisów art. 31 § 1 w zw. z art. 21 k.r.o. Z tego względu podział majątku wspólnego układu bigamicznego powinien uwzględniać nie tylko reguły słusnościowego ustalenia nierównych udziałów, ale przede wszystkim należy mieć na uwadze rozróżnienie między majątkiem wspólnym bigamisty i jego pierwszego małżonka, bigamisty i jego drugiego małżonka oraz bigamisty i jego obu małżonków.

<sup>31</sup> Zob. J. S. Piąkowski, *System* oraz powołana tam literatura.

<sup>32</sup> Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Małżeńskie ustroje majątkowe*, wyd. 1, Warszawa 2008, oraz powołana tam literatura.

<sup>33</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, wyd. 3, Warszawa 2005, s. 27.

## Summary

*Marcin Hemerling*

### THE LEGAL ASPECTS OF MARITAL JOINT OWNERSHIP OF BIGAMOUS MATRIMONY AND ITS DIVISION AFTER THE MARRIAGE DISSOLUTION

Author performs theoretical characteristic of property relations, which arise as a result of bigamous matrimony. Analysis of specific configuration, that persist during bigamy, drives to outline the schema of qualification the property rights to each ownership which belongs to bigamist and his spouses.

KEY WORDS: marital joint ownership, bigamous matrimony, dividing up the marital joint ownership

POJĘCIA KLUCZOWE: małżeńska wspólność ustawowa, małżeństwo bigamiczne, podział majątku wspólnego

## KILKA UWAG O SKUTKU POZYTYWNYM PRAWOMOCNOŚCI MATERIALNEJ WPISU DO KSIĘGI WIECZYSTEJ

I. Postępowanie wieczystoksięgowe w obowiązującym kształcie zostało wprowadzone ustawą z 11 maja 2001 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2001 r. nr 63, poz. 635). W drodze powyższego aktu normatywnego problematyka postępowania wieczystoksięgowego została przeniesiona z ustaw z 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 124, poz. 1361 z późn. zm.)<sup>1</sup> na grunt ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296 z późn. zm.)<sup>2</sup>. Jak wskazuje się w literaturze, powyższy zabieg legislacyjny miał na celu ułatwienie interpretacji przepisów oraz ujednoczenie praktyki sądowej<sup>3</sup>. Ponadto zamiarem ustawodawcy, który podjął się powyższego zadania legislacyjnego, było stosowanie procedury cywilnej do postępowania wieczystoksięgowego ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami<sup>4</sup>.

Postępowanie wieczystoksięgowe stanowi jedno z postępowań w sprawach z zakresu prawa rzeczowego rozpoznawanych w trybie nieprocesowym. Jak wskazuje się w literaturze, co trzecia sprawa rozpatrywana w postępowaniu cywilnym to sprawa wieczystoksięgowa<sup>5</sup>, dlatego też postępowanie to cechuje wiele swoistych rozwiązań, mających oczywiście swoje głębokie uzasadnienie w charakterze wspomnianego postępowania. Jednakże wiele odmienności nastrocza również wiele wątpliwości w zakresie praktyki stosowania prawa. Wątpliwości te powstają w szczególności w odniesieniu do zakresu kognicji sądu wieczystoksięgowego<sup>6</sup>, pomimo licznych w tym zakresie wypowiedzi doktryny oraz judykatury, a także w odniesieniu do problematyki skutku pozytywnego prawomocności materialnej wpisu do księgi wieczystej. W związku z tym w niniejszym opracowaniu zostanie podjęta próba rozważenia wybranych problemów dotyczących powyższych kwestii.

II. Jedną z najbardziej charakterystycznych cech postępowania wieczystoksięgowego jest zakreślony bardzo wąsko zakres kognicji sądu. Został on wyznaczony przez treść art. 626<sup>8</sup> § 2 k.p.c.<sup>7</sup>, który stanowi, że: „rozpoznając wniosek o wpis, sąd bada jedynie

<sup>1</sup> Dalej zwana w niniejszym opracowaniu „u.k.w.h.”.

<sup>2</sup> Dalej zwana w niniejszym opracowaniu „k.p.c.”.

<sup>3</sup> E. Jefimko, *Postępowanie wieczystoksięgowe jako szczególny rodzaj postępowania nieprocesowego (zagadnienia wybrane)*, „Przeгляд Sądowy” 2002, nr 10, s. 54.

<sup>4</sup> P. Siciński, *Zakres odpowiedniego stosowania w postępowaniu wieczystoksięgowym przepisów kodeksu postępowania cywilnego o procesie*, „Przeгляд Sądowy” 2004, nr 3, s. 83.

<sup>5</sup> P. Mysiak, *Postępowanie wieczystoksięgowe*, wyd. 1, Warszawa 2010, s. 69.

<sup>6</sup> H. Ciepla, *Kognicja sądu wieczystoksięgowego*, „Przeгляд Sądowy” 1999, nr 9, s. 26.

<sup>7</sup> Z. Świeboda, komentarz do artykułów 506–1088, (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II, Warszawa 2006, s. 300.

treść i formę wniosku, dołączonych do wniosku dokumentów oraz treść księgi wieczystej”, ponadto, jak trafnie wskazuje się, powyższy przepis musi być interpretowany na podstawie dyrektyw wykładni systemowej, dlatego też należy również w kontekście zakresu kognicji brać pod uwagę przepisy dotyczące podstaw wpisu<sup>8</sup>. Powyższe brzmienie przepisu nakłada na organ procesowy obowiązek zbadania wniosku, jak i dołączonych do niego dokumentów stanowiących podstawę wpisu na dwóch płaszczyznach, po pierwsze – na płaszczyźnie formalnej oraz po drugie – na płaszczyźnie materialnoprawnej<sup>9</sup>. O ile kwestia badania wniosku i dołączonych do niego dokumentów na płaszczyźnie formalnej nie nastęrcza większych wątpliwości, o tyle kwestia badania na płaszczyźnie materialnej jest problematyczna, w szczególności w odniesieniu do jej zakresu. W istocie obowiązek przeprowadzenia badania wyżej wskazanych dokumentów na dwóch płaszczyznach świadczy o tym, że zakres badania sądu wieczystoksięgowego jest jedynie ograniczony zakresem postępowania dowodowego, które sprowadza się tylko i wyłącznie do dowodu z dokumentów przedłożonych sądowi wieczystoksięgowemu i treści księgi wieczystej<sup>10</sup>. W ramach bardzo ograniczonego postępowania dowodowego kwestia badania załączonych do wniosku dokumentów stanowiących podstawę wpisu ze względu na ich rodzaj kształtuje się niejednolicie. Inaczej zakres badania rysuje się w odniesieniu do orzeczenia sądowego (a to z uwagi na treść art. 365 § 1 k.p.c.<sup>11</sup>), decyzji administracyjnej i aktu notarialnego, jako dokumentów stanowiących podstawę wpisu. Nie wchodząc w szczególności dotyczące dwóch pierwszych dokumentów, szczególną uwagę warto poświęcić problematyce zakresu badania aktu notarialnego na płaszczyźnie materialnej. Zakres badania tego dokumentu jest o wiele szerszy niż badanie dwóch wyżej wspomnianych dokumentów. Zgodnie bowiem z zapatrywaniem wyrażanym w literaturze sąd jest obowiązany do badania treści czynności prawnej zawartej w akcie notarialnym pod kątem jej skuteczności materialnoprawnej<sup>12</sup> w zakresie przeniesienia własności nieruchomości, w tym sąd powinien również poczynić ustalenia w zakresie jej zgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, których naruszenie prowadziłoby do nieważności czynności prawnej<sup>13</sup>. Dlatego też sąd wieczystoksięgowy badanie płaszczyzny materialnoprawnej wniosku i załączonych do niego dokumentów powinien przeprowadzić z punktu widzenia wszystkich przepisów prawnych, jakie odnoszą się do stanu prawnego wpisywanego prawa i sytuacji prawnej istniejącej w odniesieniu do danej nieruchomości<sup>14</sup>. Jak się wskazuje, sąd wieczystoksięgowy w ramach prowadzonego postępowania uprawniony jest do dokonywania wykładni oświadczeń woli składających się na czynność prawną zawartą w treści aktu notarialnego z uwzględnieniem ogólnej reguły interpretacyjnej wyrażonej w art. 65

<sup>8</sup> H. Ciepla, E. Balan-Gonciarz, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz, wzory wniosków o wpis, wzory wpisów do księgi wieczystej*, Kraków 2007, s. 146; H. Ciepla, *Kognicja sądu*, s. 28.

<sup>9</sup> Zob. E. Gniewek, (w:) E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe. System Prawa Prywatnego*, t. 4, wyd. 2, s. 100 i n.

<sup>10</sup> J. Dominowska, *Zakres merytorycznego badania wniosku o wpis w postępowaniu wieczystoksięgowym*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 5, s. 86.

<sup>11</sup> Zob. E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe*, s. 103.

<sup>12</sup> A. Oleszko, *Kognicja sądu w postępowaniu o wpis prawa własności na podstawie umowy sprzedaży nieruchomości rolnej w wykonaniu prawa pierwokupu*, „Rejent” 2009, nr 10, s. 103.

<sup>13</sup> H. Ciepla, E. Balan-Gonciarz, *Ustawa o księgach*, s. 147.

<sup>14</sup> E. Warzocha, *Przeszkody do wpisów w księgach wieczystych*, „Rejent” 1996, nr 7–8, s. 60.

§ 2 k.c.<sup>15</sup> Tym samym sąd powinien poddać wykładni, z punktu widzenia powyższego przepisu, postanowienia umowne zawarte w treści aktu notarialnego, przy tym sąd nie jest związany nazwą umowy<sup>16</sup>. W szczególności interpretacja postanowień umownych powinna zmierzać do ustalenia, czy czynność prawna zmierza do wywołania skutku materialnoprawnego<sup>17</sup>, a tym samym do ustalenia, czy akt nie zawiera postanowień niweczających powstanie powyższego skutku, takich chociażby, jak zastrzeżenie warunku w przypadku umów zmierzających do przeniesienia własności nieruchomości. Należy bowiem ponownie podkreślić, że do zakresu oceny sądu wieczystoksięgowego będzie należało przesądzenie, czy badana umowa, jako podstawa wpisu, jest zgodna z przepisami prawa materialnego i czy wywoła zmianę we wpisanym prawie<sup>18</sup>. Kwestią, która nie powinna umknąć sądowi wieczystoksięgowemu z pola widzenia i którą powinien w zakresie swojej kognicji poddać analizie, jest problematyka badania pełnomocnictwa, jeżeli czynność prawna została dokonana przez pełnomocnika<sup>19</sup>. Zgodnie z poglądem SN przedstawionym w ustnych motywach uzasadnienia postanowienia z 12 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 182/10 ocena prawidłowości reprezentacji kościelnej osoby prawnej powinna być dokonywana z punktu widzenia zasad kościelnego prawa wewnętrznego, do czego też uprawniony jest sąd w toku postępowania wieczystoksięgowego<sup>20</sup>. Co potwierdza, że zakres przepisów, z punktu widzenia których powinna zostać dokonana ocena czynności prawnej zawartej w akcie notarialnym i stanowiącej podstawę wpisu, powinien być szeroki.

Mając powyższe na uwadze, należy dojść do przekonania, że pomimo bardzo wąskiego zakresu kognicji, sprowadzającego się najczęściej do badania przez sąd jedynie treści księgi wieczystej i aktu notarialnego<sup>21</sup>, ocena powyższych dokumentów powinna być wnikliwa. Zgodnie z powszechnie akceptowanym w orzecznictwie poglądem sąd wieczystoksięgowy nie pełni jedynie funkcji rejestracyjno-ewidencyjnej<sup>22</sup>. Ograniczanie roli sądu wieczystoksięgowego do powyższej roli jest w świetle obowiązującego stanu prawnego nieuprawnione. Pomimo ogólnej formuły art. 626<sup>8</sup> § 2 k.p.c. sąd wieczystoksięgowy pełni aktywną rolę, która jest nie do pogodzenia ze sprowadzaniem

<sup>15</sup> M. Deneka, *Księgi wieczyste. Zasady materialnoprawne*, wyd. 1, Warszawa 2010, s. 114.

<sup>16</sup> J. Roszewski, *Kognicja sądu do badania treści wniosku na tle art. 46 ust. 1 i art. 48 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, „Przeгляд Sądowy” 1997, nr 3, s. 45.

<sup>17</sup> Zob. postanowienie SN z 30 września 2009 r. w sprawie o sygn. V CSK 63/09, LEX nr 558633.

<sup>18</sup> B. Borkowski, J. Trześniewski-Kwiecień, *Wpisy do ksiąg wieczystych*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 43.

<sup>19</sup> P. Mysiak, *Postępowanie wieczystoksięgowe*, s. 234 i cytowane tam orzecznictwo; zob. też J. Dominowska, *Zakres*, s. 89 wraz z cytowanymi tam orzecznictwem.

<sup>20</sup> Zob.: [http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/478259,wniosek\\_o\\_wpis\\_do\\_ksiegi\\_wieczystej\\_wewnetrzne\\_regulacje\\_tez\\_sprawdzi\\_notariusz.html](http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/478259,wniosek_o_wpis_do_ksiegi_wieczystej_wewnetrzne_regulacje_tez_sprawdzi_notariusz.html); zob. podobnie również <http://www.rp.pl/artykul/595029.html?print=tak>

<sup>21</sup> Należy bowiem pamiętać o treści art. 92§ 4 ustawy z 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, zgodnie z którym: „jeżeli akt notarialny w swej treści zawiera przeniesienie, zmianę lub zrzeczenie się prawa ujawnionego w księdze wieczystej albo ustanowienie prawa podlegającego ujawnieniu w księdze wieczystej, bądź obejmuje czynność przenoszącą własność nieruchomości, chociażby dla tej nieruchomości nie była prowadzona księga wieczysta, notariusz sporządzający akt notarialny jest obowiązany zamieścić w tym akcie wniosek o dokonanie wpisu w księdze wieczystej, zawierający wszystkie dane wymagane przepisami kodeksu postępowania cywilnego”.

<sup>22</sup> Zob. postanowienie SN z 17 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 36/09, LEX nr 527084; zob. P. Si-ciński, *Zakres*, s. 105.



jej jedynie do funkcji rejestracyjno-ewidencyjnej<sup>23</sup>. Sąd ten dokonuje merytorycznej oceny czynności prawnej zawartej w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu, konfrontując ją z żądaniem wniosku o wpis, i jeśli na podstawie przedłożonego dokumentu sąd dojdzie do przekonania, że nie doszło do przeniesienia prawa, powinien dać temu wyraz w decyzji co do istoty sprawy przybierającej postać postanowienia o oddaleniu wniosku. Dlatego też uprawniony jest wniosek, że w ramach wąskiego zakresu kognicji sąd pełni funkcję kontrolno-rejestracyjną, a nie rejestracyjno-ewidencyjną, czuwając, aby stan prawny nieruchomości, jaki zostanie ujawniony wskutek wpisu, był zgodny z rzeczywistym stanem prawnym.

**III.** Po przedstawieniu problematyki zakresu kognicji sądu w postępowaniu wieczystoksięgowym kwestią wydającą się budzić niemałe wątpliwości oraz wykazującą związek z zakresem kognicji jest problematyka skutku pozytywnego prawomocności materialnej wpisu w postępowaniu wieczystoksięgowym, który to skutek przejawia się w związaniu orzeczeniem sądu, który je wydał, a także innych sądów i organów państwowych<sup>24</sup>. Efekt ustaleń poczynionych w ramach wąskiego zakresu kognicji przez sąd wieczystoksięgowy będzie implikował podjęcie przez sąd określonej merytorycznej decyzji procesowej, przybierającej postać wpisu albo postanowienia o oddaleniu wniosku.

Zgodnie z art. 516 k.p.c. orzeczenia w postępowaniu nieprocesowym przybierają postać postanowień, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Jak stanowi natomiast przepis art. 626<sup>8</sup> § 6 k.p.c., w postępowaniu wieczystoksięgowym wpis w księdze wieczystej jest orzeczeniem. Tym samym ustawodawca wprowadził wyjątek od reguły przewidzianej w art. 516 k.p.c. i jednocześnie rozstrzygnął w sposób jednoznaczny charakter prawny wpisu, który należy traktować jak orzeczenie ze wszystkimi tego konsekwencjami przewidzianymi na płaszczyźnie procesowej. Mając powyższe na uwadze, należy wskazać treść art. 13 § 2 k.p.c., który nakazuje przepisy o procesie stosować odpowiednio do innych postępowań unormowanych w Kodeksie postępowania cywilnego, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu do trybu postępowania nieprocesowego, w tym postępowania wieczystoksięgowego, powinny mieć odpowiednie zastosowanie przepisy o procesie<sup>25</sup>. Mając to na uwadze, jak i okoliczność, że brak jest wyłączenia odpowiedniego stosowania przepisów o orzeczeniach w procesie do trybu nieprocesowego, należy dojść do przekonania, że odpowiednio stosowany w postępowaniu wieczystoksięgowym będzie m.in. art. 365 § 1 k.p.c. Oznacza to, że również prawomocne formalnie orzeczenia w postępowaniu wieczystoksięgowym korzystają ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej i wiążą nie tylko sąd, który je wydał, ale także inne sądy i organy państwowe<sup>26</sup>. Jak wskazał Sąd Najwyższy: „prawomocny wpis, jak każde prawomocne orzeczenie, wiąże inne sądy (art. 365 § 1 k.p.c.) i nie może być obalony w innym postępowaniu jako

<sup>23</sup> Zob. *ibidem*, s. 105.

<sup>24</sup> Zob. więcej K. Korzan, *Skutki orzeczeń rozstrzygających sprawę co do istoty (prawomocność, wykonalność i skuteczność)*, „Rejent” 2005, nr 4, s. 10; zob. Z. Świeboda, (w:) *Kodeks*, s. 39.

<sup>25</sup> G. Bieniek, *Kognicja sądu wieczystoksięgowego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Nowy Przegląd Notarialny” 1999, nr 4, s. 14.

<sup>26</sup> Zob. P. Mysiak, *Postępowanie*, s. 271.

przesłanka rozstrzygnięcia<sup>27</sup>. Warto podkreślić, że prawomocność jest procesową instytucją ochrony prawnej, która spełnia funkcję utrwalania skutków wytwarzanych przez dane orzeczenie<sup>28</sup>. W myśl powyższego instytucja ta będzie również miała odpowiednie zastosowanie do orzeczeń merytorycznych na gruncie postępowania wieczystoksięgowego, a inne sądy i organy przy podejmowaniu rozstrzygnięć będą zobligowane do uwzględniania istniejącego wpisu.

IV. Zagadnieniem niezmiernie ciekawym w kontekście powyższych rozważań wydaje się problematyka wpływu wpisu korzystającego na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 365 § 1 k.p.c. ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej na postępowanie w przedmiocie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Jak podnosi się w literaturze, w odniesieniu do postępowania w przedmiocie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, tj. opartego na art. 10 u.k.w.h., w określonych przypadkach została przełamana zasada prawomocności wpisu<sup>29</sup>. Wydaje się, że powyższy pogląd nie zasługuje na aprobatę w świetle obowiązującego stanu prawnego. Należy bowiem mieć na uwadze, że zgodnie z art. 13 § 2 *in fine* k.p.c. przepisów o procesie, w tym art. 365 § 1 k.p.c., nie stosuje się odpowiednio, jeżeli przepis szczególny tak stanowi. W odniesieniu do postępowania wieczystoksięgowego brak jest szczególnego przepisu, który by wyłączał zastosowanie przepisu art. 365 § 1 k.p.c. A zatem podmioty wskazane w powyższym przepisie powinny uwzględniać prawomocne orzeczenie korzystające ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej w wydawanych przez nie rozstrzygnięciach<sup>30</sup>. Ponadto wydaje się nie do zaakceptowania koncepcja, w myśl której takim szczególnym przepisem jest przepis art. 10 u.k.w.h., z uwagi na to, że nie należy tracić z pola widzenia tego, że w toku postępowania wieczystoksięgowego o wpis badana jest skuteczność materialna czynności prawnej zawartej w akcie notarialnym, jak i jej ewentualna niezgodność z przepisami, prowadząca do nieważności czynności prawnej. Oczywiście w toku postępowania o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym mogą być podnoszone okoliczności wpływające chociażby na ważność czynności prawnej stanowiącej podstawę wpisu, które nie mogły być ocenione w toku postępowania wieczystoksięgowego z uwagi na wąski zakres kognicji sądu w tym postępowaniu. Pojawia się jednak pytanie, czy dopuszczalne jest powództwo z art. 10 u.k.w.h., oparte jedynie na twierdzeniach zmierzających do kontestowania treści aktu notarialnego, stanowiącego przedmiot oceny w postępowaniu wieczystoksięgowym, bez powołania się na nowe okoliczności, czy też okoliczności, które nie mogły stanowić przedmiotu oceny sądu wieczystoksięgowego. Na powyższe pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej, ponieważ kwestia skuteczności czynności materialnoprawnej była już raz przedmiotem oceny, a powództwo oparte na tak wąskich podstawach zmierzałoby tylko i wyłącznie do ponownej oceny dokumentu, który był już raz w takim zakresie badany. Przyjęcie nato-

<sup>27</sup> Uzasadnienie uchwały SN z 13 stycznia 2011 r., sygn. akt III CZP 123/10; uchwała wraz z orzeczeniem dostępna na stronie internetowej [http://www.sn.pl/orzecznictwo/uzasadnienia/ic/III-CZP-0123\\_10.pdf](http://www.sn.pl/orzecznictwo/uzasadnienia/ic/III-CZP-0123_10.pdf)

<sup>28</sup> K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 186.

<sup>29</sup> P. Mysiak, *Postępowanie*, s. 70.

<sup>30</sup> A. Zieliński, komentarz do artykułów 1–505<sup>14</sup>, (w:) A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I, Warszawa 2006, s. 944.

miast stanowiska przeciwnego, że tylko i wyłącznie to, co było przedmiotem oceny w postępowaniu wieczystoksięgowym, może stanowić wyłączną podstawę odrębnej oceny w ramach powództwa z art. 10 u.k.w.h., prowadziłyby, po pierwsze – do obejścia przepisów postępowania o środkach zaskarżenia, po drugie – deprecjonowałyby rolę i znaczenie sądu wieczystoksięgowego, która w istocie sprowadzałaby się jedynie do funkcji rejestracyjno-ewidencyjnej. I wreszcie po trzecie – mogłyby prowadzić do sytuacji, w której ten sam sąd na podstawie tego samego materiału procesowego orzekałby odmiennie. Należy mieć na uwadze, że wpis jest orzeczeniem merytorycznym, od którego przysługują środki zaskarżenia (w zależności od tego, kto go dokonał, referendarz sądowy – skarga na czynności referendarza<sup>31</sup>, sąd – apelacja). Co więcej, od postanowienia sądu drugiej instancji wydanego w postępowaniu wieczystoksięgowym przysługuje nadzwyczajny środek zaskarżenia, którego jednak głównym zadaniem jest realizacja interesu publicznego<sup>32</sup>, a mianowicie skarga kasacyjna. Wobec tego przyjęcie, że wpis, w bardzo wąskim zakresie, nie korzysta ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej i nie wpływa na rozstrzygnięcie sądu w postępowaniu o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, może prowadzić do sytuacji, w której uczestnik postępowania niezadowolony z wpisu, orzeczenia sądu drugiej instancji, czy nawet orzeczenia wydanego przez Sąd Najwyższy w przedmiocie rozpoznania skargi kasacyjnej od postanowienia sądu drugiej instancji w postępowaniu wieczystoksięgowym<sup>33</sup>, będzie mógł wystąpić z powództwem, w którym zmierzał będzie jedynie do kwestionowania treści aktu notarialnego zawierającego czynność prawną będącą już przedmiotem badania w postępowaniu wieczystoksięgowym na płaszczyźnie materialnoprawnej. Taka sytuacja wydaje się niedopuszczalna. Równie łatwo wyobrazić sobie można sytuację, w której uczestnik postępowania nie wnosi w przepisany prawem terminie środka zaskarżenia, aby później bez skrupowania wynikającego z terminów procesowych osiągnąć w istocie ten sam skutek poprzez wytoczenie powództwa z art. 10 u.k.w.h. Jak wskazano w orzecznictwie, dopóki wpis nie jest prawomocny, dopuszczalne jest jego zwalczanie wyłącznie w drodze przysługujących zainteresowanemu uczestnikowi środków zaskarżenia w postępowaniu wieczystoksięgowym<sup>34</sup>. Rodzi się jednak pytanie, czy dopuszczalne jest zwalczanie wpisu w drodze powództwa z art. 10 u.k.w.h., zmierzające do kwestionowania ustaleń sądu wieczystoksięgowego, jak i sądów rozpatrujących środki zaskarżenia od wpisu. Oczywiście z uwagi na zakres kognicji sądu wieczystoksięgowego nie jest on uprawniony do rozpatrywania sporów o prawo<sup>35</sup>, niemniej jednak jest uprawniony do kontroli, czy czynność prawna wywołała skutek materialnoprawny polegający na przeniesieniu własności. Samo zaś kwestionowanie tylko treści dokumentu stanowiącego podstawę wpisu

<sup>31</sup> Warto jedynie na marginesie zwrócić uwagę na szczególne uregulowanie skargi na czynności referendarza zawarte w art. 518<sup>1</sup> § 3 k.p.c., zob. więcej A. Maziarz-Charuza, *Skarga na orzeczenie referendarza sądowego w postępowaniu wieczystoksięgowym*, Zakamycze 2006.

<sup>32</sup> J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 489.

<sup>33</sup> Zob. więcej G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 139.

<sup>34</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 948/08, LEX nr 518102.

<sup>35</sup> P. Mysiak, *Postępowanie*, s. 234 i cytowana tam literatura.

zmierzałoby do powtórnej oceny tego samego materiału procesowego, który już raz był oceniany przez sąd dokonujący wpisu. Powstaje wobec tego pytanie, czy ocena dokumentu stanowiącego podstawę wpisu, w zakresie której sąd wieczystoksięgowy może dokonywać wykładni oświadczeń woli, wiąże inne sądy i organy, czy też nie. Przyjęcie, że taka ocena nie wiąże, a tym samym iż wydane w jej następstwie orzeczenie – wpis – prowadzi do wniosku, że orzeczenie to nie korzysta ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej, co z kolei stałoby w sprzeczności z treścią art. 365 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Jak podnosi się w literaturze, proces o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym nie może zastępować specjalnych trybów przewidzianych w procedurze dla niektórych kategorii spraw<sup>36</sup>. Wobec powyższego powstaje wątpliwość co do bardzo wąskiej grupy przypadków, gdy powód kwestionuje w drodze powództwa z art. 10 u.k.w.h. jedynie postanowienia aktu notarialnego stanowiącego podstawę wpisu, które sąd wieczystoksięgowy poddawał swej ocenie, dokonując wpisu. Wówczas powództwo to stanowi w istocie swoistego rodzaju środek prawny zmierzający do ponownej kontroli wpisu, ale i niewykluczone, że również orzeczeń wydanych w następstwie wniesienia środków zaskarżenia od wpisu. Powyższe prowadzi do przekonania, że w wąskim zakresie, na który pośrednio rzutuje zakres kognicji w postępowaniu wieczystoksięgowym, należałoby przyjąć, iż sąd rozpoznający powództwo z art. 10 u.k.w.h. musi respektować ocenę sądu wieczystoksięgowego w zakresie skuteczności materialnoprawnej czynności zawartej w akcie. Zgodzić się trzeba z poglądem, że postępowanie dowodowe w ramach postępowania o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, w odróżnieniu od postępowania wieczystoksięgowego, nie podlega żadnym ograniczeniom, a w związku z tym wynik postępowania o wpis nie przesądza kwestii zasadności żądania zgłoszonego w trybie art. 10 u.k.w.h.<sup>37</sup> Jednakże czy żądanie może się sprowadzać jedynie do powtórnej oceny postanowień aktu notarialnego zawierającego czynność prawną i oceny ich z punktu widzenia obowiązującego prawa? Zgodnie z dyspozycją art. 365 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. należy dojść do przekonania, że ustalenia sądu wieczystoksięgowego w powyższym przypadku powinny być uwzględnione w ramach oceny dokonywanej przez sąd rozpoznający sprawę o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, jeśli przedmiotem oceny jest ten sam materiał procesowy, co w postępowaniu wieczystoksięgowym. Uzasadnione wydaje się bowiem powiązanie zakresu związania sądu rozpoznającego powództwo z art. 10 u.k.w.h. z zakresem kognicji sądu wieczystoksięgowego i w związku z powyższym przyjęcie, że w wąskiej grupie przypadków wpis ten powinien wiązać sąd rozstrzygający sprawę w przedmiocie powództwa z art. 10 u.k.w.h. co do oceny skuteczności czynności prawnej stanowiącej podstawę wpisu. Należy jeszcze raz podkreślić, że chodzi tu o grupę postępowań, w której w drodze powództwa kwestionowana jest ważność czynności materialnoprawnej w zakresie stanowiącym już przedmiot kontroli w postępowaniu wieczystoksięgowym, np. gdy powód powołuje się na wadliwość postanowień umowy zawartej w akcie notarialnym, polegającą na niewywołaniu skutku rzeczowego, który był już ocenia-

<sup>36</sup> Tak J. Ignatowicz, *Podstawy wpisów do ksiąg wieczystych*, „Rejent” 1994, nr 2, s. 24.

<sup>37</sup> A. Oleszko, *Uzgodnienie stanu prawnego w dziale drugim księgi wieczystej a rzeczywiste stosunki prawnorzeczowe na nieruchomości*, „Rejent” 2002, nr 9, s. 34.

ny przez sąd wieczystoksięgowy, i w zasadzie materiał procesowy w sprawie w przedmiocie powództwa sprowadza się jedynie do analizy dokumentów stanowiących już przedmiot oceny przez sąd wieczystoksięgowy. Natomiast w zakresie postępowań, w których powód powołuje się na okoliczności niemogące stanowić przedmiotu oceny sądu wieczystoksięgowego, należy przyjąć, że związanie to nie obowiązuje.

V. Podsumowując, należy stwierdzić, że obowiązujące przepisy o zakresie kognicji sądu wieczystoksięgowego nakazują badać sądowi wieczystoksięgowemu skuteczność materialnoprawną i ważność czynności prawnej stanowiącej podstawę wpisu, jednakże powyższe badanie może odbywać się jedynie w ograniczonym postępowaniu dowodowym, które sprowadza się do dowodu z dokumentów przedłożonych sądowi wieczystoksięgowemu oraz badania treści księgi wieczystej. Ponadto wpis korzysta ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej orzeczeń, jednakże w odniesieniu do związania sądu w postępowaniu w przedmiocie powództwa z art. 10 u.k.w.h. ma on bardzo wąski zakres. Nie należy bowiem odrywać zakresu badania przez sąd wieczystoksięgowy od późniejszej skuteczności orzeczenia wydanego w następstwie poczynionych przez sąd ustaleń. Przyjęcie odmiennego punktu widzenia, że orzeczenie sądu wieczystoksięgowego nie korzysta ze skutku pozytywnego prawomocności materialnej, nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym, a wydaje się, że prowadziłoby do akceptacji wykładni *contra legem*, co jest niedopuszczalne. Mając powyższe na uwadze, należy postulować, aby w bardzo wąskiej grupie przypadków, w której w istocie zakres oceny materiału procesowego przez sąd rozstrzygający powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym pokrywa się z zakresem materiału procesowego badanego w toku postępowania wieczystoksięgowego o wpis, uwzględnił w wąskim zakresie ocenę tego materiału dokonaną i wyrażoną przez sąd wieczystoksięgowy w drodze dokonanego wpisu. W innym przypadku może się okazać, że powództwo z art. 10 u.k.w.h. zmierzać będzie w zasadzie do kontestowania decyzji merytorycznej sądu wieczystoksięgowego, podczas gdy w tym celu przewidziany został odpowiedni środek zaskarżenia. W odniesieniu do powyższego postulatu po raz kolejny należy zastrzec, że odnosi się on jedynie do sytuacji, w której przedmiotem oceny sądu rozstrzygającego powództwo z art. 10 u.k.w.h. jest ten sam materiał procesowy, który stanowił już raz przedmiot oceny przez sąd wieczystoksięgowy, postulat ten nie będzie dotyczył natomiast sytuacji, w której zgromadzony materiał procesowy będzie wskazywał istnienie okoliczności, których z uwagi na wąski zakres swej kognicji sąd wieczystoksięgowy nie mógł wziąć pod uwagę, dokonując wpisu.

## Summary

*Piotr Rodziewicz*

SEVERAL REMARKS ON ENTRY INTO LAND REGISTER  
POSITIVE MATERIAL VALIDITY EFFECT

Proceeding initiated to entry right into land register is a kind of a special property right proceeding considered in a non-litigious mode. This proceeding has a number

of specific solutions, which are justified by nature of matters which are considered in it. However, several differences in this proceeding causes that rises many practical questions during it, despite fact that have been published many statements of doctrine and judiciary devoted to this subject. Aim of this paper is to deal with two key issues concerning land registry proceeding. On the one hand paper presents entry into land register as a court decision which benefits by positive material validity effect according to article 365 § 1 in conjunction with article 13 § 2 Code of Civil Procedure of November 17, 1964. At the same time it tries to present and assess effect of positive material validity and impact of entry into land register on pending proceedings for arrangement content of land register with actual legal status of immovable property. On the other hand paper presents registry court scope of cognition in matter brought in order to enter right into land register which seems to be crucial from a point of view of entry positive material validity effect.

KEY WORDS: land registry proceeding, scope of land registry court cognition, entry positive material validity effect, action to arrange the content of the land register with the actual legal status of immovable property.

POJĘCIA KLUCZOWE: postępowanie wieczystoksięgowe, zakres kognicji sądu wieczystoksięgowego, skutek pozytywny prawomocności materialnej wpisu, powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym.



## ZAGRANICZNA CZYNNOŚĆ O CHARAKTERZE ROZPORZĄDZENIA CZĘŚCIĄ MASY SPADKOWEJ (ODRZUCENIA CZĘŚCI SPADKU ZE WSKAZANIEM NABYWAJĄCEGO) DOKONANA ZGODNIE Z PRAWEM OBCYM – *CASE STUDY*

### I. STAN FAKTYCZNY W SPRAWIE

Sprawa stanowiąca przedmiot niniejszej refleksji miała miejsce przed sądem krajowym orzekającym w kwestii nabycia spadku. Pan X – obywatel australijski (nieposiadający obywatelstwa polskiego) – zmarł w 2000 r. w Australii. Pozostawił testament, w którym spadkobiercą ustanowił Pana Y – również obywatela australijskiego. Pan Y w (niesądowej) australijskiej formie w 2001 r. złożył oświadczenie przysięgłe o nabyciu spadku przed notariuszem publicznym. Forma taka właściwa jest dla nabycia spadku w Australii. Zgodnie z oświadczeniem Pan Y nabył część masy spadkowej, która znajduje się w Australii, i zrzekł się praw do części masy spadkowej znajdującej się w Polsce, będącej udziałem w części niezabudowanej nieruchomości. Jednocześnie odrzucając część spadku, wskazał dwie osoby, na rzecz których zrzekł się po połowie wspomnianej części masy spadkowej w postaci nieruchomości położonej w Polsce. Było to rodzeństwo zmarłego Pana X – Pan Z1 i Pan Z2. Wskazani spadkobiercy zmarli odpowiednio w 2003 r. i 2002 r., pozostawiając po jednym spadkobiercy każdy (spadkobiercy ci przeprowadzili odpowiednio postępowania o nabyciu całości masy spadkowej po każdym ze swoich spadkodawców). I tak sąd krajowy postanowił, że spadek po Panu Z1 nabywa w całości Pan Z3, spadek po Z2 w całości Pan Z4.

Panowie Z3 i Z4 w związku z nieprzeprowadzeniem stosownych postępowań o nabyciu spadku odpowiednio przez Pana Z1 oraz Pana Z2 nie zostali wpisani do księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości objętej australijskim odrzuceniem części spadku ze wskazaniem w zakresie części, która znajduje się w ich posiadaniu, a stanowiła własność zmarłego Pana X – obywatela australijskiego. W celu doprowadzenia do zgodności stanu wieczystoksięgowego ze stanem rzeczywistym konieczne było przeprowadzenie postępowania o nabyciu spadku po Panu X przez Panów Z1 i Z2. Powstały jednakże wątpliwości dotyczące dopuszczalności zastosowania instytucji prawa australijskiego w polskiej przestrzeni prawnej. Do ich rozstrzygnięcia konieczne było przede wszystkim przeanalizowanie norm kolizyjnoprawnych (prawa prywatnego międzynarodowego) mających zastosowanie w sprawie.

### II. ZRZECZENIE SIĘ DZIEDZICZENIA ZE WSKAZANIEM JAKO INSTYTUCJA PRAWA OBCEGO PODLEGAJĄCA STATUTOWI SPADKOWEMU

W opisanym powyżej stanie faktycznym pojawia się istotny dla sprawy udział elementu zagranicznego. Pan X zmarł w Australii. W momencie śmierci posiadał wyłącznie

obywatelstwo australijskie<sup>1</sup>. Jego testamentowy spadkobierca Pan Y, który odrzucił część spadku ze wskazaniem, również jest Australijczykiem (jego obywatelstwo jest jednak nieistotne dla sprawy). Wstępnego przeanalizowania wymaga więc stan zobowiązań prawnomiędzynarodowych pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Australią w celu ustalenia ewentualnych norm kolizyjnoprawnych, które zgodnie z art. 1 § 2 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe<sup>2</sup> (dalej: ppm) ewentualnie miałyby pierwszeństwo przed normami kolizyjnoprawnymi wynikającymi z tejże ustawy<sup>3</sup>. Należy jednakże stwierdzić, że brak jest norm prawnomiędzynarodowych obowiązujących w relacjach polsko-australijskich, które pozwalałyby nie stosować reguł polskiego prawa prywatnego międzynarodowego w istotnym dla sprawy zakresie. Co prawda zarówno Polska, jak i Australia są stronami Konwencji dotyczącej kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzonej w Hadze 5 października 1961 r.<sup>4</sup> – zgodnie z informacjami udostępnianymi przez Haską Konferencję Prawa Prywatnego Międzynarodowego (<http://www.hcch.net>) Australia przystąpiła do Konwencji w 1986 r. Konwencja ta nie ma jednak praktycznego zastosowania w niniejszej sprawie. Ma bowiem wyłączne zastosowanie do formy testamentów (i formy innych czynności *mortis causa*, wyłącznie tych dokonywanych przez spadkodawcę), wprowadzając bardzo liberalne reguły. Testament Pana X jest bez wątpienia skuteczny co do formy zarówno z punktu widzenia tejże Konwencji (art. 1), jak i polskiej ustawy ppm (norma wyrażona w art. 35 ppm *nota bene* mieści się w zakresie art. 1 lit. a i b wspomnianej Konwencji). Kwestia prawa właściwego dla oświadczeń spadkobiercy, jak też problematyka przyjęcia lub odrzucenia spadku, nie zostały w Konwencji tej uregulowane.

Dlatego też ocena dopuszczalności przyjęcia lub odrzucenia spadku powinna nastąpić według statutu spadkowego (poza oceną zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, które nie budzą wątpliwości w niniejszej sprawie, oraz formą czynności – o czym będzie mowa w pkt III), tj. prawa właściwego wyznaczonego zgodnie z polskim prawem prywatnym międzynarodowym. Statut spadkowy określa artykuł 34 ppm, który stanowi, że: „w sprawach spadkowych właściwe jest prawo ojczyście spadkodawcy z chwili jego śmierci”. Pan X posiadał tylko obywatelstwo australijskie – statut spadkowy w analizowanej sprawie określa więc prawo australijskie.

Rodzi się w miejscu tym najistotniejsze dla całej sprawy pytanie. Czy ocena ważności czynności prawnej polegającej na odrzuceniu spadku ze wskazaniem nabywającego wchodzi w niniejszej sprawie w zakres statutu spadkowego? Jeżeli bowiem tak jest, to czynność ta, jako zgodna z prawem australijskim, jest ważna i skuteczna na terytorium Polski.

---

<sup>1</sup> Należy w miejscu tym zwrócić szczególnie istotną uwagę na obywatelstwo spadkodawcy. Gdyby Pan X obok obywatelstwa australijskiego posiadał również obywatelstwo polskie, to zgodnie z art. 2 ustawy o obywatelstwie polskim (Dz.U. z 2000 r. nr 28, poz. 353) zostałby uznany za obywatela polskiego i wedle art. 2 § 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe podlegałby w zakresie spraw spadkowych prawu polskiemu. Tym samym czynność prawna polegająca na odrzuceniu części spadku ze wskazaniem nabywającego, jako niezna na prawo polskiemu, musiałaby zostać uznana za bezskuteczną, co skutkowałoby niemożliwością wydania przez sąd polski orzeczenia o nabyciu spadku po Panu X przez Panów Z1 i Z2.

<sup>2</sup> Dz.U. z 1965 r. nr 46, poz. 290.

<sup>3</sup> Zob. M. Pilch, *Aktualne problemy stosowania prawa prywatnego międzynarodowego w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2008, s. 142 i n.

<sup>4</sup> Dz.U. z 1969 r. nr 34, poz. 284.

Należy zauważyć, że pojęcie statutu spadkowego w świetle art. 34 ppm jest bardzo szeroko interpretowane. Odnosi się do wszelkich czynności związanych z masą spadkową od chwili otwarcia spadku, w tym do czynności, które skutkować będą jej nabyciem, jak i przesunięciem nabycia do innego kręgu adresatów. Bez wątpienia wszelkie czynności spadkobiercy testamentowego względem masy spadkowej podlegają statutowi spadkowemu. Powyższe podkreśla wyraźnie analiza poglądów doktryny, wskazując przykładowo, że statutowi spadkowemu podlega m.in. dopuszczalność częściowego odrzucenia i przyjęcia spadku, treść składanych przy okazji oświadczeń woli, skutki przyjęcia lub odrzucenia spadku<sup>5</sup>.

Tym samym, biorąc powyższe pod uwagę, można bezspornie stwierdzić, że rozporządzenie częścią masy spadkowej dokonane przy okazji odrzucenia tej części spadku podlega statutowi spadkowemu, a więc w niniejszej sprawie prawa australijskiego. Czynność ta, zgodna z prawem australijskim, jest na podstawie art. 34 ppm ważna w polskim porządku prawnym.

Klauzula porządku publicznego (art. 6 ppm) nie może być w tym miejscu wzięta pod uwagę, sam fakt bowiem, że dana czynność jest nieznaną prawu polskiemu (które oczywiście nie zna instytucji odrzucenia spadku ze wskazaniem), nie oznacza automatycznie, że jej skutki godzą w podstawowe zasady polskiego porządku prawnego<sup>6</sup>. Zastosowanie tej instytucji nie może być również postrzegane jako godzące w prawa osób z kręgu spadkobierców ustawowych, ich prawa do dziedziczenia zostają bowiem ograniczone nie przez odrzucenie spadku ze wskazaniem, lecz przez sam fakt dziedziczenia testamentowego w sprawie. Nawet jednak, gdyby polski sąd uznał, że instytucja ta może godzić w prawa tychże osób, bezpodstawne jest zastosowanie na tej podstawie klauzuli porządku publicznego. Godzenie w prawa poszczególnych osób nie może być bowiem wprost utożsamiane z godzeniem w porządek publiczny państwa (zob. dwa akapity dalej rozważania nt. zachowku).

Generalnie stwierdzić należy, że zastosowanie klauzuli porządku publicznego do wszelkich spraw związanych ze statutem spadkowym (nawet w przypadku najbardziej problematycznej kwestii rozdzielnosci tego statutu, niewystępującej w tej sprawie<sup>7</sup>) jest bardzo wątpliwe i w praktyce sądy krajowe mają znikomą możliwość powoływania się na art. 6 ppm w kontekście spraw spadkowych<sup>8</sup>.

Zauważyć należy, że krąg ewentualnych spadkobierców ustawowych po spadkodawcy Panu X jest znacznie szerszy i obejmuje zstępnych większej liczby osób niż jedynie

<sup>5</sup> Zob. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. IX, Warszawa 2005, s. 264; analogicznie: M. Sośniak, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 1991, s. 189 oraz W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, wyd. IV, Warszawa 1990, s. 227–228. Zob. także: B. Walaszek, M. Sośniak, *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*, Warszawa 1968, s. 274 *in fine*; cyt: „(...) wszystkie zagadnienia, jakie wchodzą w zakres prawa spadkowego (...) podpadają pod działanie art. 34 bez względu na to, czy chodzi o dziedziczenie ustawowe, testamentowe czy umowne”.

<sup>6</sup> M. Walaszek, B. Sośniak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Kraków 1965, s. 114 oraz: K. Zawada, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym (na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu prawa rodzinnego i spadkowego)*, „Nowe Prawo” 1979, nr 4, s. 71 i n., a także: P. Mostowik, *O podstawach własności prawa polskiego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, z. 2, s. 489–490.

<sup>7</sup> Zob. A. Mączyński, *Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*, Kraków 1976, s. 23.

<sup>8</sup> Zob. J. Balicki, *Problemy kolizyjne prawa spadkowego*, Warszawa 1963, s. 76 i n.

dwie osoby wskazane jako uprawnione do nabycia przez Pana Y. Jak wskazuje jednak najbardziej reprezentatywny pogląd doktryny w tym zakresie – również kwestia rezerwy lub zachowku podlega statutowi spadkowemu, czyli prawu australijskiemu<sup>9</sup>. Co szczególnie istotne w sprawie z polskiego punktu widzenia, brak jest podstaw do ingerencji klauzuli porządku publicznego, gdy obcy statut spadkowy nie przewiduje w ogóle rezerwy lub zachowku albo nie przyznaje uprawnień z tego tytułu w sytuacji, w której uprawnienia takie służyłyby według prawa polskiego<sup>10</sup>. Niniejsze powinien wziąć pod uwagę sąd polski i w przypadku ewentualnych powództw o zachowek ustalić treść prawa australijskiego (zgodnie z art. 1143 k.p.c.), któremu podlega również roszczenie o zachowek. Prawo właściwe dla statutu spadkowego (australijskie) nie przewiduje zachowku w takiej postaci<sup>11</sup>, jak ustawodawstwa państw systemu prawa kontynentalnego<sup>12</sup>. Bliscy spadkodawcy, tj. małżonek (a także partner *de facto*), dzieci (łącznie z osobami przysposobionymi) oraz osoby, które mogą wykazać, że były finansowo zależne od testatora (łącznie z wnukami), którzy zostali pominięci w testamencie, mogą natomiast wystąpić przed sąd z odpowiednim roszczeniem (tzw. *claim for a family provision order*). Roszczenie takie powinno być zgłoszone w sądzie w ciągu 12 miesięcy od daty śmierci spadkodawcy. Termin ten może być wprawdzie wydłużony przez sąd, jednakże tylko wtedy, gdy stoi za tym ważny powód oraz roszczenie nie dotyczy nieruchomości<sup>13</sup>. Ponadto sąd rozstrzygający w takiej sprawie ma bardzo dużą swobodę orzekania, musi jednak brać pod uwagę określone czynniki, m.in. sytuację materialną występującego z roszczeniem, jego wiek i zdolność do zapewnienia sobie środków utrzymania, charakter relacji istniejącej pomiędzy nim a spadkodawcą itp. W odniesieniu do przedmiotowej sprawy należy uznać, że roszczenie tego typu nie zostałyby w zasadzie uwzględnione przez sąd przede wszystkim dlatego, że minął termin do jego zgłoszenia, a jego przedłużenie nie byłoby możliwe z tego powodu, że roszczenie dotyczyłoby części masy spadkowej, którą stanowi nieruchomość.

Biorąc wszystkie powyższe argumenty pod uwagę, należy bez wątpienia stwierdzić, że wszelkie czynności podjęte względem spadku przez spadkobiercę testamentowego dziedziczącego po obywatelu australijskim rządzą się statutem spadkowym australijskim – tym samym część spadku po obywatelu australijskim Panu X położoną w Polsce nabywają osoby wskazane przez spadkobiercę Pana Y, tj. Panowie Z1 i Z2, co winien stwierdzić w postępowaniu sąd krajowy.

W związku z wejściem w życie 16 maja 2011 r. nowej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe<sup>14</sup> warta rozważenia wydaje się kwestia, jaki wpływ miałyby jej postanowienia na kształt niniejszej sprawy, gdyby otwarcie spadku nastąpiło po tej dacie.

<sup>9</sup> M. Pazdan, *Prawo*, s. 266.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Australia dzieli się na 6 stanów, 3 terytoria federalne i 7 terytoriów zależnych, a każda z tych jednostek ma kompetencje do przyjmowania własnych regulacji prawnych. Z tego powodu australijskie prawo prywatne nie jest prawem jednolitym. Jednakże reguły obowiązujące w dziedzinie prawa spadkowego są niemalże jednolite w całym kraju, a (co najbardziej istotne z punktu widzenia tej sprawy) żadna z jednostek wchodzących w skład państwa nie przewiduje w swoim prawie instytucji tak rozumianego zachowku.

<sup>12</sup> Zob. opracowanie *Is there a statutory share under australian law*, s. 3, pkt 2, zamieszczone na stronie internetowej Schweizer Kobras – Lawyers & Notaries ([www.schweizer.com.au](http://www.schweizer.com.au)) w dziale „Articles”.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 4, pkt 3.

<sup>14</sup> Ustawa z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. nr 80, poz. 432.

W nowej ustawie statutowi spadkowemu poświęcony został art. 64, zgodnie z którym prawem właściwym dla sprawy spadkowej jest prawo ojczyście spadkodawcy z chwili śmierci, co stanowi powtórzenie regulacji kolizyjnoprawnej z 1965 r. Nowością jest natomiast dopuszczenie możliwości dokonania wyboru prawa dla sprawy spadkowej. Zgodnie z art. 64 ust. 1 spadkodawca może poddać sprawę spadkową swojemu prawu ojczyystemu, prawu miejsca swojego zamieszkania albo prawu miejsca swojego zwykłego pobytu z chwili dokonania wyboru lub z chwili śmierci. Wybór prawa powinien być dokonany w testamencie lub w innym rozrządzeniu na wypadek śmierci. Biorąc pod uwagę, że w omawianej sprawie miejsce zwykłego pobytu oraz miejsce zamieszkania Pana X w chwili śmierci były na terytorium Australii, wybór prawa wskazanego tymi łącznikami nie miałby znaczenia, gdyż prawem właściwym, tak samo jak w świetle ustawy kolizyjnej z 1965 r., byłoby prawo australijskie. Jedyna sytuacja, w której sprawa spadkowa podlegałaby innemu prawu, miałaby miejsce wówczas, gdyby Pan X w chwili sporządzania testamentu posiadał obywatelstwo innego państwa lub miał miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu poza Australią i prawo tego państwa wybrał jako właściwe dla swojej sprawy spadkowej.

W kwestii zastosowania klauzuli porządku publicznego (zamieszczonej w nowej ustawie w art. 7) aktualne pozostają wszystkie uwagi uczynione na gruncie ustawy z 1965 r., gdyż nowa ustawa nie wprowadza w tym zakresie żadnych zmian.

### III. UZNANIE FORMY ZAGRANICZNEJ CZYNNOŚCI PRAWNEJ STWIERDZAJĄCEJ NABYCIE/ODRZUCENIE SPADKU

Forma czynności prawnej dokonanej za granicą, odnoszącej się do odrzucenia lub przyjęcia spadku podlega regułom ogólnym ppm. Ocena formy dla oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku odbywa się więc w sposób określony w art. 12 ppm<sup>15</sup>. Bez wątplenia, co podkreśla również jednoznaczne orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących art. 12 ppm<sup>16</sup>, forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla niej samej (*lex causae*) lub prawu miejsca jej dokonania (*lex loci actus*). Dokonanie czynności w sposób formalnie przewidziany dla prawa miejsca jej dokonania gwarantuje jej skuteczność co do formy w polskim porządku prawnym. Tym samym nie można kwestionować zagranicznej formy notarialnego oświadczenia spadkobiercy o częściowym przyjęciu spadku i częściowym odrzuceniu ze wskazaniem, ponieważ zgodna jest ona z prawem australijskim będącym *lex loci actus* w sprawie.

### IV. ZASTOSOWANIE KONWENCJI „APOSTILLE”

Kolejną sprawą, która wymaga refleksji, jest zastosowanie do dokumentów zagranicznych przedstawianych w postępowaniu o nabycie spadku konsularnych klauzul

<sup>15</sup> M. Pazdan, *Prawo*, s. 265; M. Sośniak, *Prawo*, s. 190.

<sup>16</sup> Zob. orzeczenie SN z 20 stycznia 1998 r., I CKN 345/97, OSNC 1998, nr 9, poz. 137 oraz orzeczenie SN z 8 stycznia 2004 r., I CK 39/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 3.



legalizacyjnych lub klauzul apostille przewidzianych przez Konwencję haską w sprawie zniesienia wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych<sup>17</sup>. Wymogowi legalizacji lub odpowiednio certyfikacji klauzulami apostille podlegają w Polsce, zgodnie z art. 1138 k.p.c. i odpowiednio art. 3 zd. 2 konwencji „apostille”, w zasadzie jedynie dokumenty dotyczące przeniesienia własności nieruchomości. Oczywiście jedynym dokumentem w sprawie, w którym mowa jest wprost o nieruchomości położonej w Polsce i który można ewentualnie rozpatrywać w kontekście przeniesienia jej własności, jest australijski dokument notarialny zawierający treść oświadczenia o odrzuceniu części spadku ze wskazaniem. Zastosowanie do tego dokumentu przepisów legalizacyjnych jest jednak dalece wątpliwe.

Należy zauważyć bowiem, że dokument ten nie konstituuje przeniesienia własności nieruchomości ani do takiego przeniesienia się nie odnosi, a oznacza jedynie odrzucenie spadku (ze wskazaniem nabywającego spadek) w stosunku do części masy spadkowej, którą stanowi nieruchomość. Nie można postrzegać go jako dokumentu dotyczącego przeniesienia własności nieruchomości w rozumieniu art. 1138 k.p.c. i tym samym stawiać wymogu poświadczania klauzulami apostille (stosowanego zgodnie z art. 3 zd. 2 konwencji „apostille” jedynie wówczas, gdy prawo krajowe stawia względem dokumentu zagranicznego wymogi legalizacyjne). Tym samym względem dokumentów dotyczących odrzucenia spadku ze wskazaniem nie można wymagać legalizacji konsularnej lub certyfikacji klauzulami apostille.

Zwrócić należy uwagę również na istotny problem intertemporalny w sprawie, który może skutecznie uniemożliwić uzyskanie przez stronę klauzul legalizacyjnych lub klauzuli apostille na dokumentach, nawet wówczas gdyby były one koniecznością. Dokument (oświadczenie notarialne o odrzuceniu spadku ze wskazaniem) został bowiem wystawiony w roku 2001, kiedy pomiędzy Polską a Australią nie obowiązywała jeszcze konwencja haska (Polska przystąpiła do niej w 2005 r.) – stosowano wówczas w relacjach wzajemnych, tam gdzie było to konieczne, legalizację konsularną. Obecnie, po wejściu w życie konwencji haskiej, legalizacja konsularna nie jest już stosowana, nawet względem dokumentów wystawionych przed wejściem w życie konwencji haskiej w relacjach wzajemnych państw. Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP zakazało formalnie urzędnikom konsularnym RP dokonywania czynności legalizacyjnych w państwach-stronach konwencji haskiej. Niemożliwe jest więc już uzyskanie klauzul legalizacyjnych na dokumentach w relacjach polsko-australijskich. Strona w omawianej sprawie może mieć też istotne trudności z uzyskaniem klauzul apostille, praktyka państw-stron konwencji haskiej w tym zakresie różnie się układa – niektóre z nich odmawiają udzielania tych klauzul na dokumentach wydanych jeszcze przed wejściem w życie we wzajemnych relacjach konwencji haskiej (o ile organy wydające ustalają państwo przeznaczenia dokumentu).

Wydaje się jednak, że w omawianej sprawie uzyskiwanie klauzul apostille nie jest jednak konieczne. Dokument nie dotyczy *sensu stricto* przeniesienia własności nieruchomości. Daje jedynie podstawy do nabycia części spadku (części, którą konstituuje nieruchomość położona w Polsce) przez osoby wskazane do nabycia. Jest dokumentem spadkowym, a nie dotyczącym przeniesienia własności nieruchomości. Biorąc to pod uwagę, wydaje się, że potraktowanie dokumentu zagranicznego stanowiącego

<sup>17</sup> Dz.U. z 2005 r. nr 112, poz. 938.



oświadczenie w kwestii odrzucenia spadku ze wskazaniem jako dokumentu dotyczącego przeniesienia własności nieruchomości stanowi zdecydowaną nadinterpretację normy wynikającej z art. 1138 k.p.c. oraz art. 3 zd. 2 konwencji haskiej. Inna bowiem jest płaszczyzna zastosowania art. 1138 k.p.c., który odnosi się do wszelkich dokumentów związanych z prawnorzecзовymi i zobowiązującymi czynnościami dotyczącymi przeniesienia własności nieruchomości, a nie do zmian własnościowych stanowiących efekt nie tyle „przeniesienia własności”, co dziedziczenia. Dokumenty zagraniczne przedstawiane w ewentualnym postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku nie muszą być więc legalizowane ani certyfikowane.

Zadaniem sądu krajowego (którego jurysdykcja jest przedmiotem analizy w punkcie V) będzie bowiem stwierdzenie nabycia spadku, a nie badanie dla celów dowodowych dokumentów zagranicznych dotyczących przeniesienia własności nieruchomości (np. w sprawach o wpis prawa do księgi wieczystej), czemu służy wymóg stawiany w art. 1138 k.p.c. i odpowiednio art. 3 zd. 2 konwencji haskiej.

## V. JURYSDYKCJA SĄDÓW KRAJOWYCH W SPRAWIE

Sprawa dotycząca nabycia spadku, w skład którego wchodzi nieruchomość położona na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podlega wyłącznej jurysdykcji krajowej. Zarówno w świetle art. 1102 k.p.c. (uchylonego nowelą z 2008 r.), jak i zastępującego go w zakresie spadków art. 1108 § 2 znowelizowanego k.p.c., jurysdykcja krajowa w procesie jest niekwestionowalna. Fakt położenia nieruchomości na terytorium polskim jest oczywistą przesłanką umocowującą wyłączną jurysdykcję krajową. Znajduje to swoje wyraźne odzwierciedlenie w uregulowaniach dotyczących postępowań zarówno procesowych (art. 1103<sup>8</sup> k.p.c.), jak i nieprocesowych (art. 1107<sup>1</sup> stanowiący, że: „Do wyłącznej jurysdykcji krajowej należą sprawy o prawa rzeczowe na nieruchomości i o posiadanie nieruchomości położonej w Rzeczypospolitej Polskiej”), w szczególności w przypadku praw spadkowych (art. 1108 § 2 stanowi: „Do jurysdykcji krajowej należą również sprawy spadkowe, jeżeli majątek spadkowy albo jego znaczna część znajduje się w Rzeczypospolitej Polskiej”).

Orzecznictwo krajowe odnoszące się do dotychczasowego art. 1102 k.p.c., które można odnieść *mutatis mutandis* do art. 1108 § 2 obecnego, znowelizowanego k.p.c., precyzuje kształt jurysdykcji krajowej w sprawach spadkowych, gdy ich rozstrzygnięcie dotyczy nieruchomości położonej w Polsce. W jego świetle<sup>18</sup> jednoznacznie stwierdzić należy, że nie całe postępowanie spadkowe po cudzoziemcu wchodzi w zakres jurysdykcji sądu polskiego, a jedynie taka jego część, która bezpośrednio dotyczy nieruchomości położonej w Polsce. W szczególności dotyczy to postępowania o stwierdzenie nabycia spadku. Sąd w omawianej sprawie może wypowiedzieć się jedynie w tym zakresie, w jakim jego rozstrzygnięcie dotyczy nieruchomości położonej w Polsce<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Zob. orzeczenie SN z 28 maja 1969 r., III CZP 23/69, OSNCP 1970, z. 1, poz. 3; orzeczenie SN z 6 marca 1970 r., I CR 3/70, „Państwo i Prawo” 1970, z. 12, s. 1087 i n.; orzeczenie SN z 31 maja 1975 r., III CZP 78/75, OSNCP 1976, z. 2, poz. 33; orzeczenie SN z 2 kwietnia 1982 r., III CZP 8/82, OSNCP 1982, nr 10, poz. 142.

<sup>19</sup> Zob. J. Ciszewski, T. Erciński, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część trzecia. Przepisy z zakresu międzynarodowego prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 32 i 78–79; por. J. Jodłowski, *Glosa do orzeczenia SN z 22 lute-*

Tym samym spadkobiercy Pana Z1 (zmarłego w 2003 r.) oraz Pana Z2 (zmarłego w 2002 r.) powinni wystąpić o wydanie przez sąd krajowy postanowienia o nabyciu części spadku przez wymienione osoby po Panu X (zmarłym w 2000 r.). Sąd, kierując się prawem właściwym wyznaczonym przez statut spadkowy, powinien orzec w zakresie części spadku będącej nieruchomością położoną w Polsce. Zgodnie z art. 628 k.p.c. sądem właściwym do czynności w postępowaniu spadkowym, wobec faktu niezamieszkiwania spadkodawcy na terytorium Polski, będzie sąd miejsca, w którym znajduje się majątek spadkowy.

## VI. WNIOSKI

1. Czynność prawna w postaci częściowego odrzucenia spadku przez spadkobiercę ze wskazaniem w przedstawionej sprawie podlega statutowi spadkowemu spadkodawcy z chwili śmierci. Rządzi się więc prawem australijskim, gdyż Pan X był obywatelem wyłącznie australijskim. Statut spadkowy rozciąga się również na czynności spadkobiercy dotyczące przyjęcia, odrzucenia, dysponowania i podziału masy spadkowej. Jeżeli czynność ta jest skuteczna w świetle prawa australijskiego, to zgodnie z art. 34 ppm musi być uznana za skuteczną w Polsce. Nie wchodzi w grę w tym miejscu żadne potencjalne metody ograniczenia skuteczności prawa australijskiego poprzez zastosowanie klauzuli porządku publicznego. Fakt bowiem, że instytucja nie jest znana polskiemu porządkowi prawnemu, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że sprzeczna jest z jego podstawowymi zasadami. Odwołanie się do klauzuli porządku publicznego w celu odmówienia zastosowania obcego prawa jako prawa właściwego musi być zawsze poprzedzone rozważeniem, jakie skutki rodziłoby zastosowanie tego prawa w danej sprawie. Dopiero w sytuacji gdy skutki te prowadziłyby do stanu rzeczy, który naruszałby podstawowe zasady polskiego porządku prawnego, sąd byłby uprawniony do powołania się na art. 6 ppm. W gruncie rzeczy „delikatna” odrębność instytucji australijskiej absolutnie nie godzi w porządek publiczny RP. Tym samym dokonane za granicą w zgodzie z prawem obcym odrzucenie spadku w stosunku do części masy spadkowej i wskazanie osoby w zamian uprawnionej do nabycia tej części spadku powinno być uznane przez sąd krajowy i stanowić skuteczną podstawę do nabycia spadku przez osobę wskazaną w zagranicznym oświadczeniu o odrzuceniu części spadku ze wskazaniem.

2. Oświadczenie o nabyciu części spadku i odrzuceniu pozostałej części ze wskazaniem dokonane zostało w formie zgodnej z prawem australijskim. Podlega ono w tym zakresie regułom art. 12 ppm – skuteczność co do formy czynności zagranicznych dokonanych w formie właściwej z punktu widzenia prawa miejsca dokonania czynności nie może być kwestionowana.

3. Dokumenty konstytuujące częściowe odrzucenie spadku ze wskazaniem są dokumentami spadkowymi – nie dotyczą *sensu stricto* przeniesienia własności nieruchomości (choć część masy spadkowej objętej czynnością to nieruchomość), tym samym nie wcho-

---

go 1966, III CR 395/65, OSNCP 1966, nr 11, poz. 197, „Państwo i Prawo” 1967, z. 1, s. 156 oraz W. Siedlecki, *Przegląd orzecznictwa SN*, „Państwo i Prawo” 1968, z. 3, s. 495.

dzą w zakres zastosowania art. 1138 k.p.c. i odpowiednio art. 3 zd. 2 Konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych.

4. W związku z jurysdykcją krajową w sprawie – na wniosek spadkobierców Panów Z1 i Z2 sąd powinien przeprowadzić postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku, w zakresie części objętej jego jurysdykcją wyłączną, po Panu X przez Pana Z1 i Pana Z2 w częściach równych, biorąc pod uwagę prawo obce (australijskie) jako rządzące statutem spadkowym.

## Summary

*Patryk Czubik, Ewa Kamarad*

LEGAL ACTION ON THE DISPOSITION OF THE PART OF THE INHERITANCE  
(THE DISCLAIMER OF INHERITANCE WITH AN INDICATION  
OF PURCHASER) MADE UNDER A FOREIGN LAW – CASE STUDY

This paper describes a case study on the inheritance of a national of Australia, in which the Polish court has ruled. Testamentary heir, in accordance with Australian law, made a statement about the acquisition of inheritance before a notary public, by which disclaimed a portion of inheritance located in Australia, while the rest of the inheritance (which was the real estate located in Poland) was disclaimed with indicating two people having Polish citizenship to whom was this disclaimer made. In the case of inheritance before a Polish court occurred a doubt regarding to the applicability of the existing in Australian law institution of disclaimer of inheritance with an indication of another person. The analysis has been subjected to the question of law applicable for such a disclaimer, the potential application in this case public order clause, issues relating to the law applicable to the form of disclaimer with an indication, and the issue of legalization of foreign documents submitted in the case of inheritance and the jurisdiction courts in this case.

KEY WORDS: disclaimer of inheritance, law applicable, public order clause, legalization, jurisdiction

POJĘCIA KLUCZOWE: odrzucenie spadku, prawo właściwe, klauzula porządku publicznego, legalizacja, jurysdykcja

## ROZBIEŻNOŚCI W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH W SPRAWACH WŁAŚCIWYCH ORGANOM NADZORU BUDOWLANEGO

### UWAGI WSTĘPNE

W polskim systemie prawnym orzecznictwo sądów administracyjnych nie stanowi źródła prawa powszechnie obowiązującego. Choć zgodnie z art. 153 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>1</sup> orzeczenie sądowe wiąże w sprawie ten sąd i organ, którego działalność lub bezczynność była przedmiotem skargi w zakresie oceny prawnej i wskazania co do dalszego postępowania tylko w danej sprawie, organy administracji publicznej, licząc się z możliwością uchylecia aktu administracyjnego, stosują się do niej w analogicznych sprawach. Zgodnie z art. 184 Konstytucji RP<sup>2</sup> Naczelny Sąd Administracyjny i wojewódzkie sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności organów administracji publicznej. Konieczność kontroli jako konsekwencja zasady praworządności jest bezsporna, a jej zakres precyzują ustawy<sup>3</sup>. Wskazówką dla organów nadzoru budowlanego przy stosowaniu ustawy Prawo budowlane jest sądowa wykładnia tej ustawy oraz przepisów proceduralnych – Kodeks postępowania administracyjnego<sup>4</sup>, dokonywana przez sądy administracyjne w trakcie kontroli działalności organów nadzoru budowlanego. Często jednak orzecznictwo sądów administracyjnych jest niejednolite, co stanowi istotną trudność w działalności organów nadzoru budowlanego, zwłaszcza organów orzekających w drugiej instancji, których m.in. decyzje i postanowienia mogą być zaskarżane do wojewódzkiego sądu administracyjnego.

Organy nadzoru budowlanego – powiatowy inspektor nadzoru budowlanego, wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego i Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego – działają na podstawie ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane<sup>5</sup>. Zgodnie z art. 84 ust. 1 tej ustawy organy nadzoru budowlanego kontrolują przestrzeganie i stosowanie przepisów prawa budowlanego, kontrolują działania organów administracji architektoniczno-budowlanej<sup>6</sup>, badają przyczyny katastrof budowlanych i współdziałają z orga-

---

<sup>1</sup> Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądem administracyjnym, Dz.U. nr 153, poz. 1270 ze zm.

<sup>2</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483.

<sup>3</sup> Ustawa z 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, Dz.U. nr 153, poz. 1269 ze zm.; ustawa z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądem administracyjnym, Dz.U. nr 153, poz. 1270 ze zm.

<sup>4</sup> Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 ze zm.), dalej k.p.a.

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623 ze zm.

<sup>6</sup> Do organów administracji architektoniczno-budowlanej należą starosta (w miastach na prawach powiatu – prezydent miasta), wojewoda i Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego. Zgodnie z art. 84b ustawy Prawo budowlane kontrolę działalności organów administracji architektoniczno-budowlanej wykonują Główny

nami kontroli państwowej<sup>7</sup>. W ramach kontroli przestrzegania i stosowania przepisów prawa budowlanego przyjmują zawiadomienia o planowanym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wydano pozwolenie na budowę, prowadzą postępowania administracyjne w sprawie legalizacji samowolnie wykonanych robót budowlanych i samowolnej zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego, przyjmują zawiadomienia o zakończeniu robót budowlanych, wydają pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego, przeprowadzają kontrole obowiązkowe przed oddaniem obiektu budowlanego do użytkowania, wymierzają kary za przystąpienie do nielegalnego użytkowania i nieprawidłowości stwierdzone w trakcie kontroli obowiązkowej, nakładają na właścicieli lub zarządców obiektów budowlanych obowiązki w zakresie utrzymania obiektów budowlanych zgodnie z przepisami, badają przyczyny katastrof budowlanych i składają wnioski o wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej w budownictwie (art. 83 ustawy Prawo budowlane).

Artykuł 15 k.p.a. ustanawia zasadę dwuinstancyjności postępowania administracyjnego. Od decyzji administracyjnej (a także postanowienia) powiatowego inspektora nadzoru budowlanego stronie postępowania przysługuje odwołanie (w przypadku postanowień – zażalenie) do wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego. Od decyzji i postanowień organu nadzoru budowlanego szczebla wojewódzkiego jako organu pierwszej instancji odwołanie albo zażalenie przysługuje do Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego<sup>8</sup>.

---

Inspektor Nadzoru Budowlanego oraz wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego, który wykonuje tę kontrolę w stosunku do starosty (prezydenta miasta).

<sup>7</sup> Współpraca z Państwową Inspekcją Pracy i Państwową Strażą Pożarną dotyczy m.in.: wspólnych działań na rzecz likwidacji zagrożeń budowlanych w obiektach budowlanych, zapewnienia bezpieczeństwa pracy przy wykonywaniu robót budowlanych, przeprowadzania wspólnych kontroli w obiektach budowlanych oraz na terenach budów, współdziałania przy badaniu katastrof budowlanych, upowszechniania inicjatyw i rozwiązań technicznych, mających na celu poprawę stanu bezpieczeństwa pożarowego obiektów budowlanych.

<sup>8</sup> Zgodnie z art. 83 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo budowlane i rozporządzeniem Rady Ministrów z 25 listopada 2010 r. w sprawie obiektów i robót budowlanych, w sprawach których organem pierwszej instancji jest wojewoda (Dz.U. nr 235, poz. 1539), wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego jest organem pierwszej instancji w sprawach obiektów i robót budowlanych: usytuowanych na terenie pasa technicznego, portów i przystani morskich, morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej, a także na innych terenach przeznaczonych do utrzymania ruchu i transportu morskiego; hydrotechnicznych piętrzących, upustowych, regulacyjnych, melioracji podstawowych oraz kanałów i innych obiektów służących kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, wraz z obiektami towarzyszącymi; dróg publicznych krajowych i wojewódzkich wraz z obiektami i urządzeniami służącymi do utrzymania tych dróg i transportu drogowego oraz sytuowanymi w granicach pasa drogowego sieciami uzbrojenia terenu – niezwiązanymi z użytkowaniem drogi, a w odniesieniu do dróg ekspresowych i autostrad – wraz z obiektami i urządzeniami obsługi podróży, pojazdów i przesyłek; usytuowanych na obszarze kolejowym; lotnisk cywilnych wraz z obiektami i urządzeniami towarzyszącymi; usytuowanych na terenach zamkniętych; metra wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi oraz sieciami uzbrojenia terenu, jeżeli konieczność ich budowy lub przebudowy wynika z budowy lub przebudowy metra; sieci uzbrojenia terenu sytuowanych poza pasem drogowym drogi krajowej lub wojewódzkiej, jeżeli konieczność ich budowy lub przebudowy wynika z budowy lub przebudowy tej drogi; drogowych obiektów inżynierskich sytuowanych w granicach pasa drogowego drogi krajowej lub wojewódzkiej, niezwiązanymi z tymi drogami; dróg gminnych lub powiatowych, jeżeli konieczność ich budowy lub przebudowy wynika z budowy lub przebudowy drogi krajowej lub wojewódzkiej; zjazdów, w rozumieniu art. 4 pkt 8 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2007 r. nr 19, poz. 115 z późn. zm.), z dróg krajowych i wojewódzkich; sieci przesyłowych, w rozumieniu art. 3 pkt 11a ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2006 r. nr 89, poz. 625 z późn. zm.) oraz rurociągów przesyłowych dalekosiężnych służą-

Na decyzje i postanowienia organów nadzoru budowlanego drugiej instancji, stosownie do treści art. 52 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, stronie postępowania przysługuje skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego właściwego ze względu na siedzibę organu, którego działalność jest przedmiotem skargi. Zgodnie z art. 3 § 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi kontrola działalności organów nadzoru budowlanego przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na: decyzje administracyjne; postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę co do istoty; postanowienia wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, na które służy zażalenie, oraz na bezczynność organów w ww. przypadkach<sup>9</sup>. Sąd, orzekając w granicach sprawy, w razie nieuwzględnienia skargi oddala ją. Sąd, uwzględniając skargę na decyzję lub postanowienie, uchyla decyzję lub postanowienie, stwierdza nieważność decyzji lub postanowienia albo stwierdza wydanie decyzji lub postanowienia z naruszeniem prawa. Sąd administracyjny uchyla decyzję lub postanowienie w całości albo w części, jeżeli stwierdzi naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, lub naruszenie prawa dające podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego, lub inne naruszenie przepisów postępowania, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Według przepisów Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi sąd stwierdza nieważność decyzji lub postanowienia w całości lub w części, jeżeli zachodzą przesłanki określone w k.p.a. lub przepisach odrębnych. Podobnie sąd stwierdza wydanie decyzji lub postanowienia z naruszeniem prawa, jeżeli zachodzą przyczyny określone w k.p.a. lub w innych przepisach<sup>10</sup>.

Artykuł przedstawia rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych w sprawach z zakresu właściwości rzeczowej organów nadzoru budowlanego. Wybrano reprezentatywne przypadki, gdzie pomimo podobnych stanów faktycznych sądy wydały skrajnie odmienne rozstrzygnięcia.

## **OŚWIADCZENIE O PRAWIE DO DYSPONOWANIA NIERUCHOMOŚCIĄ NA CELE BUDOWLANE W POSTĘPOWANIU LEGALIZUJĄCYM ROBOTY BUDOWLANE WYKONANE BEZ WYMAGANEGO POZWOLENIA NA BUDOWĘ LUB ZGŁOSZENIA ZAMIARU WYKONANIA ROBÓT BUDOWLANYCH**

Na niejednolitość orzecznictwa sądów administracyjnych zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej RPO). Uznając, że niejednolitość orzecznictwa narusza pra-

---

cych do transportu ropy naftowej i produktów naftowych. W przypadkach pozostałych obiektów budowlanych organem właściwym w pierwszej instancji jest powiatowy inspektor nadzoru budowlanego.

<sup>9</sup> Z dniem 11 kwietnia 2011 r. weszła w życie ustawa z 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2011 r. nr 6, poz. 18). Według tej nowelizacji do wojewódzkiego sądu administracyjnego przysługuje także skarga na opieszałość organu administracji publicznej.

<sup>10</sup> Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy z 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2008 r. nr 193, poz. 1194 ze zm.), w przypadku uwzględnienia skargi na decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, której nadano rygor natychmiastowej wykonalności, sąd administracyjny po upływie 14 dni od dnia rozpoczęcia budowy drogi może stwierdzić jedynie, że decyzja narusza prawo z przyczyn wyszczególnionych w art. 145 lub 156 k.p.a.



wa obywatelskie, RPO na podstawie art. 264 § 2 w zw. z art. 15 § 1 pkt 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi złożył wniosek do NSA o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, czy art. 51 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane stanowi podstawę do nałożenia na inwestora obowiązku złożenia przewidzianego art. 32 ust. 4 pkt 2 tej ustawy oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane<sup>11</sup>.

Zgodnie z art. 32 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo budowlane pozwolenie na budowę może być wydane wyłącznie temu, kto złożył oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane<sup>12</sup>. Ustawa Prawo budowlane zawiera definicję tego pojęcia, które należy rozumieć jako tytuł prawny wynikający z prawa własności, użytkowania wieczystego, zarządu, ograniczonego prawa rzeczowego albo stosunku zobowiązaniowego, przewidującego uprawnienia do wykonywania robót budowlanych (art. 3 pkt 11 ustawy Prawo budowlane). Jeżeli inwestor rozpoczął roboty budowlane bez dokonania wymaganych formalności, istnieje możliwość zalegalizowania rozpoczętych robót na podstawie odpowiednich przepisów Prawa budowlanego.

Ustawodawca nałożył na inwestora, który buduje lub wybudował obiekt budowlany bez wymaganego pozwolenia na budowę, zgłoszenia lub pomimo sprzeciwu właściwego organu, obowiązek złożenia w trakcie postępowania legalizacyjnego oświadczenia o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Obowiązek taki wynika *expressis verbis* z art. 48 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 33 ust. 2 pkt 2 i art. 49b ust 2 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 2 i art. 32 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo budowlane.

Stosownie do treści art. 48 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo budowlane, jeżeli będący w budowie lub wybudowany bez pozwolenia na budowę obiekt budowlany jest zgodny z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a w szczególności z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo ustaleniami ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w przypadku braku obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, oraz nie narusza przepisów<sup>13</sup>, w tym techniczno-budowlana-

<sup>11</sup> Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 15 § 1 pkt 2 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi podejmuje uchwały w celu wyjaśnienia przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny podejmuje uchwały na podstawie art. 264 § 2 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi na wniosek Prezesa NSA, Prokuratora Generalnego i Rzecznika Praw Obywatelskich. Uchwała może być podjęta w składzie siedmiu sędziów, całej Izby lub w pełnym składzie. Wniosek o podjęcie uchwały nie jest wiążący, a jeżeli w ocenie NSA nie zachodzi konieczność wyjaśnienia wątpliwości, sąd postanowieniem odmawia podjęcia uchwały.

<sup>12</sup> Ustawa z 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 80, poz. 718) wprowadziła obowiązek złożenia przez inwestora, pod groźbą odpowiedzialności karnej, oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w miejsce obowiązku dokumentowania przez inwestora prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Wzór takiego oświadczenia został określony w załączniku do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 23 czerwca 2003 r. w sprawie wzorów: wniosku o pozwolenie na budowę, oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane i decyzji o pozwoleniu na budowę (Dz.U. nr 120, poz. 1127 ze zm.).

<sup>13</sup> Mowa tutaj o przepisach materialnoprawnych dotyczących m.in.: ochrony środowiska, ochrony zabytków, ochrony przyrody, ochrony przeciwpożarowej, prawa wodnego, dróg publicznych. Do przepisów tych należą m.in. art. 3–6 ustawy z 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r. nr 178, poz. 1380 ze zm.

nych<sup>14</sup>, w zakresie uniemożliwiającym doprowadzenie obiektu budowlanego lub jego części do stanu zgodnego z prawem, organ nadzoru budowlanego wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych i nakłada obowiązek dostarczenia określonych przepisami dokumentów, m.in. oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Również w przypadku budowy lub wybudowania obiektu budowlanego bez wymaganego zgłoszenia bądź mimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ, jego legalizacja wymaga złożenia oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością (art. 49b ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo budowlane).

W myśl art. 50 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, w innych przypadkach niż budowa obiektu budowlanego bez pozwolenia na budowę i zgłoszenia zamiaru budowy obiektu budowlanego, właściwy organ ma obowiązek wstrzymać postanowieniem prowadzenie robót budowlanych wykonywanych bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia lub w sposób mogący spowodować zagrożenie bezpieczeństwa ludzi lub mienia bądź zagrożenie środowiska, lub na podstawie zgłoszenia z naruszeniem art. 30 ust. 1<sup>15</sup>, lub w sposób istotnie odbiegający od ustaleń i warunków określonych w pozwoleniu na budowę bądź w przepisach. Zgodnie zaś z treścią będącego przedmiotem kontrowersji art. 51 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane przed upływem 2 miesięcy od dnia wydania postanowienia, o którym mowa w art. 50 ust. 1, właściwy organ w drodze decyzji nakłada obowiązek wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem, określając termin ich wykonania. Po upływie tego terminu lub na wniosek inwestora właściwy organ sprawdza wykonanie obowiązku i wydaje decyzję o stwierdzeniu wykonania obowiązku albo – w przypadku niewykonania obowiązku – nakazującą zaniechanie dalszych robót budowlanych bądź rozbiórkę obiektu lub jego części, bądź doprowadzenie obiektu do stanu poprzedniego (art. 51 ust. 3 ustawy Prawo budowlane).

W orzecznictwie sądów administracyjnych rozbieżność wywołała kwestia, czy w postępowaniu legalizującym samowolnie wykonane roboty budowlane (art. 50–51 ustawy Prawo budowlane) organ nadzoru budowlanego winien domagać się złożenia przez inwestora oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. W niektórych orzeczeniach NSA wskazał, że organ nadzoru budowlanego nie może żądać od inwestora oświadczenia o dysponowaniu nieruchomością na cele budowlane, nie zobowiązuje go bowiem do tego art. 51 ustawy Prawo budowlane<sup>16</sup>, a przeciwna interpretacja art. 51 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane byłaby sprzeczna

<sup>14</sup> Są to przepisy dotyczące sytuowania obiektów budowlanych, obowiązków właścicieli i zarządców budynków związanych z tymi obiektami oraz parametrów obiektów budowlanych. Do przepisów tych należą m.in.: przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. nr 75, poz. 690 ze zm.).

<sup>15</sup> Art. 30 ust. 1 ustawy Prawo budowlane w zw. z art. 29 ustawy Prawo budowlane wskazuje, w jakich enumeratywnie wymienionych przypadkach do rozpoczęcia robót budowlanych wystarczy zgłoszenie zamiaru wykonania określonych robót budowlanych bez konieczności uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę.

<sup>16</sup> Wyrok NSA z 13 stycznia 2003 r., sygn. IV SA 523/01; wyrok NSA z 13 marca 2008 r., sygn. II OSK 228/07; wyrok NSA z 4 czerwca 2008 r., sygn. II OSK 606/07; wyrok NSA z 9 kwietnia 2009 r., sygn. II OSK 532/08, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl). Podobnie wyrok WSA w Gdańsku z 15 października 2008 r., sygn. II SA/Gd 445/08, LEX nr 509901; wyrok WSA w Warszawie z 9 marca 2005 r., sygn. IV SA 522200/03, LEX nr 189015.

z konstytucyjną zasadą państwa prawa. Obowiązki na obywateli można nakładać tylko wówczas, gdy stanowi tak wyraźnie przepis rangi ustawowej. Jeżeli organ nadzoru budowlanego zalegalizuje samowolnie wykonane roboty budowlane wykonywane przez osobę, która nie ma prawa dysponować nieruchomością na cele budowlane, to właściciel tej nieruchomości może skorzystać z instytucji prawa cywilnego do obrony swojego prawa własności. Niedopuszczalne jest, zdaniem NSA, stosowanie w przypadku postępowania na podstawie art. 51 ustawy Prawo budowlane analogii do postępowania z art. 48 i art. 49b ustawy Prawo budowlane.

Jednocześnie NSA w swych orzeczeniach wyraził zdanie przeciwne, że także w postępowaniu naprawczym prowadzonym w trybie art. 51 ustawy Prawo budowlane konieczne jest sprawdzenie przez organ nadzoru budowlanego, czy inwestor posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, celem tego postępowania jest bowiem przywrócenie stanu zgodnego z prawem<sup>17</sup>. Nałożenie obowiązku złożenia oświadczenia o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane mieści się w zakresie obowiązku wykonania określonych czynności zmierzających do doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodności z prawem<sup>18</sup>. Do takiego stanowiska przychylił się także Rzecznik Praw Obywatelskich. Możliwość taką wykluczyły jednak wojewódzkie sądy administracyjne, wskazując, że w ramach art. 51 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane organy nadzoru budowlanego nie mogą nakładać obowiązku dostarczenia określonych dokumentów, ekspertyz i ocen, poprzez nałożenie takiego obowiązku nie można bowiem doprowadzić wykonanych robót do stanu zgodnego z prawem. Dokumenty, ekspertyzy i oceny stanowią element postępowania dowodowego i mogą stanowić podstawę do wydania decyzji w sprawie<sup>19</sup>.

W dniu 10 stycznia 2011 r. NSA w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę następującej treści: „Przepis art. 51 ust. 1 pkt 2 ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. nr 156, poz. 1118 ze zm.) nie stanowi podstawy do wydania decyzji nakładającej na inwestora obowiązek złożenia przewidzianego w art. 32 ust. 4 pkt 2 tej ustawy oświadczenia o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane”<sup>20</sup>.

Zdaniem NSA określenie czynności, o których mowa w art. 51 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, odnosi się do działań o charakterze materialnoprawnym dotyczących stanu faktycznego budowy, a nie czynności dowodowych, formalnych, służących wyjaśnieniu sprawy pod względem procesowym. Nakazane decyzją czynności lub roboty budowlane muszą wynikać z ustalonego stanu faktycznego sprawy, a celem nałożonych obowiązków jest doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem. Złożenie oświadczenia

<sup>17</sup> Wyrok NSA z 4 września 2007 r., sygn. II OSK 1160/06, LEX nr 374725; wyrok NSA z 14 maja 2008 r., sygn. II OSK 603/07; wyrok NSA z 17 czerwca 2009 r., sygn. II OSK 967/08, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>18</sup> Wyrok NSA z 4 września 2007 r., sygn. II OSK 1160/06. Podobnie wyrok WSA w Gliwicach z 20 grudnia 2007 r., sygn. II SA/GI 684/07, LEX nr 382702.

<sup>19</sup> Wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. z 29 października 2008 r., sygn. II SA/Go 450/08, LEX nr 509908. Podobnie wyrok WSA w Łodzi z 10 października 2008 r., sygn. II SA/Łd 510/08, LEX nr 509920; wyrok WSA w Warszawie z 26 sierpnia 2008 r., sygn. VII SA/Wa 784/08, LEX nr 526557; wyrok WSA w Białymstoku z 19 czerwca 2008 r., sygn. II SA/Bk 208/08, LEX nr 516720; wyrok WSA w Warszawie z 6 lutego 2006 r., sygn. VII SA/Wa 1323/05, LEX nr 203673; wyrok WSA w Warszawie z 25 listopada 2004 r., sygn. IV SA 2262/03, LEX nr 164663; wyrok WSA w Warszawie z 24 czerwca 2004 r., sygn. IV SA 74/03, LEX nr 148875.

<sup>20</sup> Uchwała NSA z 10 stycznia 2011 r., sygn. II OPS 2/10, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

ma zaś charakter procesowy, dowodowy. Złożenie przez inwestora oświadczenia nie powoduje tego, że wykonywane roboty budowlane będą zgodne z prawem. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że problem nakazania decyzją wykonania czynności lub robót budowlanych, których celem jest doprowadzenie robót do stanu zgodnego z prawem, występował także na gruncie art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 40 ustawy z 1974 r. Ponadto ustawodawca wyraźnie wskazał sytuacje, w których inwestor winien złożyć oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, a organ może żądać złożenia takiego oświadczenia.

Ponieważ uchwała wyjaśniająca nie pozostaje w bezpośrednim związku z żadnym toczącym się postępowaniem sędowoadministracyjnym, ma ona charakter abstrakcyjny i nie wiąże bezpośrednio w żadnej sprawie sędowoadministracyjnej<sup>21</sup>. Jednakże z art. 269 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi wynika, że jeżeli jakikolwiek skład sądu administracyjnego rozpoznający sprawę nie podzieli stanowiska zajętego w uchwale składu siedmiu sędziów, całej Izby albo w uchwale pełnego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia odpowiedniemu składowi, a ten podejmuje ponowną uchwałę w sprawie.

Podjęcie uchwały NSA rozstrzygającej wątpliwości w sprawie żądania – w postępowaniu legalizacyjnym prowadzonym na podstawie art. 50–51 ustawy Prawo budowlane – oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane ułatwi działalność organów nadzoru budowlanego. W doktrynie podkreśla się, że nierespektowanie przez jakikolwiek skład orzekający WSA abstrakcyjnej, formalnie niewiążącej uchwały NSA uzasadnia jedynie zarzut naruszenia proceduralnego przepisu art. 269 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, który może być podstawą skargi kasacyjnej. W przypadku gdy skład orzekający NSA nie zastosuje się do wyjaśnienia zawartego w uchwale tego sądu, nie ma instrumentów prawnych, które mogłyby to zweryfikować<sup>22</sup>.

## **KARA ZA PRZYSTĄPIENIE DO NIELEGALNEGO UŻYTKOWANIA OBIEKTU BUDOWLANEGO POWSTAŁEGO W WARUNKACH SAMOWOLI BUDOWLANEJ**

Niejednoznaczne jest zdanie NSA w przedmiocie wymierzenia inwestorowi kary z tytułu nielegalnego przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, gdy ten powstał w warunkach samowoli budowlanej. Prawo budowlane formułuje ogólną zasadę, że do użytkowania obiektu budowlanego, którego wykonanie wymagało pozwolenia na budowę, można przystąpić po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy i niezgłoszeniu przez ten organ sprzeciwu w ciągu 21 dni od zawiadomienia, o ile zgodnie z art. 55 ustawy Prawo budowlane inwestor nie jest zo-

<sup>21</sup> T. Woś (red.), H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 657.

<sup>22</sup> Tamże, s. 664; A. Skoczyła, *Moc wiążąca uchwał NSA a prawa jednostki*, (w:) *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, Bielsko-Biała 2003, s. 603.

bowiązany uzyskać decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (art. 54 ustawy Prawo budowlane). Zgodnie z art. 55 ustawy Prawo budowlane pozwolenie na użytkowanie jest wymagane, gdy przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego ma nastąpić przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych, gdy wynika to z decyzji administracyjnej wydanej na podstawie art. 49 ust. 5 albo art. 51 ust. 4 ustawy Prawo budowlane oraz gdy obiekt budowlany należy do wyliczonych w tym przepisie kategorii<sup>23</sup>.

W swych orzeczeniach NSA stwierdził, że zawiadomienie o zakończeniu budowy, o którym mowa w art. 54 ustawy Prawo budowlane, jest skuteczne tylko wówczas, gdy dotyczy budowy prowadzonej legalnie, na podstawie zatwierdzonego decyzją o pozwoleniu na budowę projektu budowlanego oraz zgodnie z projektem i warunkami pozwolenia na budowę. Natomiast prawnie skuteczne jest uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie tylko wówczas, gdy budowa była realizowana na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę albo jeżeli w decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych lub w związku z istotnymi odstępstwami od udzielonego pozwolenia na budowę w postępowaniu zmierzającym do doprowadzenia obiektu do zgodności z prawem nałożono na inwestora obowiązek uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Gdy o samowoli budowlanej poweźmie wiadomość organ nadzoru budowlanego (w związku z zawiadomieniem o zakończeniu robót budowlanych lub wnioskiem o udzielenie pozwolenia na użytkowanie), zobowiązany jest podjąć postępowanie legalizacyjne, które ma pierwszeństwo przed postępowaniem w sprawie nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego. Stąd przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego tylko w przypadku naruszenia art. 54 i art. 55 ustawy Prawo budowlane stwarza po stronie organu nadzoru budowlanego podstawę do wymierzenia kary z tytułu nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego. Skoro inwestor wykonał roboty budowlane samowolnie, nie mógł prawnie ani zawiadomić o zakończeniu robót budowlanych, ani złożyć wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie. Artykuł 57 ust. 7 ustawy Prawo budowlane nie stanowi samoistnej podstawy do wymierzenia kary za użytkowanie obiektu budowlanego w innych, niewymienionych w art. 54 i art. 55 przypadkach i nie dotyczy inwestora, który zrealizował obiekt w warunkach samowoli budowlanej<sup>24</sup>.

Inny skład sędziowski w tym samym czasie orzekł przeciwnie, wskazując, że kara z tytułu nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego powinna zostać wymierzona w każdym przypadku stwierdzenia przystąpienia do użytkowania z naruszeniem przepisów art. 54 i 55 ustawy Prawo budowlane. Zawiadomienie o zakończeniu budowy powinno mieć miejsce także, gdy użytkowany obiekt powstał w warunkach samowoli budowlanej. W tym przypadku zgłoszenie zakończenia budowy powinno

<sup>23</sup> Obiekty sportu i rekreacji; budynki: kultury, nauki i oświaty; kultu religijnego, służby zdrowia opieki społecznej i socjalnej, administracji publicznej, mieszkalne inne niż jednorodzinne, zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego, sportu i rekreacji, biurowe i konferencyjne, handlu, gastronomii i usług, przemysłowe; stacje paliw; place składowe, postojowe, składowiska odpadów i parkingi; obiekty gospodarki wodnej; budowle hydrotechniczne piętrzące, upustowe i regulacyjne; drogowe i kolejowe obiekty mostowe; wolno stojące kominy i maszty; obiekty służące do korzystania z zasobów wodnych.

<sup>24</sup> Wyrok NSA z 15 lipca 2009 r., sygn. II OSK 1061/08; wyrok NSA z 19 listopada 2009 r., sygn. II OSK 1184/09; wyrok NSA z 22 grudnia 2009 r., sygn. II OSK 345/09; wyrok WSA w Gliwicach z 2 października 2008 r., sygn. II SA/GI 248/08, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)



spotkać się ze sprzeciwem właściwego organu i stanowić podstawę do wszczęcia przez ten organ stosownego postępowania, które może toczyć się niezależnie od postępowania w przedmiocie wymierzenia kary z tytułu nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego<sup>25</sup>. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku stwierdził, że odstąpienie od wymierzenia kary przewidzianej w art. 57 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, gdy stwierdzono nielegalne użytkowanie obiektu, który powstał w warunkach samowoli budowlanej, stanowi *de facto* wprowadzenie nieprzewidzianej przepisami prawa negatywnej przesłanki wymierzania kary z tytułu nielegalnego przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego. Artykuł 57 ust. 7 ustawy Prawo budowlane nie przewiduje żadnych wyjątków od obowiązku wymierzenia przez właściwy organ kary z tytułu nielegalnego użytkowania obiektu budowlanego.

Zgodnie z art. 54 ustawy Prawo budowlane do użytkowania budynku mieszkalnego jednorodzinnego można przystąpić, jeżeli organ nadzoru budowlanego nie zgłosi sprzeciwu w ciągu 21 dni od złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy. Sądownictwo administracyjne nie prezentuje jednolitego orzecznictwa w kwestii zakresu tego terminu. W orzecznictwie wskazuje się, że termin ten obejmuje również doręczenie decyzji stronie, zgodnie bowiem z art. 110 k.p.a. organ jest związany decyzją od dnia jej doręczenia i ta chwila jest istotna dla określenia skutków decyzji. Wyznaczony w art. 54 ustawy Prawo budowlane termin jest terminem o charakterze materialnym i jest wyznaczony dla organu i dla strony. Oznacza to, że w ciągu 21 dni od złożenia zawiadomienia o zakończeniu budowy organ nadzoru budowlanego jest uprawniony do korzystania ze swojej kompetencji określonej w hipotezie tej normy. Dla strony oznacza on obowiązek powstrzymania się od użytkowania budynku w ciągu 21 dni od złożenia zawiadomienia o zakończeniu robót. Jeśliby przyjąć, że z art. 54 ustawy Prawo budowlane wynika uprawnienie organu do wydania decyzji o sprzeciwie w ciągu 21 dni, ale dostarczenia jej po tym terminie, strona musiałaby powstrzymać się od wykonywania swojego uprawnienia, a wykonywanie uprawnienia mogłoby zostać ocenione negatywnie z perspektywy później dostarczonej decyzji<sup>26</sup>.

W innym orzeczeniu NSA uznał pogląd wskazany powyżej za błędny. Zdaniem NSA termin 21-dniowy uważa się za zachowany, jeżeli decyzja o sprzeciwie została np. nadana w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego. Do wniesienia sprzeciwu stosuje się art. 57 § 5 k.p.a. W myśl art. 57 § 5 k.p.a. termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo, w tej sytuacji decyzja wnosząca sprzeciw, zostało nadane np. w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego<sup>27</sup>. Zdaniem sądu taka interpretacja jest w pełni zgodna z przepisami prawa, pozwala organowi nadzoru budowlanego na zapoznanie się z materiałem dowodowym i uniezależnia go od działań strony zmierzających do uchybienia terminu (np. zwłoka w odbiorze korespondencji),

<sup>25</sup> Wyrok NSA z 19 listopada 2009 r., sygn. II OSK 1179/09, tak samo wyrok WSA w Poznaniu z 1 września 2011 r., sygn. IV SA/Po 227/10, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

<sup>26</sup> Wyrok NSA z 11 grudnia 2002 r., sygn. II SA/Kr 965/2002, ONSA 2003, nr 4, poz. 147. Wyrok zapadł na podstawie art. 54 ustawy Prawo budowlane sprzed 11 lipca 2003 r. Artykuł 1 pkt 44 ustawy z 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. nr 80, poz. 718) zmienił treść art. 54 ustawy Prawo budowlane z dniem 11 lipca 2003 r. Od tego dnia organ nadzoru budowlanego ma 21, a nie 14, dni na zgłoszenie sprzeciwu w formie decyzji.

<sup>27</sup> Wyrok NSA z 13 marca 2007 r., sygn. II OSK 445/06, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)



przede wszystkim nie przedłuża procesu inwestycyjnego. Termin 21-dniowy, o jakim mowa w art. 54 ustawy Prawo budowlane, jest przez organ zgłaszający sprzeciw zachowany, jeżeli w terminie 21 dni od daty przyjętej za początek biegu tego terminu nastąpi wniesienie sprzeciwu zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 57 § 5 k.p.a.<sup>28</sup>

### PRZEPISY O PLANOWANIU I ZAGOSPODAROWANIU PRZESTRZENNYM W PROCEDURZE LEGALIZACJI SAMOWOLI BUDOWLANEJ

W sytuacji gdy obiekt budowlany, na którego wybudowanie konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę, powstał w warunkach samowoli budowlanej przed dniem 1 stycznia 1995 r. lub przed tym dniem w stosunku do obiektu wszczęto postępowanie legalizacyjne, to do przeprowadzenia procedury legalizacyjnej stosuje się art. 37 ustawy z 24 października 1974 r. – Prawo budowlane<sup>29</sup>. Zgodnie z art. 37 ust. 1 pkt 1 tej ustawy obiekty budowlane lub ich części, będące w budowie lub wybudowane niezgodnie z przepisami obowiązującymi w okresie ich budowy podlegają przymusowej rozbiórce, gdy właściwy organ stwierdzi, że obiekt budowlany lub jego część znajduje się na terenie, który zgodnie z przepisami o planowaniu przestrzennym nie jest przeznaczony pod zabudowę albo przeznaczony jest pod innego rodzaju zabudowę. Orzecznictwo dotyczące art. 37 ust. 1 pkt 1 także jest niejedolite. Początkowo NSA wskazywał, że organy nadzoru budowlanego, orzekając na podstawie art. 37 ust. 1 pkt 1, powinny oceniać zgodność obiektu budowlanego z przepisami o zagospodarowaniu przestrzennym według daty wzniesienia obiektu<sup>30</sup>. Obecnie w orzecznictwie NSA dominuje pogląd, aby oceniać zgodność obiektu budowlanego z przepisami o zagospodarowaniu przestrzennym obowiązującymi w dacie orzekania przez organ nadzoru budowlanego<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 4 listopada 2008 r., sygn. II SA/Po 181/08, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>29</sup> Dz.U. nr 38, poz. 229 z późn. zm. Zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane przepisu art. 48 tej ustawy, traktującego o obowiązku rozbiórki obiektu budowlanego wybudowanego bez pozwolenia na budowę, nie stosuje się do obiektów, których budowa została zakończona przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. 1 stycznia 1995 r., lub w stosunku do których przed tym dniem zostało wszczęte postępowanie administracyjne. Do takich obiektów stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. ustawę z 24 października 1974 r. Prawo budowlane. W razie dopuszczenia się samowoli budowlanej w okresie obowiązywania ustawy z 24 października 1974 r. Prawo budowlane zastosowanie znajdą przede wszystkim przepisy art. 37 oraz 40 tej ustawy.

<sup>30</sup> Wyrok NSA z 19 maja 1999 r., sygn. IV SA 196/96, LEX nr 47287; wyrok NSA z 14 lutego 2006 r., sygn. II OSK 522/05, LEX nr 194370; wyrok NSA z 19 grudnia 2006 r., sygn. II OSK 119/06, LEX 3119415; wyrok NSA z 11 stycznia 2008 r., sygn. II OSK 1827/06, LEX nr 505543; wyrok NSA z 6 maja 2008 r., sygn. II OSK 426/07, LEX nr 486430.

<sup>31</sup> Wyrok NSA z 6 listopada 2007 r., sygn. II OSK 1454/06, LEX nr 425375; wyrok WSA w Poznaniu z 17 marca 2009 r., sygn. II SA/Po 875/08, LEX nr 558439; wyrok WSA w Poznaniu z 18 sierpnia 2009 r., sygn. II SA/Po 323/09; wyrok NSA z 23 października 2009 r., sygn. II OSK 1648/08; wyrok NSA z 3 lutego 2010 r., sygn. II OSK 234/09; wyrok NSA z 10 marca 2010 r., sygn. II OSK 506/09; wyrok NSA z 17 maja 2010 r., sygn. II OSK 878/09; wyrok NSA z 24 sierpnia 2010 r., sygn. II OSK 1320/09; wyrok WSA w Poznaniu z 26 listopada 2010 r., sygn. II SA/Po 560/10, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

## KRĄG STRON W POSTĘPOWANIACH ADMINISTRACYJNYCH PROWADZONYCH PRZEZ ORGANY NADZORU BUDOWLANEGO

Ustalenie stron każdego postępowania administracyjnego stanowi obowiązek organu administracji publicznej. Przepisem, który określa krąg stron w postępowaniu administracyjnym, jest art. 28 k.p.a., który wskazuje, że stroną postępowania jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku postępowanie dotyczy albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Jak stwierdził NSA: „Mieć interes prawny w postępowaniu administracyjnym znaczy to samo, co ustalić przepis prawa powszechnie obowiązującego, na którego podstawie można skutecznie żądać czynności organu z zamiarem zaspokojenia jakiejś potrzeby albo żądać zaniechania lub ograniczenia czynności organu sprzecznych z potrzebami danej osoby”<sup>32</sup>.

W ustawie Prawo budowlane ustawodawca zawarł przepisy szczególne ustalające krąg stron w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę, co wynika wprost z treści art. 28 ust. 2 („Stronami w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę są: inwestor oraz właściciele, użytkownicy wieczystości lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu”). Zgodnie z art. 40 ust. 3 ustawy Prawo budowlane stronami w postępowaniu o przeniesienie decyzji o pozwoleniu na budowę lub o pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych są jedynie podmioty, między którymi ma być dokonane przeniesienie decyzji<sup>33</sup>. W myśl art. 59 ust. 7 ustawy Prawo budowlane stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie inwestor.

Artykuł 28 ust. 2, art. 40 ust. 3 i art. 59 ust. 7 ustawy Prawo budowlane mają charakter norm wyjątkowych w stosunku do art. 28 k.p.a., w związku z czym nie można ich interpretować w sposób rozszerzający, przenosząc ich zakres na inne postępowania toczące się na podstawie prawa budowlanego.

Ocena legitymacji do bycia stroną postępowania legalizującego samowolę budowlaną powinna opierać się na art. 28 k.p.a., nawiązując do posiadania przez skarżącego interesu prawnego, znajdującego potwierdzenie w przepisach prawa materialnego. Przepisem tym może być np.: art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym obiekt budowlany należy użytkować, projektować i budować zgodnie z przepisami techniczno-budowlanymi, zasadami wiedzy technicznej, zapewniając poszanowanie występujących w obszarze oddziaływania obiektu, uzasadnionych interesów osób trzecich, w tym dostępu do drogi publicznej. Ustawodawca w art. 3 ust. 20 ustawy Prawo budowlane obszarem oddziaływania obiektu nazywa teren wyznaczony w otoczeniu obiektu budowlanego na podstawie przepisów odrębnych, wprowadzających związane z tym obiektem ograniczenia w zagospodarowaniu tego terenu. Obszar ten określa się na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących, a zawierających regulacje

<sup>32</sup> Wyrok NSA z 8 września 1998 r., sygn. IV SA 1704/1997, LEX nr 43797.

<sup>33</sup> Z dniem 15 listopada 2008 r., na mocy ustawy z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. nr 199, poz. 1227), do ustawy Prawo budowlane wprowadzono art. 28 ust. 4, zgodnie z którym przepisu art. 28 ust. 2 nie stosuje się w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę wymagającym udziału społeczeństwa zgodnie z przepisami ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

odnoszące się przede wszystkim do odległości obiektów i urządzeń budowlanych od innych obiektów i granic nieruchomości (przepisy przeciwpożarowe, z zakresu ochrony środowiska, warunki techniczne dotyczące różnych obiektów *etc.*).

Od interesu prawnego należy odróżnić interes faktyczny, czyli sytuację, w której dana osoba jest bezpośrednio zainteresowana rozstrzygnięciem sprawy administracyjnej, ale nie może tego zainteresowania poprzeć przepisami prawa powszechnie obowiązującego, mającego stanowić podstawę prawną żądania stosownych czynności od organu administracji. O charakterze strony bowiem nie może decydować jedynie sama wola osoby zainteresowanej czy przyznanie jej takiego przymiotu przez organ nadzoru budowlanego, lecz tylko określony przepis prawny. Jak stwierdził WSA w Warszawie, ochrona uzasadnionego interesu osób trzecich, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo budowlane, powinna opierać się wyłącznie na obiektywnej ocenie dotyczącej przestrzegania obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności wymagań techniczno-budowlanych oraz norm dotyczących budowy i utrzymania obiektów budowlanych<sup>34</sup>. Linia orzecznictwa sądowoadministracyjnego jest ugruntowana i wskazuje, że stroną postępowania administracyjnego może być jedynie podmiot, który wykaże swój interes prawny o charakterze materialnoprawnym. Musi istnieć norma prawa administracyjnego materialnego pozwalająca w danym stanie faktycznym orzec o prawach i obowiązkach tego podmiotu<sup>35</sup>.

Odmienne od większości dotychczasowego orzecznictwa i literatury prawniczej WSA w Poznaniu orzekł, że interes prawny w postępowaniu administracyjnym „ma każdy, kto twierdzi wobec organu administracyjnego, iż postępowanie administracyjne dotyczy jego obowiązku bądź uprawnienia, powołując się na swój istniejący jego zdaniem interes prawny”<sup>36</sup>. Sąd w uzasadnieniu wyroku podkreślił subiektywny charakter interesu prawnego i uznał za stronę postępowania administracyjnego podmiot, któremu tego przymiotu odmówiły organy nadzoru budowlanego ze względu na brak przepisu prawa materialnego, który stanowiłby podstawę do uznania interesu prawnego tego podmiotu.

Niejednolite orzecznictwo dotyczy także kwestii wspólnoty mieszkaniowej i jej członka – właściciela lokalu – jako strony postępowania administracyjnego. Naczelny Sad Administracyjny uznaje, że członek wspólnoty mieszkaniowej może być stroną postępowania administracyjnego nie dotyczącego nieruchomości wspólnej, jeżeli wykaże swój własny interes prawny<sup>37</sup>. W sprawach dotyczących budynku wspólnoty mieszkaniowej (część wspólna nieruchomości) stroną postępowania administracyjnego jest wspólnota mieszkaniowa reprezentowana przez zarząd<sup>38</sup>. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w dniu 12 sierpnia 2010 r. orzekł jednak, że właściciel

<sup>34</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 18 października 2004 r., sygn. IV SA 4878/02, LEX nr 164448.

<sup>35</sup> Wyrok NSA w Warszawie z 27 września 2001 r., sygn. I SA 2326/00, LEX nr 54528.

<sup>36</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 4 listopada 2009 r., sygn. IV SA/Po 449/09, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>37</sup> Wyrok NSA z 23 stycznia 2008 r., sygn. II OSK 1912/06, LEX nr 510758. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. nr 80, poz. 903 ze zm.) nieruchomością wspólną stanowi grunt oraz części budynku i urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali.

<sup>38</sup> Wyrok NSA z 24 lutego 2003 r., sygn. I SA 1796/01, LEX nr 156392; wyrok WSA w Warszawie z 21 lipca 2004 r., sygn. IV SA/Wa 2061/02, LEX nr 158921; wyrok WSA w Warszawie z 19 października 2004 r., sygn. IV SA/Wa 1522/03, LEX nr 160791.

lokalu może wykazać swój własny interes prawny także w odniesieniu do części wspólnych nieruchomości<sup>39</sup>.

### ADRESAT DECYZJI NAKAZUJĄCEJ ROZBIÓRKĘ OBIEKTU BUDOWLANEGO

Zgodnie z art. 52 ustawy Prawo budowlane nakaz rozbiórki wydany na podstawie art. 48, 49b i 51 ustawy Prawo budowlane może być skierowany do inwestora, właściciela lub zarządcy obiektu budowlanego, jednak organ nadzoru budowlanego nie może spośród wymienionych podmiotów dobrowolnie wybierać adresata decyzji. Interpretacja tego artykułu nie sprawia problemu, gdy nakaz rozbiórki organ nadzoru budowlanego kieruje do inwestora, któremu jednocześnie przysługuje prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Choć decyzja nakazująca rozbiórkę stanowi samodzielną podstawę prawną do wykonywania robót budowlanych, to ryzykowne jednak jest nakładanie obowiązku wykonywania robót budowlanych dotyczących obiektu, którym adresat nakazu nie może w pełni dysponować. Organ musi wziąć pod uwagę bowiem wykonalność nałożonego obowiązku wynikającego z decyzji administracyjnej. Orzecznictwo sądów administracyjnych i doktryna nie dostarczają jasnej odpowiedzi. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie uznał, że nie można orzec nakazu rozbiórki, adresując go wyłącznie do inwestora, jeśli w dacie orzekania nie posiada on takich uprawnień do władania obiektem budowlanym, które pozwoliłyby mu na wykonanie nakazu<sup>40</sup>. Naczelny Sąd Administracyjny także uznał, że nie można orzec nakazu rozbiórki, adresując go wyłącznie do inwestora, jeśli w dacie orzekania nie posiada on takich uprawnień do władania obiektem budowlanym, które pozwoliłyby mu na wykonanie nakazu. Kryterium wyboru spośród trzech wymienionych w art. 52 Prawa budowlanego podmiotów jest posiadanie tytułu prawnego umożliwiającego wykonanie decyzji<sup>41</sup>. Jednakże gdyby właściciele nieruchomości, niebędący inwestorami robót budowlanych, byli zainteresowani rozbiórką samowolnie wybudowanego obiektu i deklarowali, że udostępnią nieruchomość do wykonania prac rozbiórkowych, to nałożenie obowiązku na podmiot niemający tytułu prawnego do nieruchomości, na której obiekt jest posadowiony, nie czyni go niewykonalnym<sup>42</sup>.

W doktrynie wskazuje się, że w pierwszej kolejności przedmiotowymi obowiązkami jest obciążony inwestor mający tytuł prawny do obiektu, a dopiero w drugiej kolejności właściciel lub działający w jego imieniu zarządca lub sprawujący trwały zarząd<sup>43</sup>. W pewnych sytuacjach nakaz rozbiórki może być skierowany do podmiotu, który jest inwestorem, lecz nie jest właścicielem nieruchomości, na której wzniesiono obiekt bu-

<sup>39</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 12 sierpnia 2010 r., sygn. IV SA/Po 270/10, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl). Na dzień 8 marca 2011 r. orzeczenie jest nieprawomocne.

<sup>40</sup> Wyrok WSA w Krakowie z 16 czerwca 2008 r., sygn. II SA/Kr 388/08, LEX nr 509864; podobnie wyrok WSA w Poznaniu z 29 kwietnia 2009 r., sygn. II SA/Po 1009/08, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>41</sup> Wyrok NSA z 6 marca 2008 r., sygn. II OSK 158/07, LEX nr 468723.

<sup>42</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 23 września 2009 r., sygn. IV SA/Po 225/09, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>43</sup> Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 555; także wyrok NSA z 27 marca 2007 r., sygn. II OSK 522/06, LEX nr 339391.

dowlany. Dopuszczalne jest to, gdy inwestor samowolnie wybudował obiekt budowlany bez zgody właściciela nieruchomości lub na nieruchomości o nieuregulowanym stanie prawnym<sup>44</sup>.

## WSZCĘCIE POSTĘPOWANIA W SPRAWACH WŁAŚCIWYCH ORGANOM NADZORU BUDOWLANEGO

Zgodnie z art. 61 § 1 k.p.a. postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu, a o tym, kto jest inicjatorem postępowania, decyduje rodzaj sprawy. Postępowanie administracyjne wszczyna się z urzędu z reguły wtedy, gdy chodzi o nałożenie na stronę pewnych obowiązków w interesie społecznym. Zgodnie z wyrokiem NSA: „W przypadku gdy przepis prawa materialnego nie normuje *expressis verbis* inicjatywy wszczęcia postępowania w danej kategorii spraw administracyjnych, należy przyjąć, że jeżeli przedmiotem postępowania administracyjnego jest określenie ciężących na jednostce obowiązków, ograniczenia lub cofnięcia uprawnień – wszczęcie postępowania następuje z urzędu”<sup>45</sup>. Stanowisko takie popierane jest przez doktrynę<sup>46</sup>. W zakresie spraw właściwych organom nadzoru budowlanego doktryna wskazuje także, że w przypadku gdy organ nadzoru budowlanego stwierdzi, iż obiekt budowlany jest w nieodpowiednim stanie technicznym albo jest użytkowany w sposób zagrażający życiu lub zdrowiu ludzi, środowisku lub bezpieczeństwu mienia, albo powoduje swym wyglądem oszpecenie otoczenia, jest zobowiązany wszcząć z urzędu postępowanie administracyjne, zawiadamiając o tym wszystkie strony postępowania<sup>47</sup>.

Postępowanie w sprawie legalności wybudowania obiektu budowlanego dotyczy określenia ewentualnych obowiązków jednostki, a obowiązki te są nakładane niezależnie od woli stron postępowania, gdyż muszą odpowiadać przepisom ustawy Prawo budowlane oraz wydanych na jego podstawie rozporządzeń. Nie ulega więc wątpliwości, że postępowanie w sprawie legalności wybudowania obiektu budowlanego może być wszczęte przez organ nadzoru budowlanego wyłącznie z urzędu, choć często bodźcem do wszczęcia postępowania są podania zainteresowanych osób.

Postępowanie błędnie wszczęte na wniosek powinno zostać umorzony na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a.<sup>48</sup> Zmiany postępowania prowadzonego na wniosek na postę-

<sup>44</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 15 grudnia 2010 r., sygn. IV SA/Po 971/10, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl). Nałożenie nakazu rozbiórki na obecną właścicielkę działki, niebędącą inwestorem, byłoby dla niej nieuzasadnionym obciążeniem, narażałoby ją na koszty i dolegliwą procedurę, stanowiłoby także nieuzasadnione zwolnienie inwestora, który działał w warunkach samowoli budowlanej, i to on powinien ponieść wszystkie niedogodności związane z wykonaniem rozbiórki (wyrok WSA w Warszawie z 5 października 2007 r., sygn. VII SA/Wa 1046/07, LEX nr 439889). Inwestor, który bez zgody właściciela nieruchomości dobudował do niej samowolnie wiatrołap, jest stroną, wobec której należy wydać nakaz rozbiórki, bez względu na to, że nie posiada on tytułu prawnego do dysponowania nieruchomością (wyrok WSA w Olsztynie z 21 października 2008 r., sygn. II SA/OI 583/08, LEX nr 460865).

<sup>45</sup> Wyrok NSA z 25 października 2006 r., sygn. II OSK 1257/05, LEX nr 289253.

<sup>46</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 298–300.

<sup>47</sup> J. Siegień, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 332–333.

<sup>48</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 9 grudnia 2008 r., sygn. II SA/Po 673/08.

powanie prowadzone z urzędu nie można dokonać w trybie zmiany zawiadomienia o wszczęciu postępowania administracyjnego. Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z 13 lutego 2007 r.<sup>49</sup>: „Stosownie do art. 61 § 1 i § 4 k.p.a. postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu i o wszczęciu postępowania należy zawiadomić wszystkie osoby będące stronami w sprawie. Niedopuszczalne jest mieszanie wskazanych dwóch trybów postępowania”.

Zgodnie z doktryną i orzecznictwem sądowym WSA w Poznaniu oddalił skargę na decyzję organu nadzoru budowlanego szczebla wojewódzkiego utrzymującą w mocy decyzję organu pierwszej instancji umarzającą postępowanie w sprawie samowoli budowlanej wszczęte z wniosku właścicielki nieruchomości sąsiedniej w stosunku do nieruchomości, na której dokonano samowolnej rozbudowy obiektu budowlanego<sup>50</sup>. Sąd wskazał, że postępowanie w sprawie samowoli budowlanej może być wszczęte tylko z urzędu, w jego wyniku może bowiem dojść do nałożenia na inwestora surowych sankcji. Prawidłowo więc organ nadzoru budowlanego umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie z wniosku sąsiadki i wszczął postępowanie z urzędu. Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 18 stycznia 2011 r. uchylił wyrok WSA w Poznaniu i przekazał sprawę WSA do ponownego rozpoznania, podważając dotychczasową wykładnię (wyrażaną także w wyrokach NSA). Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że zasada wszczęcia postępowania administracyjnego z urzędu, w sytuacji gdy przedmiotem postępowania jest określenie ciężących na jednostce obowiązków, ma zastosowanie tylko, gdy w postępowaniu administracyjnym występuje jedna strona – adresat obowiązku<sup>51</sup>. W postępowaniu budowlanym, w sytuacji gdy występuje mnoga liczba stron postępowania (właściciel, użytkownicy wieczysti lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania inwestycji), często o sprzecznych interesach, możliwe jest wszczęcie postępowania na wniosek jednej ze stron, w którym zostaną nałożone obowiązki na inną stronę postępowania (np. inwestora obiektu budowlanego czy właściciela obiektu).

## BUDOWA STACJI BAZOWEJ TELEFONII KOMÓRKOWEJ JAKO INWESTYCJA CELU PUBLICZNEGO

Orzecznictwo sądów administracyjnych zawiera także wskazania kwalifikacji robót budowlanych. Sądy niejednolicie traktują budowę stacji bazowej telefonii komórkowej. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku wskazał, że realizacja budowy stacji bazowej telefonii komórkowej przez podmiot komercyjny nie jest realizacją celu publicznego w znaczeniu art. 2 pkt 5 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>52</sup> oraz art. 6 pkt 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>53</sup>, a nie każda inwestycja wią-

<sup>49</sup> Sygn. IV SA/Wa 2406/06, LEX nr 325357.

<sup>50</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 4 listopada 2009 r., sygn. II SA/Po 157/09, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>51</sup> Wyrok NSA z 18 stycznia 2011 r., sygn. II OSK 77/10, [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

<sup>52</sup> Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, Dz.U. z 2003 r. nr 80, poz. 717 ze zm.

<sup>53</sup> Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 102, poz. 651 ze zm.



żąca się ze świadczeniem usług publicznych w dziedzinie łączności jest realizacją celu publicznego<sup>54</sup>, choć NSA uznał, że dla kwalifikowania inwestycji jako publicznej bez znaczenia pozostaje charakter prywatny inwestora, jeżeli inwestycja ma polegać na dostarczeniu elementów sieci lub świadczenia usług w zakresie łączności publicznej<sup>55</sup>. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych, cel publiczny to cel dotyczący ogółu ludzi, służący ogółowi, przeznaczony (dostępny) dla wszystkich<sup>56</sup>.

## PODSUMOWANIE

Z dniem 1 stycznia 2004 r. wprowadzono dwuinstancyjną kontrolę sądową orzeczeń organów nadzoru budowlanego. W pierwszej instancji właściwe do orzekania w sprawie skargi są wojewódzkie sądy administracyjne, natomiast NSA, w ramach nadzoru nad orzecznictwem działalnością sądów pierwszej instancji, rozpatruje skargi kasacyjne i zażalenia na orzeczenia tych sądów oraz podejmuje uchwały wyjaśniające zagadnienia prawne budzące poważne wątpliwości orzecznicze. Taki model orzekania w sprawach właściwych organom nadzoru budowlanego daje możliwość uzyskania jednolitości orzecznictwa, gdyż tylko jeden sąd drugiej instancji weryfikuje orzeczenia wojewódzkich sądów administracyjnych. Niejednolitość orzecznictwa w zakresie spraw będących w kompetencji organów nadzoru budowlanego ma szczególne znaczenie dla funkcjonowania organów nadzoru budowlanego drugiej instancji w związku z zasadą ograniczonej odpowiedzialności za koszty postępowania sądowoadministracyjnego. W postępowaniu przed sądem administracyjnym pierwszej instancji obowiązuje bowiem zasada odpowiedzialności organu za wynik postępowania. Zgodnie z art. 200 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi skarżącemu przysługuje od organu nadzoru budowlanego drugiej instancji, który wydał zaskarżony akt albo dopuścił się beczynności (organ I lub drugiej instancji), zwrot kosztów<sup>57</sup> w razie uwzględnienia skargi przez sąd pierwszej instancji oraz w przypadku umorzenia postępowania, gdy organ, którego działania lub beczynność zaskarżono, uwzględnił skargę w całości do dnia rozpoczęcia rozprawy. W związku z treścią tego przepisu, w przypadku oddalenia lub odrzucenia skargi oraz umorzenia postępowania na skutek cofnięcia skargi organowi nadzoru budowlanego nie przysługuje zwrot kosztów postępowania od strony przeciwnej<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z 22 listopada 2006 r., sygn. II SA/Gd 408/05, LEX nr 235253.

<sup>55</sup> Wyrok z 10 maja 2006 r., sygn. II OSK 811/05, LEX nr 236467; podobnie wyrok WSA w Szczecinie z 9 lutego 2006 r., sygn. II SA/Sz 1189/2004.

<sup>56</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 7 marca 2007 r., sygn. V SA/Wa 2037/06, LEX nr 319149.

<sup>57</sup> Zwrot kosztów dotyczy kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw i obejmuje koszty sądowe (koszty ponoszone przez stronę na rzecz sądu – wpis, opłata kancelaryjna, zwrot wydatków), opłatę sądową od złożonego dokumentu pełnomocnictwa, koszty przejazdów do sądu strony lub pełnomocnika, równowartość zarobku utraconego wskutek stawiennictwa w sądzie, wynagrodzenie adwokata lub radcy prawnego, ale nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach, wydatki jednego adwokata lub radcy prawnego, koszty nakazane przez sąd osobistego stawiennictwa strony, gdy ta działa przez adwokata lub radcę prawnego.

<sup>58</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2004, s. 409.

## Summary

*Małgorzata Janiszewska-Michalska*

### DISCREPANCIES IN THE JURISPRUDENCE OF ADMINISTRATIVE COURTS IN MATTERS OF APPROPRIATE CONSTRUCTION SUPERVISORS

The supervisory authorities should monitor compliance with the creation and application of construction regulations. The construction supervision activity of the administrative courts are subject to review with regard to their compliance with the law. The article presents the differences in the jurisprudence of administrative courts in matters of appropriate construction supervisors. Discrepancies relate to such things as the interpretation of article 51 paragraph 1, point 2 of construction law, the penalty for illegal use of a building the mode of initiation of the administrative proceedings conducted by the construction supervisors and the construction of telecommunications facilities.

KEY WORDS: administrative law, construction law, illegal construction, the case law of administrative courts

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo administracyjne, prawo budowlane, samowola budowlana, orzecznictwo sądów administracyjnych

## INSTRUMENTY PRZECIWDZIAŁAJĄCE ZJAWISKU UNIKANIA OPODATKOWANIA – WYBRANE ZAGADNIENIA

I. W ramach wewnątrz krajowych ustawodawstw dość często występuje zjawisko unikania opodatkowania przez podmioty gospodarcze, jak również przez osoby fizyczne. Przepisy podatkowe poszczególnych państw posiadają regulacje podatkowo-prawne, które pozwalają im na przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania, a często i minimalizowanie skutków szkodliwej polityki podatkowej prowadzonej przez podmioty podatkowe. Trzeba pamiętać, że unikanie opodatkowania może być zjawiskiem bezprawnym, jak również może ono mieścić się w granicach przepisów prawa danego państwa. Najczęściej zdarza się, że podatnicy, kształtując swoją politykę optymalizacji opodatkowania, dzięki instrumentom unikania opodatkowania niewłaściwie je wykorzystują, co w konsekwencji powoduje, że działania te są nielegalne i podlegają sankcjom ze strony organów podatkowych.

W dobie światowej globalizacji tendencją jest, że podmioty gospodarcze działające w wielu państwach tworzą struktury holdingowe. Jednym z zasadniczych powodów takich działań są aspekty podatkowe. Akcjonariusze spółek wchodzących w skład holdingu zainteresowani są oszczędnościami podatkowymi, niezależnie czy będzie to się odbywało w ramach jednej ze spółek, czy całego holdingu. Dlatego coraz większe znaczenie ma planowanie podatkowe, które – w skali międzynarodowej – polega na takim kształtowaniu struktur i form prawnych działalności w poszczególnych państwach, które pozwala na wykazywanie dochodów do opodatkowania w państwach o niskiej stopie opodatkowania.

W doktrynie zjawisko minimalizowania opodatkowania przez podmioty gospodarcze bądź przez osoby fizyczne określane jest jako opór podatkowy, który występuje w dwóch podstawowych formach<sup>1</sup>:

1) uchylenie się od opodatkowania, opierające się na działaniach zakazanych przez prawo podatkowe, a skutkujące minimalizacją opodatkowania lub całkowitą jego eliminacją; przy czym każde zjawisko unikania opodatkowania jest działaniem niezgodnym z prawem podatkowym;

2) unikanie opodatkowania poprzez redukcję obciążeń podatkowych za pośrednictwem metod i instrumentów przewidzianych prawem podatkowym, skierowanych na wykorzystanie tych możliwości, które w ramach i granicach zmniejszają poziom obciążeń podatkowych.

Trudno uznać to za regułę, ale najczęściej z legalnej formy oporu podatkowego, jaką jest unikanie opodatkowania, korzystają duże holdingi. Natomiast uchylenie się od opodatkowania – jako nielegalna forma minimalizowania opodatkowania – stwarza dla

---

<sup>1</sup> A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2004, s. 250 i n.

członków zarządu spółek tworzących holding poważne zagrożenie, jakim jest ryzyko odpowiedzialności karnoskarbowej.

Zasadą stało się legalne działanie powodujące minimalizowanie obciążeń podatkowych, integralnie połączone z planowaniem podatkowym. Na gruncie międzynarodowym sprowadza się to głównie do dostosowania odpowiedniej struktury i formy prawnej działalności w poszczególnych państwach, jak również transferów kapitału i dóbr pomiędzy tymi państwami, aby dochód uzyskany przez dane przedsiębiorstwo ponadnarodowe opodatkowany był stosunkowo najniższą stawką bądź w ogóle nie podlegał opodatkowaniu<sup>2</sup>.

Konkluzją z tego wynika następująca: międzynarodowe holdingi, chcąc zminimalizować opodatkowanie bądź nawet całkowicie go uniknąć, tworzą taki schemat polityki podatkowej, że całość (bądź większość) dochodów zostanie przerzucona do spółki, która jest podatnikiem w państwie, gdzie jest najniższa stawka podatkowa. Takie praktyki powodują, że pomiędzy państwami dochodzi do praktyk konkurencyjnych na płaszczyźnie podatkowej. Przejawia się to w dwóch aspektach:

- proponowanie systemu ulg i zwolnień określanego jako szkodliwa konkurencja podatkowa;
- ogólna polityka podatkowa ukierunkowana na atrakcyjniejsze kształtowanie ogólnych zasad opodatkowania i skali podatkowej<sup>3</sup>.

Państwa próbują podejmować działania, które uniemożliwiłyby holdingom międzynarodowym minimalizowanie opodatkowania poprzez regulacje międzynarodowego prawa podatkowego. Ponadto wprowadzają regulacje wewnętrzne, mające na celu przeciwdziałanie transferowi dochodów i kapitałów, który jest niekorzystnym zjawiskiem dla budżetów wewnątrz krajowych. Oczywiście jest, że takie działania ustawodawców bardzo często spotykają się ze sprzeciwem holdingów, ich cele bowiem się rozmiągają. W takich sytuacjach kluczową rolę odgrywają regulacje przeciwdziałające transferowi dochodów i kapitałów. Przeciwdziałanie państw unikaniu opodatkowania przez podatników dokonuje się poprzez wprowadzenie przepisów mających na celu uniemożliwienie minimalizacji opodatkowania w wybrany sposób, co skutkuje niemożnością uznania danego działania podatnika za legalne unikanie opodatkowania<sup>4</sup>.

Tak więc międzynarodowe holdingi, które planują minimalizację opodatkowania w zakresie transgranicznym, muszą zdawać sobie sprawę, że istnieją regulacje podatkowe, które służą zapobieganiu unikaniu opodatkowania i szkodliwej konkurencji podatkowej.

Warto więc przeanalizować regulacje, które służą do zapobiegania unikaniu opodatkowania oraz minimalizują konsekwencje szkodliwej konkurencji podatkowej. Jest to potrzebne podatnikom (holdingom), którzy kształtują swoje struktury organizacyjne w ten sposób, że umożliwiają minimalizację ryzyka podatkowego bez naruszenia norm prawnych.

<sup>2</sup> M. Rudnicki, Ł. Blak, *Wewnątrz krajowe środki walki z unikaniem opodatkowania – zarys problemu*, M. Pod. 2007, nr 8, s. 21.

<sup>3</sup> L. Oręziak, *Finanse Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, s. 232–233.

<sup>4</sup> M. Rudnicki, Ł. Blak, *Wewnątrz krajowe*, s. 22; H. Hamaekers, *Taxation Trends in Europe*, „Asia-Pacific Tax Bulletin” 2003, nr 2, s. 310.

II. Chcąc dokonać całościowej analizy przepisów zapobiegających unikaniu opodatkowania, regulacje te trzeba podzielić na dwie kategorie:

1) klauzule ogólne oraz

2) przepisy szczególne przeciwdziałające unikaniu podwójnemu opodatkowania, związane z konkretnymi stanami faktycznymi.

Podstawową **klauzulą ogólną** jest klauzula ogólna unikania podwójnego opodatkowania (ang. *General anti-avoidance rule – GAAR*). Klauzule te występują w różnych państwach i funkcjonują na podobnych zasadach. Różnice polegają na różnym nazewnictwie<sup>5</sup> oraz na tym, że ich wykorzystanie opiera się na różnych przesłankach (stanach faktycznych). Dla klauzul ogólnych bardzo ważną rolę odgrywa orzecznictwo sądowe. Jego zadanie polega na kreowaniu klauzul ogólnych, które nie są wprowadzane przez ustawodawstwo niektórych państw<sup>6</sup>. Rola orzecznictwa sprowadza się również do tego, że istniejące klauzule ogólne są przez orzecznictwo modyfikowane.

Zdecydowana większość państw opiera swoje klauzule ogólne na dwóch stanach faktycznych:

1) zdarzenie, w ramach którego doszło w rzeczywistości do dokonania czynności prawnej, lecz z dokonania tej czynności nie można było oczekiwać innych istotnych korzyści niż wynikające z celu, jakim jest obniżenie opodatkowania; w polskich realiach klauzula ta aktualnie nie występuje, ponieważ orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego uznało jej niekonstytucyjność<sup>7</sup>;

2) zdarzenie, kiedy rzeczywista treść czynności prawnej odbiega od literalnego brzmienia oświadczenia woli bądź kiedy pod pozorem zawarcia jednej czynności prawnej doszło *de facto* do zawarcia innej czynności prawnej; klauzula ta została wprowadzona do polskiego ustawodawstwa podatkowego<sup>8</sup>; przepis stanowi, że organ podatkowy, dokonując ustalenia treści czynności prawnej, uwzględnia zgodny zamiar stron i cel czynności, a nie tylko dosłowne brzmienie oświadczeń woli złożonych przez strony czynności. W sytuacji gdy pod pozorem dokonania czynności prawnej dokonano innej czynności prawnej, skutki podatkowe wywodzi się z tej ukrytej czynności prawnej. Natomiast w przypadku gdy z dowodów zgromadzonych w toku postępowania, w szczególności zeznań strony, chyba że strona odmawia składania zeznań, wynikają wątpliwości co do istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, z którym związane są skutki podatkowe, organ podatkowy występuje do sądu powszechnego o ustalenie istnienia lub nieistnienia tego stosunku prawnego lub prawa.

Widać, że pomiędzy tymi dwiema klauzulami istnieją dość wyraźne różnice. Pierwsza z klauzul skutkuje tym, że organy podatkowe mogą pominąć skutki dokonanych przez

<sup>5</sup> W państwach systemu *common law*, np. Kanada, USA, Wielka Brytania – *substance over form*; w państwach systemu kontynentalnego – *anti-abuseclause*; za: M. Rudnicki, Ł. Blak, *Wewnątrz krajowe*, s. 22.

<sup>6</sup> Szerzej: B. Brzeziński, *Anglosaskie doktryny orzecznicze dotyczące unikania opodatkowania*, Toruń 1996; G. Kujawski, *General and Specific Anti-Avoidance Provisions in Polish Tax Law*, „European Taxation” 2006, nr 4, s. 162–164.

<sup>7</sup> Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2004 r. (sygn. akt K 4/03) uznało niekonstytucyjność art. 24b § 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 86, poz. 732 z późn. zm.), zwana dalej OpU, który to artykuł był przepisem wprowadzającym klauzulę obejścia prawa w tym kształcie.

<sup>8</sup> Klauzula ta została wprowadzona do polskiego ustawodawstwa podatkowego art. 199a § 1, § 2 i § 3 OpU; za: M. Rudnicki, Ł. Blak, *Wewnątrz krajowe*, s. 22.

strony czynności prawnych, jeżeli do osiągnięcia zamierzonego celu gospodarczego odpowiednia była również inna czynność prawna lub czynności prawne. W przypadku takiego zdarzenia można wyciągać wnioski z tej innej czynności prawnej lub czynności prawnych. Wynika z tego, że organy podatkowe nie negują więc realnej treści czynności prawnej, lecz mimo respektowania jej istnienia wywodzą skutki podatkowe, przyjmując fikcję prawną zawarcia innej czynności, o wyższym poziomie opodatkowania.

Druga klauzula związana jest tylko z ustaleniem treści czynności prawnej oraz pozornych czynności prawnych, tj. ustaleniem stanu faktycznego danej sprawy na podstawie oświadczeń woli składanych przez strony oraz okoliczności danej transakcji<sup>9</sup>.

Regulacje prawnopodatkowe w państwach „starej” Unii Europejskiej pozwalają na stwierdzenie, że w tych państwach klauzule ogólne odnoszą się do znacznie szerszego zakresu przedmiotowego niż w państwach Europy Środkowo-Wschodniej (dotyczy to również Polski), gdzie jest niewielka liczba klauzul ogólnych wpływających na operacje związane z unikaniem opodatkowania.

**III. W państwach Unii Europejskiej oprócz klauzul ogólnych występują również szczególne regulacje przeciwdziałające unikaniu opodatkowania.** Od klauzul ogólnych odróżnia je to, że konkretnie określają stany faktyczne będące przedmiotem regulacji oraz skutki związane z zaistnieniem przesłanek. Konsekwencją tego jest, że często są one nieskuteczne i nieefektywne, z jednej strony bowiem stanowią odpowiedź na zaistniałe już unikanie opodatkowania, z drugiej zaś ze względu na w miarę ściśle określony zakres regulacji w większości przypadków możliwe jest uniknięcie rygorów wynikających ze wskazanych przepisów<sup>10</sup>.

W ramach państw Unii Europejskiej występują dwa podstawowe instrumenty prawnopodatkowe będące klauzulami zapobiegającymi unikaniu opodatkowania:

- 1) regulacje dotyczące niedostatecznej kapitalizacji (ang. *thin capitalization rules*);
- 2) regulacje związane z cenami transferowymi (ang. *transfer pricing*).

**IV. Zjawisko niedostatecznej kapitalizacji** (ang. *thin capitalization*) związane jest z procesem wyboru metody finansowania spółek kapitałowych przez udziałowców (akcjonariuszy) lub podmioty powiązane – bezpośrednio bądź pośrednio – z udziałowcami (akcjonariuszami)<sup>11</sup>.

Znane są dwie podstawowe metody finansowania spółek kapitałowych:

- 1) definitywna metoda finansowania;
- 2) zwrotna metoda finansowania.

Metoda **definitywna** związana jest z finansowaniem spółek kapitałowych ze środków własnych<sup>12</sup>. Może również nastąpić finansowanie spółki kapitałowej ze środków wspólników. Wybór środków przy finansowaniu uzależniony jest więc od podmiotu. Źródłem kapitału może być zysk wydzielony spółki, tj. część zysku przeznaczona do podziału pomiędzy uprawnionych, lecz niewypłacona na podstawie uchwały zgroma-

<sup>9</sup> Tamże, s. 22–23.

<sup>10</sup> M. Kalinowski, M. Pakulska, *Perspektywy funkcjonowania w polskim prawie podatkowym klauzul generalnych służących zwalczaniu unikania opodatkowania*, M. Pod. 2005, nr 5, s. 20–21.

<sup>11</sup> A. Wells, *Current Developments with Thin Capitalization*, „The Tax Journal” 1993, nr 33, s. 9.

<sup>12</sup> B. Brzeziński, R. Hayder, *Niedostateczna kapitalizacja spółek kapitałowych*, M. Pod. 1997, nr 2, s. 34.



dzenia wspólników (walnego zgromadzenia akcjonariuszy) o podwyższeniu kapitału zakładowego. W przypadku zaś finansowania ze środków spółki powiększenie kapitału zakładowego następuje z zysku zatrzymanego w spółce<sup>13</sup>.

Metoda **zwrotna** polega na udostępnieniu spółce kapitału w formie pożyczki, kredytu lub obligacji – w następstwie czego powstają między podmiotami finansującymi spółkę, tj. między udziałowcem (akcjonariuszem) a finansowaną spółką, relacje wierzyciel–dłużnik. W takiej sytuacji podmiot finansujący występuje wobec spółki w podwójnej roli: wierzyciela i udziałowca (akcjonariusza).

Wybór metody w ramach niedostatecznej kapitalizacji wynika z potrzeby optymalizacji opodatkowania dla spółek kapitałowych. Trzeba uznać, że w dużej mierze metoda zwrotna jest o wiele atrakcyjniejsza dla udziałowców (akcjonariuszy), którzy korzystają z tej formy finansowania. Korzyść można zauważyć szczególnie w kontekście porównania z metodą definitywną.

Przepisy regulujące opodatkowanie dochodów z tytułu odsetek wypłacanych na rzecz udziałowców (akcjonariuszy), którzy wybrali zwrotną metodę finansowania, umożliwiają zaliczanie wydatku z tego tytułu do kategorii kosztów uzyskania przychodu po stronie spółki. Konsekwencją tego jest zmniejszenie dochodu spółki do opodatkowania, rozumianego jako dodatnia różnica przychodu nad kosztami jego uzyskania<sup>14</sup>.

Częste wykorzystywanie zwrotnej metody finansowania spółki kapitałowej przemawia za tym, że aspekty podatkowe są jednym z podstawowych motywów przyświecających wyborowi tej metody. Efektem tego jest, że rozwiązanie to spotyka się ze zdecydowanymi działaniami ze strony organów skarbowych, jak również samego ustawodawcy. Tak zdecydowana reakcja wynika z podstawowych funkcji podatku, jako daniny publicznej mającej za zadanie w pierwszej kolejności pokrycie zapotrzebowania państwa na dochód publiczny, w drugiej zaś wywarcie określonego wpływu na gospodarcze zachowanie się podmiotów opodatkowanych (tzw. pozafiskalne funkcje podatków)<sup>15</sup>.

Można więc zgodzić się ze stwierdzeniem, że w tym kontekście niedostateczna kapitalizacja postrzegana jest jako przypadek unikania opodatkowania, który może być zakwalifikowany jako wybór drogi najmniej opodatkowanej<sup>16</sup>.

Zagadnienia podatkowe dotyczące niedostatecznej kapitalizacji zostały wprowadzone do przepisów polskiego prawa podatkowego na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>17</sup>. Celem tych regulacji jest zapobieżenie tzw. zwrotnemu finansowaniu spółki (metoda zwrotna) przez znaczących udziałowców (akcjonariuszy)<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> H. Litwińczuk, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, Warszawa 2003, s. 206–208.

<sup>14</sup> T. Lipowski, *Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania*, Sopot 1999, s. 16.

<sup>15</sup> A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Poznań 1996, s. 116–120; N. Gajl, *Teorie podatkowe w świecie*, Warszawa 1992, s. 124–129.

<sup>16</sup> M. Kalinowski, *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, Toruń 2001, s. 12–23; H. Litwińczuk, *Obejście prawa podatkowego w świetle doświadczeń międzynarodowych*, Prz. Pod. 1999, nr 9, s. 5; P. Karwat, *Obejście prawa podatkowego*, Prz. Pod. 2003, nr 2, s. 49–52.

<sup>17</sup> Art. 16 ust. 1 pkt 60 i 61 oraz art. 16 ust. 6–7b ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2000 r. nr 54, poz. 654 z późn. zm.), zwana dalej PDOPrU.

<sup>18</sup> Wyrok NSA z 6 października 2005 r. (FSK 2126/2004), publ. w: J. Mika, *Cienka kapitalizacja*, M. Pod. 2008, nr 6, s. 13.

Regulacje podatkowe odnoszą się do dokapitalizowania spółki przez jej udziałowców (akcjonariuszy) w formie zwrotnej, a więc w postaci długoterminowych lub krótkoterminowych pożyczek, a nie w postaci wkładu własnego, tj. wkładów na pokrycie kapitału zakładowego lub dopłat dokonywanych zgodnie z przepisami k.s.h.<sup>19</sup> Sprowadza się to do sytuacji, w której spółka kapitałowa korzysta w swojej działalności z finansowania dłuższego, ograniczając wielkość kapitału zakładowego (akcyjnego) do ustawowego minimum. Dlatego często używa się określenia, że wielkość kapitału zakładowego (akcyjnego) jest niedostateczna w porównaniu z wielkością zadłużenia spółki wobec udziałowców (akcjonariuszy)<sup>20</sup>.

Przepisy PDOPrU<sup>21</sup> stanowią, że zjawisko niedostatecznej kapitalizacji występuje wówczas, gdy pożyczka jest udzielona przez udziałowca (akcjonariusza) posiadającego w kapitale drugiej spółki nie mniej niż 25% udziałów (akcji) – lub jeżeli pożyczki udzielone są przez udziałowców (akcjonariuszy) łącznie posiadających nie mniej niż 25% udziałów drugiej spółki.

Ponadto przepisy PDOPrU<sup>22</sup> stanowią, że pożyczka udzielona jest przez spółkę innej spółce, jeżeli w obu tych podmiotach ten sam udziałowiec (akcjonariusz) posiada nie mniej niż po 25% udziałów (akcji).

Wykładnia powyższych przepisów nie budzi większych zastrzeżeń zarówno doktryny, jak i samych organów podatkowych. Co ważniejsze, interpretacje tych przepisów utrwaliły racjonalną wykładnię przepisów w zakresie uznawania podmiotów (udziałowców lub akcjonariuszy) za udziałowców (akcjonariuszy) bezpośrednich.

V. Natomiast przepisy o **cenach transferowych** są kluczowymi regulacjami dotyczącymi kwestii związanych z unikaniem opodatkowania. Odnoszą się one do podmiotów (spółek kapitałowych), które są pomiędzy sobą powiązane kapitałowo. Problematyka cen transferowych uregulowana jest w przepisach ustaw o podatkach dochodowych<sup>23</sup>.

Co do zasady przepisy dotyczące cen transferowych opierają się na wytycznych OECD w sprawie wyceny transferu dla przedsiębiorstw wielonarodowych oraz administracji podatkowych. W związku z tym przepisy te są bardzo podobne w większości państw OECD, różnice pomiędzy nimi są zaś nieznaczące.

Organy kontroli skarbowej mogą dokonywać szacowania cen transferowych według zasad ceny rynkowej za pomocą metod wymienionych w ustawach o podatkach dochodowych, które zawierają delegację ustawową do wydawania w drodze rozporządzenia przepisów dotyczących sposobu i trybu określania dochodów w drodze oszacowania według tych metod. Obydwie ustawy przewidują takie same regulacje w zakresie cen transferowych i szczególnej dokumentacji podatkowej. Tymi metodami są:

- 1) metoda porównywalnej ceny niekontrolowanej;
- 2) metoda ceny odprzedaży;

<sup>19</sup> Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.), dalej: k.s.h.

<sup>20</sup> R. Ciołek, *Niedostateczna kapitalizacja*, Prz. Pod. 1999, nr 3, s. 10–12.

<sup>21</sup> Art. 16 ust. 1 pkt 60 PDOPrU.

<sup>22</sup> Art. 16 ust. 1 pkt 61 PDOPrU.

<sup>23</sup> Art. 9a i 11 PDOPrU oraz art. 25 i 25a ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. nr 14, poz. 176 z późn. zm., zwana dalej PODOFU).

- 3) metoda rozsądnej marży (koszt plus);
- 4) metoda podziału zysku;
- 5) metoda marży transakcji netto.

Wszystkie metody szacowania dochodów są równe (nie ma żadnej ścisłej kolejności i żadna nie jest uważana za lepszą od innych), ale wybrana powinna zostać taka metoda, która w konkretnej sytuacji (biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności i fakty) da najbardziej wiarygodny sposób do określenia rezultatu zgodnego z zasadą *arm's length*.

Przy dokonywaniu wyboru konkretnej metody muszą zostać wzięte pod uwagę dwa czynniki:

- a) stopień podobieństwa pomiędzy transakcjami kontrolowanymi a porównywalnymi transakcjami niekontrolowanymi (porównywalność);
- b) jakość posiadanych danych oraz przyjętych założeń.

Konieczność wprowadzenia przepisów o cenach transferowych wynika z potrzeby przeciwdziałania kształtowaniu cen transakcyjnych odnoszących się do dóbr, usług oraz wartości niematerialnych i prawnych według cen transferowych stosowanych przez podmioty powiązane, które nie odpowiadają wartości rynkowej. Umożliwia to ukształtowanie przychodów i kosztów spółek działających w różnych państwach, by dochód został wykazany i jednocześnie opodatkowany w państwie, gdzie obowiązują niskie stawki podatku, przy jednoczesnej minimalizacji obciążenia podatkowego w państwach o wysokich podatkach<sup>24</sup>. Przepisy regulujące problematykę cen transferowych ograniczają swobodę kształtowania cen oraz innych ważnych warunków w transakcjach pomiędzy podmiotami powiązanimi. Skłaniają one do tego, by były kształtowane warunki transakcji na zasadzie długości ramienia (ang. *arm's length principle*). W myśl tej zasady ceny ustalane w transakcjach między podmiotami powinny – na potrzeby spraw podatkowych – opierać się na cenach, jakie ustaliłyby między sobą podmioty niepowiązane w transakcjach tego samego rodzaju na warunkach tego samego rodzaju na otwartym rynku<sup>25</sup>.

Regułą jest, że przepisy związane z cenami transferowymi odnoszą się do wszystkich transakcji zachodzących pomiędzy podmiotami powiązanimi. Trzeba również zauważyć, że niektóre państwa posiadają regulacje dotyczące cen transferowych, którym podlegają transakcje z kontrahentami w państwach o niskiej stawce podatkowej, bez względu na fakt udokumentowania jakichkolwiek powiązań (np. Belgia i Francja). Jednocześnie inne państwa posiadają obligatoryjny warunek audytu jednej ze stron transakcji nad drugą, tj. definicja węższa niż powiązanie (np. Luksemburg, USA, Szwajcaria).

Przepisy o cenach transferowych mogą odnosić się nie tylko do transakcji pomiędzy podmiotami posiadającymi samodzielną osobowość prawną, ale również do transakcji pomiędzy różnymi jednostkami organizacyjnymi jednego podmiotu (pomiędzy spółką i jej zakładem bądź pomiędzy zakładami tej samej spółki)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> M. Rudnicki, Ł. Blak, *Wewnątrz krajowe*, s. 22–23; H. Hamakers, K. Holmes, J. Gluchowski, T. Kardach, W. Nykiel, *Wprowadzenie do międzynarodowego prawa podatkowego*, Warszawa 2006, s. 290–291.

<sup>25</sup> H. Hamakers, K. Holmes, J. Gluchowski, T. Kardach, W. Nykiel, *Wprowadzenie*, s. 180–181.

<sup>26</sup> Art. 11 ust. 8a PDOPrU oraz art. 25 ust. 6a PDOfU; *IBFD International Tax Glossary*, Amsterdam 2005, s. 421–422; M. Rudnicki, Ł. Blak, *Wewnątrz krajowe*, s. 24.

VI. Powyższa analiza dotyczy tylko najważniejszych instrumentów prawnopodatkowych, które mają zapobiec unikaniu opodatkowania. Natomiast nie zostały omówione inne regulacje, które są traktowane jako środki walki z unikaniem opodatkowania, np. przepisy dotyczące kontrolowanej spółki zagranicznej (ang. *Controlled Foreign Company* – *CFC rules*) czy przepisy dotyczące rezydencji.

Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że regulacje odnoszące się do przeciwdziałania unikaniu opodatkowania różnią się na gruncie ustawodawstw państw UE. Różnice polegają czasami na zasadniczych kwestiach, a niekiedy odnoszą się do różnic w definiowaniu kluczowych terminów. Dlatego warto, aby holdingi działające w ramach całej Unii Europejskiej zwracały uwagę, którego państwa przepisy o unikaniu opodatkowania wykorzystują.

## Summary

*Dominik Gajewski*

INSTRUMENTS PREVENTING THE PHENOMENON  
OF TAX AVOIDANCE – CHOSEN ISSUES

The present paper is concerned with the issue of tax avoidance. The dishonest practices of tax avoidance or tax evasion are adopted by Holdings. The member countries of the European Union create instruments preventing tax avoidance in an attempt to discard this detrimental phenomenon. Such instruments are referred to as clauses. This article elaborates on the most significant clauses preventing tax avoidance, including regulations concerning thin capitalisation and regulations related to transfer pricing. The issue under discussion is presented in the context of the Polish Corporate Income Tax.

KEY WORDS: General anti-avoidance rule, holding, thin capitalization, rules, transfer pricing

POJĘCIA KLUCZOWE: klauzulą ogólna unikania podwójnego opodatkowania, holding, cienka kapitalizacja, ceny transferowe

## OPODATKOWANIE DOCHODÓW ZE ZBYCIA OBLIGACJI I WIERZYTELNOŚCI WEKSLOWYCH

### 1. ZBYCIE OBLIGACJI

Z dniem 1 marca 2002 r. podlegają 20-procentowemu podatkowi ryczałtowemu wszelkie odsetki lub dyskonta od obligacji nabytych po 30 listopada 2001 r., niezależnie od ich emitenta. W tym przypadku podatek jest pobierany bez pomniejszania przychodu o koszty uzyskania<sup>1</sup>. Podstawą opodatkowania zatem jest pełna kwota odsetek lub dyskonta uzyskana przez inwestora za okres od 1 marca 2002 r. do dnia wykupu obligacji.

Przy analizie opodatkowania obligacji może pojawić się zagadnienie sporne, a to w sytuacji, gdy podatnik nabędzie obligację wyemitowaną po 30 listopada 2001 r. nie w pierwszym dniu oferty, lecz w ramach obrotu giełdowego (kupując obligacje, podatnik zapłaci cenę obejmującą w części wartość naliczonych odsetek). Może bowiem okazać się, że inwestor zapłaci podatek znacznie przewyższający zrealizowany przez niego zysk. Płatnik potrąci bowiem 20-procentowy podatek od pełnej kwoty wypłaconych przy wykupie obligacji odsetek (bez potrącenia kosztu nabycia kuponu odsetkowego).

Warto również zwrócić tutaj uwagę na kwestię dotyczącą ominięcia wyżej przedstawionej sytuacji, jeśli zaś okaże się ono możliwe – to wówczas na jakich zasadach. Sytuacja, w której przychód byłby mniejszy od potrąconego podatku, nie będzie miała miejsca, jeżeli podatnik nabędzie obligacje w pierwszych dniach oferty, a odłoży realizację zysku do momentu ich wykupu. Nie poniosą straty również ci z inwestorów, którzy nabędą obligacje w obrocie giełdowym krótko po emisji lub też bezpośrednio po kolejnej wypłacie odsetek.

Z zawartego w art. 52 ust. 1 lit. a ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2010 r. nr 51, poz. 307 ze zm. – zwana dalej „ustawą z 26 lipca 1991 r.”) zwolnienia przedmiotowego wynika możliwość dokonywania spekulacji polegających na odsprzedawaniu obligacji skarbowych tuż przed ich wykupem w celu uniknięcia opodatkowania. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem w okresie od 1 stycznia 2001 r. do 31 grudnia 2003 r. zwolnione są od podatku dochody z odpłatnego zbycia nabytych przed 1 stycznia 2003 r. obligacji Skarbu Państwa wyemitowanych po 1 stycznia 1989 r. oraz obligacji wyemitowanych przez jednostki samorządu terytorialnego po 1 stycznia 1997 r.

W polskim prawie podatkowym brak jest bezpośrednich regulacji dotyczących opodatkowania dochodów z tytułu zbycia obligacji, w przypadku gdy zostały one nabyte na rynku wtórnym. Jedynym przepisem, który określa zasady opodatkowania zbycia obligacji, jest art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od

---

<sup>1</sup> A. Paczuski, A. Taudul, J. Żak, *Opodatkowanie dochodów kapitałowych w 2002 roku*, „Przeгляд Podatkowy” 2001, nr 12, s. 5 i n.

osób prawnych (Dz.U. z 2011 r. nr 74, poz. 397 ze zm. – zwana dalej „ustawą z 15 lutego 1992 r.”). Stanowi on, że dochodem ze zbycia obligacji jest różnica między przychodem otrzymanym a wydatkami poniesionymi na nabycie obligacji. Brak jest również bezpośrednich regulacji dotyczących opodatkowania dochodu z odsetek uzyskanych z obligacji, w przypadku gdy cena nabycia obejmuje także kwotę odsetek naliczonych do dnia zakupu. Nie jest także uregulowana kwestia opodatkowania zbycia samego kuponu odsetkowego<sup>2</sup>.

Istotne znaczenie w rozstrzygnięciu powyższej kwestii można przypisać pismu Ministerstwa Finansów z 28 października 1998 r.<sup>3</sup>, w którym zawarto następujące wyjaśnienia:

- „(...) za wydatki poniesione na nabycie papierów wartościowych należy uznać m.in. wydatki na pokrycie wartości nominalnej obligacji określonej przez emitenta oraz wartości naliczonych do tego dnia odsetek zawartych w cenie sprzedaży, tj. kwotę stanowiącą wartość naliczonych do tego czasu odsetek, jaką otrzyma właściciel obligacji w momencie wykupu długu obligacyjnego przez emitenta plus odsetki naliczone do dnia zakupu obligacji”;
- „(...) wydatki w pełnej wysokości, poniesione przez bank na nabycie obligacji Skarbu Państwa bezpośrednio od emitenta na przetargach lub na rynku wtórnym, które pokrywają wartość nominalną papierów wartościowych oraz odsetki nie są kosztem uzyskania przychodu w dacie poniesienia; w dacie zbycia omawianych papierów wartościowych wydatkami poniesionymi na ich nabycie, które stanowią koszt uzyskania przychodów przy ustalaniu dochodu z ich zbycia, jest wartość uprzednio poniesionych wydatków na ich nabycie”;
- „(...) do omawianych odsetek nie mogą mieć zastosowania obowiązujące inne zasady opodatkowania zawarte w art. 12 ust. 4 pkt 1 i 2 i art. 16 ust. 10 lit. ai pkt 11 ustawy z 15 lutego 1992 r. dotyczące tylko odsetek, w tym odsetek od pożyczek i kredytów”.

Wprawdzie powyższa opinia Ministerstwa Finansów przyczynia się do wyjaśnienia kwestii dotyczącej opodatkowania dochodów uzyskanych z tytułu zbycia obligacji przed terminem wykupu, to jednak pozostaje do rozwiązania – w drodze wykładni organów skarbowych – zagadnienie odnoszące się do opodatkowania zbycia kuponu odsetkowego oraz opodatkowania odsetek wypłaconych przed terminem wykupu, w przypadku gdy obligacja została nabyta na rynku wtórnym.

Należy podkreślić, że w przypadku obligacji Skarbu Państwa notowanych na WGPW w cenie za obligacje wyodrębniona jest wartość odsetek naliczonych od dnia zakupu. Można zatem przyjąć, że cena za obligację po odjęciu odsetek stanowi cenę za nominalną (*face value*) obligacji.

Istotne jest, że naliczone odsetki nabyte razem z obligacją stanowią zbywalne prawa majątkowe wynikające z obligacji. Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi uznała wszystkie prawa wynikające z papierów wartościowych – w rozumieniu tej ustawy – za papiery wartościowe. Nie oznacza to jednak, że kupon odsetkowy może być uznany za

<sup>2</sup> Por. także: L. Sobolewski, *Obligacje i inne papiery dłużne*, Warszawa 1999, s. 76; L. Sobolewski, *Ustawa o obligacjach. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 39.

<sup>3</sup> A. Paczusi, *Opodatkowanie dochodów kapitałowych osób prawnych*, Warszawa 2001, s. 68 i n.



papier wartościowy w rozumieniu k.c., co wiąże się z zasadą *numerus clausus* papierów wartościowych.

Jednakże przyjmując powyższe zastrzeżenie, wydaje się, że dla potrzeb ustalania dochodu do opodatkowania uzyskanego ze zbycia kuponu odsetkowego można subsydiarnie stosować przepisy dotyczące opodatkowania papierów wartościowych.

W przypadku zbycia kuponu odsetkowego zaistnieć mogą dwie sytuacje, mianowicie zbycie kuponu odsetkowego od odsetek naliczonych do dnia zakupu oraz zbycie wszystkich niewykorzystanych kuponów odsetkowych.

W pierwszej sytuacji, przy uznaniu, że umowa nabycia obligacji precyzowała koszt nabycia odsetek naliczonych do dnia umowy nabycia, wartość ta stanowi koszt uzyskania przychodów w dacie zbycia kuponu.

Natomiast sytuacja dotycząca opodatkowania dochodu ze zbycia wszystkich niewykorzystanych kuponów przy pozostawieniu w posiadaniu obligacji jest analogiczna do sytuacji, w której następuje sprzedaż nominału obligacji przy zachowaniu samych kuponów odsetkowych.

Polskie prawo podatkowe nie wskazuje metody wyceny tego typu strumieni finansowych. Zakładając, że strony umowy nie wyspecyfikowały ceny za poszczególne strumienie finansowe, można przypuszczać, że jedynym sposobem pozwalającym dokonać wyceny (ustalenia kosztu nabycia obligacji oraz kuponu odsetkowego) może być metoda oparta na teorii wartości pieniądza w czasie, przyjmująca jako wyznacznik efektywną (wewnętrzną) stopę zwrotu, przez którą uznaje się stopę, która dyskontuje oczekiwany strumień przyszłych płatności pieniężnych do bieżącej wartości bilansowej netto poprzez okres do zapadalności lub do następnej rynkowej przeceny. Wyliczenie to powinno obejmować wszelkie opłaty i punkty płacone lub otrzymywane przez strony umowy.

Po przyjęciu tak dokonanej wyceny za właściwą możliwe jest ustalenie zarówno kosztu nabycia poszczególnych kuponów odsetkowych, jak również samego nominału obligacji. Dokonana w ten sposób wycena przyczynia się do ustalenia zobowiązania podatkowego – wzory pozwalające ustalić obecną wartość przyszłych strumieni płatności są powszechnie używane przez analityków finansowych. W praktyce nabywca obligacji, oceniając opłacalność inwestycji, korzysta z tych samych lub zbliżonych formuł.

Inną, równie istotną kwestią z zakresu opodatkowania dochodów ze zbycia obligacji jest problem opodatkowania odsetek wypłaconych posiadaczowi obligacji, który nabył obligację na rynku wtórnym – aczkolwiek przy założeniu, że podatnik nabył obligację z kwartalnym kuponem odsetkowym, a w cenie obligacji zawarte były także naliczone odsetki do dnia zawarcia umowy.

Nabywca obligacji w dacie zakupu nabywa wiele uprawnień, mianowicie prawo do zapłaty sumy głównej, prawo do strumieni odsetkowych wypłacanych w określonej wysokości w określonym czasie<sup>4</sup>. Ponosi on zatem wydatek składający się z trzech elementów: bieżącej wartości nominału obligacji, bieżącej wartości przyszłych strumieni odsetkowych oraz bieżącej wartości naliczonych odsetek.

Stosownie do postanowień art. 12 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 12 ust. 4 pkt 2 ustawy z 15 lutego 1992 r. obligatariusz uzyskuje przychód podatkowy w dacie otrzymania od-

<sup>4</sup> L. Sobolewski, *Ustawa*, s. 57, *passim*.

setek od emitenta. Kwota przychodu obejmuje zarówno wartość odsetek naliczonych do dnia zakupu obligacji przez jej obecnego posiadacza, jak i odsetki naliczone po tej dacie do dnia ich wypłaty. Na podstawie gramatycznej wykładni ustawy z 15 lutego 1992 r. nie można wywnioskować, w jaki sposób powinna zostać opodatkowana ta część otrzymanych odsetek, która została naliczona do dnia nabycia obligacji.

Jednakże w świetle zasad ogólnych ustawy z 15 lutego 1992 r., a w szczególności postanowień art. 15 ust. 1 i 4 powyższej ustawy, należy stwierdzić, że wydatki poniesione na zakup odsetek zawartych w cenie nabycia obligacji należy traktować jako koszt uzyskania przychodów w dacie faktycznego otrzymania odsetek od emitenta. Aczkolwiek mając na względzie wykładnię literalną przepisu art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r., można przyjąć, że wydatki na nabycie obligacji (w całości) powinny być uznane za koszt podatkowy dopiero w momencie zbycia lub wykupu obligacji, a kwota otrzymanych odsetek powinna stanowić dochód do opodatkowania. Należy jednak mieć przy tym na uwadze przepis art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r., stwierdzający, że co do zasady jedynie dwa momenty, tj. zbycie i wykup obligacji, pozwalają uznać wydatki na jej nabycie za koszt podatkowy. W przypadku gdy cena nabycia obligacji nie zawiera odsetek, powyższy przepis ma zastosowanie bezpośrednio. Jednak wydatek poniesiony na nabycie odsetek nie może być utożsamiany z wydatkami na nabycie obligacji, cena za odsetki stanowi bowiem wynagrodzenie z tytułu nabycia innego prawa – prawa do odsetek.

Należy szczególnie podkreślić, że istnieje stanowisko Ministerstwa Finansów zawarte w interpretacji indywidualnej z 21 lutego 2011 r. (sygn. IBPBI/2/423-1638/10/MO). Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach, działając w imieniu Ministra Finansów, uznał za prawidłowe stanowisko wnioskodawcy. Według bowiem stanowiska wnioskodawcy transakcje zbycia części odsetkowej obligacji (kuponów odsetkowych), niezależnie od jej części kapitałowej, powinny być rozliczone według koncepcji, że w chwili ponoszenia wydatku na nabycie obligacji kupony odsetkowe nie stanowiłyby odrębnych od obligacji papierów wartościowych – papierem wartościowym byłaby bowiem wyłącznie obligacja.

Na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r. wydatki na nabycie papierów wartościowych stanowią koszt uzyskania przychodu z ich odpłatnego zbycia. Przepis ten ustanawia zasadę rozpoznawania kosztów nabycia papierów wartościowych nie w dacie ich poniesienia, lecz w dacie uzyskania przychodu ze zbycia tych papierów. Należało zatem zdaniem wnioskodawcy rozstrzygnąć, czy wydatki poniesione przez bank na nabycie obligacji mogą być uznane za koszty uzyskania przychodu ze zbycia wydzielonych kuponów odsetkowych dokonanego w oderwaniu od zbycia części kapitałowej obligacji (która została przez bank zbyta wcześniej lub która pozostaje aktywem banku).

Brak jest w tym zakresie szczegółowej regulacji w ustawie. Przepis art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r. stanowi o „wydatkach na nabycie papierów wartościowych”. Stąd też powyższe stwierdzenie, że w chwili ponoszenia wydatku na nabycie obligacji kupony odsetkowe nie stanowiłyby odrębnych od obligacji papierów wartościowych.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że ustawa z 15 lutego 1992 r. nie pozwala na rozpoznanie jakiegokolwiek części kosztów nabycia obligacji jako kosztów uzyskania

przychodu ze zbycia kuponów odsetkowych, które zostały „oderwane” przez bank już po nabyciu obligacji, gdyż zgodnie z polskimi przepisami podatkowymi wydatki na nabycie obligacji są przypisane obligacji jako takiej. Zdaniem wnioskodawcy przez obligację należy rozumieć pozostałą po wydzieleniu część kapitałową z uwagi na fakt, że wyraża ona prawa związane z nabytą obligacją. Tym samym w przypadku zbycia przez bank omawianych kuponów odsetkowych przychodowi wnioskodawcy z tytułu ceny zbycia takich kuponów odsetkowych nie będzie przypisany żaden koszt (wydatek) poniesiony przez bank na nabycie przedmiotowych obligacji.

Jednocześnie warto podkreślić, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez organy podatkowe w następujących pismach:

- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 10 marca 2008 r. (IP-PB3-423-547/07-2/JB),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 28 sierpnia 2008 r. (IP-BP3-423-785/08-2/JB),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 28 sierpnia 2008 r. (IP-BP3-423-786/08-2/JB),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 28 sierpnia 2008 r. (IP-BP3-423-787/08-2/JB),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 28 sierpnia 2008 r. (IP-BP3-423-788/08-2/JB),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 12 listopada 2008 r. (IBPBI/2/423-1030/08/MS),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 16 czerwca 2009 r. (IPPB3/423-245/09-2/JB),
- interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 29 marca 2010 r. (ITPB3/423-827/c/09/AM).

## 2. ZBYCIE WIERZYTELNOŚCI WEKSŁOWYCH

Zarówno w przypadku gdy w sytuacji zbycia wierzytelności wekslowej zachodzi zbycie prawa majątkowego będącego wierzytelnością w rozumieniu prawa podatkowego, jak i wówczas, gdy zbycie wierzytelności wekslowej postrzegać należy jako zbycie prawa majątkowego będącego papierem wartościowym w rozumieniu przepisów art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r. – dochód z transakcji będzie podlegał opodatkowaniu według tych samych, standardowych zasad powyższej ustawy.

Kwestia ta będzie jednakże istotna, w przypadku gdy podatnik poniesie stratę na przedmiotowej transakcji. Wynika to z faktu, że stosownie do postanowień art. 16 ust. 1 pkt 39 ustawy z 15 lutego 1992 r. strata z tytułu sprzedaży wierzytelności nie stanowi kosztu uzyskania przychodu dla celów podatkowych, chyba że wierzytelność ta została uznana za przychód podatkowy w rozumieniu art. 12 ust. 3 ustawy z 15 lutego 1992 r., podczas gdy strata poniesiona na sprzedaży papierów wartościowych obniża podstawę opodatkowania<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> A. Paczuski, *Opodatkowanie*, s. 74.

Przepisy prawa podatkowego nie rozstrzygają, który z wyżej wymienionych przepisów jest przepisem szczególnym<sup>6</sup>. Nie jest zatem możliwe stwierdzenie – na podstawie wykładni gramatycznej – że strata na sprzedaży wierzytelności może być uznana za koszt podatkowy, pod warunkiem że dotyczy to wierzytelności inkorporowanych w papierach wartościowych. Jednakże nie jest też możliwe uznanie bez zastrzeżeń, że strata z tytułu zbycia papierów wartościowych jest kosztem podatkowym jedynie w przypadku, gdy papier wartościowy będący przedmiotem umowy nie jest zarazem wierzytelnością.

W tej kwestii wiele wątpliwości nasuwają transakcje sprzedaży wierzytelności inkorporowanych w wekslach.

Mianowicie – mając na względzie prawny charakter zbycia weksła, należy stwierdzić, że transakcja ta nie jest uregulowana ani przez przepisy k.c., ani też na przykład w ustawie Prawo bankowe. Z przepisu art. 517 k.c. wynika jednoznacznie, że nie ma on zastosowania w przypadku sprzedaży wierzytelności zbywalnych przez indos<sup>7</sup>.

Oznacza to, że sprzedaż wierzytelności wekslowych jest regulowana bezpośrednio przez prawo wekslowe. Należy jednakże zaznaczyć, że sprzedaż weksła ze stratą nie jest tożsama z dyskontem weksła. Pomiędzy tymi dwiema instytucjami prawnymi zachodzi wiele różnic, m.in.:

- sprzedaż weksła jest zawsze nabywaniem praw z weksła bez prawa regresu do indosanta, który przenosi własność weksła; przy dyskoncie występuje forma i regresu, i bez prawa regresu;
- przedmiotem dyskonta są weksle krótkoterminowe, natomiast przedmiotem sprzedaży są wyłącznie wierzytelności wekslowe średnio- i długoterminowe.

Mając powyższe na uwadze, można stwierdzić, że istnieje możliwość odróżnienia sprzedaży wierzytelności od sprzedaży papieru wartościowego nawet w przypadku papieru wartościowego, w którym inkorporowana jest wierzytelność pieniężna. Z tego względu postanowienia przepisu art. 16 ust. 1 pkt 39 ustawy z 15 lutego 1992 r. nie znajdują zastosowania w przypadku sprzedaży wierzytelności inkorporowanych w papierach wartościowych. Kwalifikacja podatkowa dochodu lub straty z tytułu zbycia papierów wartościowych może występować w art. 16 ust. 1 pkt 8 ustawy z 15 lutego 1992 r. W konsekwencji należy przyjąć, że strata poniesiona na sprzedaży obligacji lub weksli może zmniejszać podstawę opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych.

<sup>6</sup> Por. także J. Mojak, *Obrót wierzytelnościami. Podstawowe zagadnienia prawne*, Lublin 1998, s. 89.

<sup>7</sup> Por. I. Heropolitańska, P. Kawaler, A. Kozioł, *Skup i sprzedaż wierzytelności przez banki*, Warszawa 1998, s. 36. Por. Z. Bielecka, M. Wierzbowski, *Papiery dłużne – zagadnienia praktyczne*, „Parkiet” 1998, s. 5.

## Summary

Radosław Rycielski

TAXATION OF INCOME ON SELLING BONDS AND CREDITS  
FROM BILL OF EXCHANGE

The author in article above treats about entitlements of the buyer of the bond. Also – about expenses that the buyer of bonds incurs, which consist of three elements:

of current value of the denomination of the bond, the current value of future interest streams and the current value of the accrued interest. Author stresses that the income on selling bonds and credits from bill of exchange will be subject to taxation according to the same and standard principles of the act on taxation of legal entities from 15 February 1992. One of main theses of the article is also that the loss incurred on the sale of the bond or credits from bills of exchange may reduce the tax base with corporate income tax.

KEY WORDS: bond, sell, credit, bill of exchange, taxation, income

POJĘCIA KLUCZOWE: obligacja, sprzedaż, wierzytelność, weksel, opodatkowanie, dochód

# Punkty widzenia

Maciej Łaszczuk

## O FORMIE SPROSTOWANIA I WYKŁADNI WYROKU SĄDU POLUBOWNEGO

Na określenie merytorycznego rozstrzygnięcia sądu polubownego ustawodawca używa pojęcia „wyrok”. Część piąta k.p.c. przewiduje wydawanie przez sąd polubowny również innych niż wyroki orzeczeń<sup>1</sup>. Nie zawierają one rozstrzygnięć o żądaniach stron i w tym znaczeniu nie mają charakteru merytorycznego. Obecna regulacja arbitrażu<sup>2</sup> zawiera przepisy dotyczące sprostowania, wykładni i uzupełnienia wyroku sądu polubownego (art. 1200–1203 k.p.c.). W praktyce arbitrażowej pojawia się na tle tych nowych przepisów pytanie, w jakiej formie arbitrzy powinni dokonać sprostowania lub wykładni wyroku.

W odniesieniu do wniosku o uzupełnienie wyroku ustawodawca w art. 1202 k.p.c. przewidział formę wyroku, stwierdzając, że sąd wydaje wyrok uzupełniający. Nadto w art. 1203 § 1 ustawodawca określił wniosek o uzupełnienie wyroku alternatywnie jako wniosek o wydanie wyroku uzupełniającego. Słusznie zatem podkreśla się w literaturze, że niezależnie od rodzaju żądań, o których sąd polubowny nie orzekł w wyroku, w tym również o żądaniu kosztów postępowania, uzupełnienie w tym zakresie następuje w formie wyroku.

W literaturze wypowiediany jest pogląd, że uwzględnienie wniosku o sprostowanie lub wykładnię wyroku sądu polubownego również następuje w formie wyroku<sup>3</sup>. Według innych autorów nie tylko uwzględnienie wniosku, ale każde rozstrzygnięcie

<sup>1</sup> Zob. np. art. art. 1180 § 3, 1181, 1195 § 1, 1198 k.p.c.

<sup>2</sup> Wprowadzona ustawą z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 178, poz. 1478).

<sup>3</sup> Tak np.: T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 344; A. Zielony, *Postępowanie rektyfikacyjne i remisyjne dotyczące wyroku sądu polubownego*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 43; T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2009, s. 720; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądowictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 192 i n.



w przedmiocie sprostowania i wykładni zapada w formie wyroku<sup>4</sup>. Nie jest przy tym jasne, dlaczego autorzy pierwszej wersji tego poglądu uważają, że o formie rozstrzygnięcia arbitrów decyduje to, czy jest ono pozytywne, czy negatywne. Przepisy nie stwarzają podstawy do takiej dystynkcji.

W odniesieniu do wniosku o sprostowanie lub wykładnię, w przeciwieństwie do wniosku o uzupełnienie wyroku, ustawodawca nie określił formy prawnej, w jakiej sąd polubowny dokonuje rozstrzygnięcia. Redakcja art. 1203 § 2 k.p.c. dostarcza w tym zakresie argumentu, że ustawodawca wyraźnie odmiennie traktuje sprostowanie i wykładnię wyroku od jego uzupełnienia. W art. 1203 § 2 k.p.c. ustawodawca odsyła do stosowania art. 1195 i 1197 k.p.c. w zakresie „sprostowania”, „wykładni” i „wyroku uzupełniającego”. Gdyby ustawodawca przesądził, że sprostowanie i wykładnia następują w formie wyroku, to prawidłowo zredagowany przepis art. 1203 § 2 k.p.c. nie powinien, odnosząc się do trzech rodzajów wyroków, używać określenia „wyrok” tylko w odniesieniu do jednego z nich. Powyższe rozumowanie prowadzi do wniosku, że tylko w odniesieniu do uzupełnienia wyroku sądu polubownego ustawodawca przewidział formę wyroku.

Poglądu o wyroku jako formie rozstrzygnięcia w przedmiocie sprostowania lub wykładni wyroku nie da się także uzasadnić wynikającym z art. 1203 § 2 k.p.c. nakazem stosowania wprost art. 1195 i 1197 k.p.c. także do sprostowania i wykładni wyroku arbitrażowego.

Przedmiotem regulacji art. 1195 k.p.c. jest sposób podejmowania decyzji przez sąd polubowny, a nie jego forma. Przepis ten odnosi się do wszelkich orzeczeń sądu polubownego, wśród których wymienia też orzeczenia proceduralne. Natomiast przedmiotem regulacji art. 1197 k.p.c. jest forma i treść wyroku, jako jednego z rodzajów orzeczeń wydawanych przez sąd polubowny, w tym wymóg formy pisemnej, złożenia podpisów przez arbitrów, uzasadnienia rozstrzygnięcia, wskazania zapisu na sąd polubowny, oznaczenia stron i arbitrów, daty i miejsca wydania oraz obowiązek doręczenia wyroku stronom. Stosowanie wprost przepisów art. 1195 i 1197 k.p.c. oznacza w tym wypadku, że do orzeczenia sądu polubownego w przedmiocie sprostowania lub wykładni wyroku sądu polubownego stosuje się, bez żadnych modyfikacji, wszystkie wymogi dotyczące sposobu podejmowania decyzji przez arbitrów, formy pisemnej i pozostałe, które ustawodawca zastrzegł dla wyroku. Ustawodawca nie przesądził jednak, że orzeczenie w przedmiocie sprostowania lub wykładni jest wyrokiem.

Błędny byłby zwłaszcza wniosek, że odesłanie do stosowania innego przepisu powoduje, że nie tylko dyspozycja, ale i hipoteza normy prawnej wysłowionej w przepisie, do którego następuje odesłanie, stają się częścią normy zrekonstruowanej na podstawie obu przepisów, tj. również przepisu odsyłającego. Odesłanie ma na celu osiągnięcie skrótości tekstu przepisu odsyłającego przez nakazanie stosowania dyspozycji zawartej w przepisach art. 1195 i 1197 k.p.c., a więc – przewidzianych w tych przepisach wymogów co do sposobu podjęcia, treści i formy decyzji sądu polubownego. Chodzi przecież o uniknięcie powtórzenia. Odesłanie do zwykłego stosowania (a nie „odpowiedniego”)

<sup>4</sup> Tak np.: A. Zieliński, (w:) A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1681; J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M. P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Oficyna 2008 (wydanie elektroniczne).

oznacza brak możliwości odstępstw od wskazanych wymogów, nie oznacza jednak tożsamości obu regulowanych przez ustawę sytuacji, do których mają zastosowanie te same dyspozycje. Odesłanie nie prowadzi do tożsamości hipotez norm prawnych. Gdyby celem ustawodawcy było wprowadzenie takiej regulacji, że orzeczenie w przedmiocie sprostowania lub wykładni wyroku sądu polubownego jest wyrokiem, odesłanie nie byłoby potrzebne. Wystarczyłoby użycie pojęcia „wyrok” w art. 1203 § 2 k.p.c. w odniesieniu do orzeczeń w przedmiocie sprostowania i wykładni, tak jak uczynił to ustawodawca w odniesieniu do orzeczenia uzupełniającego. Taki sposób uregulowania przez ustawodawcę kwestii rozstrzygnięć w przedmiocie sprostowania i wykładni jest zresztą w pełni zrozumiałą. Pomimo braku w przepisach części piątej k.p.c. odpowiednika art. 708 § 1 pkt 4 k.p.c. (w brzmieniu sprzed 17 października 2005 r.)<sup>5</sup> z wielu przepisów zawartych w aktualnie obowiązującym prawie arbitrażowym wynika, że wyrokiem arbitrażowym w rozumieniu przepisów k.p.c. jest tylko taka decyzja sądu polubownego, która rozstrzyga o żądaniach stron. Orzeczenie sądu polubownego w przedmiocie sprostowania lub wykładni wyroku sądu polubownego nie jest, z samej swej istoty, decyzją rozstrzygającą o żądaniach stron. Nie jest więc także wyrokiem w rozumieniu przepisów k.p.c. o sądzie polubownym, w szczególności – przepisów o skardze o uchylenie wyroku arbitrażowego. Gdyby zaś sąd polubowny w trybie sprostowania lub wykładni wyroku arbitrażowego wydał w istocie rzeczy nowe rozstrzygnięcie merytoryczne, wówczas takie wadliwe rozstrzygnięcie podlegałoby uchyleniu w trybie skargi o uchylenie. Z drugiej zaś strony, mimo że część piąta k.p.c. przewiduje wydawanie przez sąd polubowny również innych niż wyroki orzeczeń, brak jest w niej analogicznej regulacji dotyczącej formy i treści pozostałych orzeczeń. Istotą odesłania do art. 1195 i 1197 k.p.c. znajdującego się w art. 1203 § 1 k.p.c. jest więc to, że ustawodawca, ze względu na znaczenie tych rozstrzygnięć, nakłada na sąd polubowny obowiązek wydania orzeczenia w tym przedmiocie z zachowaniem takich wymogów, jakie istnieją w odniesieniu do wyroków arbitrażowych.

Ustawodawca, nie przesądzając nazwy orzeczenia w przedmiocie sprostowania lub wykładni, nie wykluczył oczywiście możliwości nazwania takiego orzeczenia „wyrokiem”. Wszak strony sporu lub arbitrzy, uzgadniając zasady i reguły postępowania na podstawie art. 1184 k.p.c., mogą przyjąć własne nazewnictwo decyzji sądu polubownego<sup>6</sup>. Skorzystanie z tego uprawnienia nie będzie miało jednak wpływu na ocenę charakteru prawnego orzeczenia, zwłaszcza w kontekście postępowania ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego oraz postępowania o uznanie lub stwierdzenie wykonalności. Od orzeczeń w przedmiocie sprostowania i wykładni wyroku sądu polubownego nie przysługuje odrębna skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego<sup>7</sup>. Zgodnie z art. 1208 § 1 k.p.c., w razie złożenia wniosku o sprostowanie lub wykładnię

<sup>5</sup> „Art. 708. § 1. Wyrok sądu polubownego powinien zawierać: (...) 4) rozstrzygnięcie o żądaniach stron (...)”.

<sup>6</sup> Na temat autonomii woli stron w kształtowaniu reguł postępowania zob. J. Szpara, M. Łaszczuk, *Czy autonomia stron w ustalaniu reguł postępowania przed sądem polubownym jest ograniczona w czasie*, (w:) J. Okolski (red.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 280–292.

<sup>7</sup> Zob. np. M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowania postarbitrażowe*, (w:) A. Szumański (red.) *System prawa handlowego. Tom 8. Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 574; odmiennie A. Zieliński, (w:) *Kodeks*, s. 1681.

wyroku sądu polubownego termin do wniesienia skargi o jego uchylenie zaczyna biec od dnia doręczenia orzeczenia rozstrzygającego o tym wniosku. W razie pozytywnego rozstrzygnięcia wniosku przedmiotem skargi jest więc już wyrok sprostowany lub taki, którego integralną część, zgodnie z art. 1200 § 2 k.p.c., stanowi jego wykładnia. Używanie pojęcia „wyrok” w odniesieniu do orzeczenia o sprostowaniu lub wykładni wyroku sądu polubownego wydaje się jednak niewłaściwe i mylące.

# A Adwokatura dziś i jutro

*Paweł Kuczma*

## ADWOKAT JAKO ZAWÓD ZAUFANIA PUBLICZNEGO W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

1. Zawód adwokata należy do jednej z trzech najstarszych i elitarnych profesji świata (obok lekarza i duchownego), które pomagały ludziom rozstrzygać ich troski związane ze zdrowiem, życiem i śmiercią. Przez wieki, aż po dzień dzisiejszy, profesja ta rozwijała się niemal we wszystkich kulturach, choć zawód ten nie wszędzie cieszył się jednokowym szacunkiem. Wynikało to z faktu, że do zadań adwokata należała m.in. obrona złoczyńców, stąd pojawiają się pejoratywne porównania do „diabła”, „papugi”, „sępa od nieszczęść” i wiele innych<sup>1</sup>. Na ziemiach polskich prawne podstawy istnienia adwokatury odnaleźć można w Statutach Kazimierza Wielkiego, ale zawarta tam regulacja dobitnie świadczy o tym, że zawód ten musiał funkcjonować znacznie wcześniej<sup>2</sup>. Od końca XVIII w., a więc od intensywnego rozwoju państwa kapitalistycznego, obserwuje się wzmożone zapotrzebowanie na usługi prawnicze. W związku z tym prawo zaczęło stawiać kandydatom do tej profesji pewne wymagania, i to nie tylko merytoryczne (wykształcenie prawnicze, ukończenie aplikacji), ale i moralne (nieskazitelny charakter, pełnia praw publicznych). Wpłynęło to niewątpliwie na znaczne podniesienie prestiżu i zaufania do zawodu<sup>3</sup>.

Problematyka adwokatury jest zagadnieniem, które niezwykle rzadko znajduje się w treści norm konstytucyjnych. Do nielicznych wyjątków należy zaliczyć współczesną Konstytucję Słowenii, regulującą podstawy funkcjonowania adwokatury i notariatu. Nie oznacza to jednak, że w polskich ustawach zasadniczych nie można odnaleźć pewnych sformułowań poruszających problematykę egzystencji zawodów prawniczych<sup>4</sup>. Konstytucje międzywojenne odnosiły się jednak wyłącznie do kwestii

<sup>1</sup> R. Tokarczuk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2005, s. 151.

<sup>2</sup> P. Sarnecki, *Konstytucyjne aspekty pozycji adwokatury i radców prawnych oraz możliwość przemienności w wykonywaniu ich funkcji*, „Palestra” 1996, numer specjalny, s. 17.

<sup>3</sup> R. Tokarczuk, *Etyka*, s. 153; A. Redzik, *Zarys historii samorządu adwokackiego w Polsce*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 23–40.

<sup>4</sup> P. Sarnecki, *Konstytucyjne*, s. 14.

istnienia korporacji adwokackiej w ten sposób, że dawały ustrojową podstawę dla powoływania samorządów gospodarczych w drodze ustawy<sup>5</sup> (art. 68 Konstytucji marcowej i art. 76 Konstytucji kwietniowej). W Konstytucji PRL takiego sformułowania jednak zabrakło. Po raz pierwszy pojęcie „zawód zaufania publicznego” pojawiło się dopiero w obowiązującej ustawie zasadniczej z 2 kwietnia 1997 r.<sup>6</sup> Jej art. 17 stanowi, że w drodze ustawy można tworzyć samorzady zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony<sup>7</sup>. Na podstawie konstytucyjnej mogą być tworzone samorzady zawodowe adwokatów, radców prawnych, notariuszy oraz innych korporacji nieprawniczych, których źródłem będą wspólne interesy zawodowe grupy obywateli<sup>8</sup> oraz „więź pracy zawodowej”<sup>9</sup>. Umieszczenie tego przepisu w Konstytucji nastąpiło na skutek presji wymienionych wyżej środowisk zawodowych, problematyka ta poruszana jest bowiem zazwyczaj na poziomie ustawowym<sup>10</sup>. Nie zmienia to jednak faktu, że umiejscowienie wspomnianej regulacji w Rozdziale I oznacza uznanie przez ustrojodawcę samorządów zawodowych za jedną z podstawowych instytucji demokratycznego państwa prawnego<sup>11</sup>. „Dopuszczenie funkcjonowania samorządów zawodowych stanowi wyraz demokratyzacji życia publicznego”<sup>12</sup>.

Warto także zwrócić uwagę na brzmienie art. 42 ust. 2 Konstytucji, który stanowi podstawę funkcjonowania zawodu adwokata poprzez przyznanie oskarżonemu prawa do skorzystania z pomocy obrońcy „z wyboru” i „z urzędu”.

Nie ulega wątpliwości, że zawód adwokata należy zaliczyć w poczet zawodów zaufania publicznego. W wyroku z 26 listopada 2003 r. (SK 22/01) Trybunał Konstytucyjny wskazał wyraźnie, że w Polsce istnieje kilka zawodów prawniczych mających taki status, wymieniając zawód: sędziego, prokuratora, adwokata, notariusza oraz radcy prawnego. „Każdemu ze wskazanych zawodów prawniczych przypisuje się określone zadania, które związane są z ingerencją – w pewnym zakresie – w prawa i obowiązki innych podmiotów i dotyczą różnych sfer życia osobistego i zawodowego”.

**2. Konstytucja nie formułuje jednak definicji legalnej zawodu zaufania publicznego. Wobec tego pojawia się potrzeba ustalenia zakresu znaczeniowego tego pojęcia. W spra-**

<sup>5</sup> „W II Rzeczypospolitej samorząd zawodowy traktowany był jako forma samorządu gospodarczego”. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 116.

<sup>6</sup> Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

<sup>7</sup> „Trybunał Konstytucyjny przyjmuje w swoim orzecznictwie, że w obecnych warunkach ustrojowych obie te funkcje [reprezentowanie adwokatów na zewnątrz oraz sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu adwokata – P.K.] są jednakowo ważne, w demokratycznym i pluralistycznym społeczeństwie nie ma bowiem powodów, aby którejkolwiek z nich przyznawać pierwszeństwo”. Wyrok TK z 22 maja 2001 r., sygn. K 37/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 86).

<sup>8</sup> P. Sarnecki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 26.

<sup>9</sup> A. Błaś, *Art. 17, (w:) J. Boć (red.), Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 47.

<sup>10</sup> P. Sarnecki, *Konstytucja*, s. 26.

<sup>11</sup> B. Banaszak, *Konstytucja*, s. 115.

<sup>12</sup> Wyrok z 22 listopada 2004 r. (SK 64/03).

wie SK 22/02<sup>13</sup> Trybunał, charakteryzując zawód zaufania publicznego, odwołał się do pracy P. Sarneckiego, według którego jest to „zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego określane jest dodatkowo normami etyki zawodowej, szczególną treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej czy szczególnie charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji (aplikacja)”<sup>14</sup>.

Z kolei B. Banaszak wskazał, że w nauce prawa jako jedną z cech zawodu zaufania publicznego wymienia się jego wykonywanie nie dla zysku, ale dla zaspokojenia interesu publicznego<sup>15</sup>. Innymi słowy, adwokat w ramach świadczonej pomocy prawnej pełni swoistego rodzaju misję społeczną i działa w imieniu dobra ogółu poprzez profesjonalne świadczenie usług prawnych. Tymczasem w działalności gospodarczej jedynym celem jest realizacja dążeń do osiągnięcia dochodu w najwyższej kwocie, czemu nie towarzyszy realizacja żadnej funkcji publicznej<sup>16</sup>. W podobny sposób wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 22 listopada 2004 r. (SK 64/03), twierdząc, że wykonywanie czynności zawodowych przez adwokata nie stanowi wykonywania działalności gospodarczej. Głównym celem prowadzenia działalności gospodarczej jest bowiem dążenie do osiągnięcia jak najwyższych dochodów, co z samej istoty wyklucza realizację funkcji publicznej przez przedsiębiorcę<sup>17</sup>. „Działalność adwokatów, jak i radców prawnych zawiera natomiast element spełniania funkcji publicznej, jakim jest zapewnienie obywatelom fachowej pomocy prawnej i zastępstwa procesowego”<sup>18</sup>. Natomiast działalności przedstawicieli tych zawodów nie można uznać za część ustroju gospodarczego państwa<sup>19</sup>.

Kolejną z cech zawodu zaufania publicznego jest jego szczególna nazwa. Unormowania ustawowe w sposób wyraźny chronią tytuł zawodowy „adwokata”, co leży przede wszystkim w interesie klienta, który zwracając się o pomoc prawną do osoby legitymującej się takim tytułem, ma pewność, że jego sprawa zostanie załatwiona kompetentnie, a informacje zachowają poufny charakter<sup>20</sup>.

Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie zwrócił uwagę na jeszcze jedną cechę prawniczych zawodów zaufania publicznego, jaką jest obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, precyzując jednocześnie jej istotę i zakres. W wyroku z 2 lipca 2007 r. (K 41/05) Trybunał wskazał, że immanentną cechą zawodu zaufania publicznego jest obowiązek (a nie atrybut) zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych przez adwokata w ramach świadczonej pomocy prawnej. Istotą tajemnicy zawodowej adwokata jest

<sup>13</sup> Odniesienie do tej definicji można odnaleźć także w nowszym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, np. w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (K 4/08).

<sup>14</sup> P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji na przykładzie adwokatury)*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2000, s. 155 i n.

<sup>15</sup> B. Banaszak, *Konstytucja*, s. 117.

<sup>16</sup> P. Sarnecki, *Pojęcie*, s. 161.

<sup>17</sup> Szerzej na ten temat Ł. Błaszczak, *Radca prawny jako przedsiębiorca – refleksje na tle art. 43(1) KC i art. 479(1) KPC*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13.

<sup>18</sup> P. Sarnecki, *Pojęcie*, s. 160 i n.

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

<sup>20</sup> Wyrok z 26 listopada 2003 r. (SK 22/02).



stworzenie nici zaufania pomiędzy profesjonalnym pełnomocnikiem a jego klientem. Istnienie zaufania jest korzystne zarówno dla klienta, który powierza adwokatowi swoje sekrety, jak i dla ogółu społeczeństwa, ponieważ umożliwia realizację prawa do obrony, rzetelnego wymiaru sprawiedliwości oraz ujawnienia prawdy. Trybunał przypomniiał, że tajemnica zawodowa adwokatów istnieje w większości państw członkowskich Unii Europejskiej, „posiadając rangę prawa podstawowego i status reguły porządku publicznego”, choć jej zakres różni się w poszczególnych systemach prawnych. Zasadnicze znaczenie, jako podstawie ochrony tajemnicy zawodowej adwokatów we wspólnotowym porządku prawnym, przypisano<sup>21</sup> „prawu do rzetelnego procesu (art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w związku z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej) oraz podstawowemu prawu do ochrony życia prywatnego. Dwoistość umocowania ochrony tajemnicy zawodowej adwokata powoduje, że nie musi być ona zachowana jedynie «w ramach i w celu prawa do obrony», ale może rozciągać się także na szerszy zakres informacji powierzonych profesjonalście przez klienta”.

Trybunał Konstytucyjny nie znalazł podstaw do zaakceptowania tezy o istnieniu konstytucyjnego prawa do zachowania tajemnicy zawodowej<sup>22</sup>. Wskazał natomiast, że w gestii ustawodawcy leży kształtowanie zakresu obowiązku zachowania tajemnicy przez przedstawicieli zawodów prawniczych i odpowiadającego mu prawa odmowy zeznań, przy czym swoboda ustawodawcy jest ograniczona innymi wartościami konstytucyjnymi. Na poziomie ustawodawstwa zwykłego tajemnica zawodowa radcy prawnego została ukształtowana w kategoriach obowiązku<sup>23</sup>.

Obowiązek respektowania tajemnicy zawodowej, który został sformułowany w art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze, stanowi, że adwokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej, a ponadto nie można go zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. Konieczność dochowania tajemnicy zawodowej wynika także z treści roty składanego przez adwokata ślubowania. Obowiązek ten jest zatem elementem etyki zawodowej adwokatów, ponieważ osoba wykonująca zawód zaufania publicznego – jeden z wolnych zawodów prawniczych – pełni funkcję „doradcy i powiernika stron”<sup>24</sup>, jak również jest częścią prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, a nawet całego systemu ochrony prawnej w demokratycznym państwie. Prawo wymagania od adwokata zachowania tajemnicy posiada jego klient, czyli osoba, którą łączy z adwokatem umowa zlecenia<sup>25</sup>. W przypadku naruszenia poufności od adwokata można egzekwować odpowiedzialność, począwszy od dyscyplinarnej, poprzez odpowiedzialność odszkodowa-

<sup>21</sup> Trybunał Konstytucyjny przywołał w tymże wyroku stanowisko Rzecznika Generalnego wyrażone w opinii z 14 grudnia 2006 r., wydane w sprawie C-305/05.

<sup>22</sup> „Nawet z art. 42 ust. 2 Konstytucji trudno byłoby wyprowadzić konstytucyjne prawo adwokatów do poszanowania tajemnicy obrończej; przepis statuuje bowiem prawo podejrzanego i oskarżonego, czyli osób korzystających z pomocy prawnej” (wyrok z 22 listopada 2004 r., SK 64/03).

<sup>23</sup> Wyrok z 22 listopada 2004 r. (SK 64/03).

<sup>24</sup> A. Redelbach, *Tajemnica zawodowa notariusza w świetle zasady poszanowania życia prywatnego*, „Rejent” 1999, nr 6-7, s. 38.

<sup>25</sup> „Tajemnica zawodowa wiążąca przedstawicieli zawodów prawniczych służy bowiem nie samym prawnikom, lecz osobom korzystającym z ich pomocy, a szerzej – skutecznemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości” (wyrok z 22 listopada 2004 r., SK 64/03).

wawczą wobec klienta, który doznał szkody na skutek naruszenia poufności, na karnej skończywszy.

Trybunał Konstytucyjny, opierając się m.in. na prawie do rzetelnego procesu, wskazał, że istnieje również konieczność objęcia tajemnicą komunikowania osoby poszukującej pomocy prawnej u przedstawiciela zawodu zaufania publicznego. Z obowiązkiem dochowania tego rodzaju tajemnicy, która jest elementem tajemnicy zawodowej adwokata, będziemy mieć do czynienia przy zaistnieniu następujących okoliczności:

- komunikacji między klientem (lub osobą dążącą do uzyskania takiego statusu) a osobą zajmującą się profesjonalnie świadczeniem pomocy prawnej (adwokatem, radcą prawnym),
- komunikowania się w miejscu, którego charakter stwarza stronom uzasadnione oczekiwanie prywatności i nieujawniania,
- w sytuacji gdy informacja dotyczy faktów lub okoliczności mogących mieć związek z postępowaniem sądowym,
- w sytuacji gdy fakty lub okoliczności, których dotyczy komunikacja, nie będą służyć popełnieniu przestępstwa lub innego naruszenia prawa<sup>26</sup>.

Trybunał Konstytucyjny stanowczo podkreślił, że „w ten sposób wytyczony zakres tajemnicy zawodowej oraz gwarancje jej dochowania nie mogą być wykorzystywane przez prawników wykonujących zawody zaufania publicznego do podejmowania działań sprzecznych z prawem”<sup>27</sup>.

Trybunał przychylił się również do stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, według którego adwokat nie będzie mógł wypełnić swej misji doradzania, obrony i reprezentacji klienta w odpowiedni sposób i klient ten będzie w konsekwencji pozbawiony praw, które zapewnia mu art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jeżeli adwokat w ramach postępowania sądowego lub jego przygotowywania byłby zobowiązany do współpracy z władzami publicznymi, polegającej na przekazywaniu im informacji uzyskanych w trakcie konsultacji prawnych, mających miejsce w ramach takiego postępowania.

Trybunał w wyroku z 22 listopada 2004 r. (SK 64/03) zwrócił również uwagę, że tajemnica adwokacka ma szerszy charakter i różni się znacząco od obowiązku zachowania tajemnicy przez przedstawicieli zawodu radcy prawnego. Adwokaci dysponują bowiem informacjami dotyczącymi dóbr osobistych człowieka, powierzonymi im np. podczas sprawy rozwodowej czy adopcyjnej, oraz takimi, które powierza się lekarzom (dotyczącymi stanu zdrowia). Dlatego też ochrona poufnego charakteru tych informacji musi być znacznie bardziej intensywna niż ochrona informacji znajdujących się w posiadaniu radców, dotyczących mienia. Należy jednak zauważyć, że obecnie doszło do znacznego zbliżenia uprawnień posiadanych przez te zawody prawnicze. Niemniej jednak zarezerwowane wyłącznie dla członków palestry prawo do bycia obrońcą w postępowaniu karnym pozwala na konstatację, że pogląd TK nie stracił w całości na aktualności.

„Interes osób korzystających z pomocy prawnej, nawet sfera ich prywatności «udostępniona» prawnikowi, mogą znaleźć się w konflikcie z innymi dobrami, również zasługującymi na ochronę, w szczególności dotyczącymi interesu całego społeczeństwa. Trybunał

<sup>26</sup> Wyrok z 2 lipca 2007 r. (K 41/05).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

Konstytucyjny zwraca uwagę, iż konflikt taki zachodzi w szczególności w związku z wykonywaniem przez państwo jednej z jego podstawowych funkcji, a mianowicie – sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości<sup>28</sup>. Jest to szczególnie widoczne w sytuacji składania zeznań w charakterze świadka co do okoliczności objętych tajemnicą zawodową. Z jednej strony adwokat ma obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, z drugiej jednak przepisy proceduralne nakładają obowiązek składania zeznań. W związku z tym Trybunał sformułował tezę, że obowiązkowi zachowania tajemnicy przez przedstawicieli zawodów prawniczych towarzyszy nie tylko prawo ich klientów do zachowania w dyskrekcji pewnych informacji, ale także prawo samych adwokatów i radców prawnych do określonych zachowań wobec organów wymiaru sprawiedliwości. Ustawodawca przewiduje jednak możliwość zachowania milczenia przez osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej – w przypadku adwokatów poufność obejmuje jednak wyłącznie te informacje, które zostały uzyskane od klienta w związku z udzielaniem pomocy prawnej czy prowadzeniem sprawy (w tych wypadkach mamy do czynienia z bezwzględny zakazem przesłuchiwania obrońcy w charakterze świadka). „W przeciwnym razie, w pewnych sytuacjach wypełnienie obowiązku dyskrekcji byłoby niemożliwe, a ochrona osób, w których interesie ten obowiązek wprowadzono, okazałaby się iluzoryczna [...] Tylko sąd, i tylko w warunkach określonych w art. 180 § 2 k.p.k., może bowiem zwolnić adwokata, radcę prawnego, lekarza i dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej [...] «Zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej» [...] nie można traktować jako przypadku «ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw», do którego odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>29</sup> (wyjątek od obowiązku składania zeznań o charakterze względnym). W literaturze podkreśla się jednak, że osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy jednak zobligowane są do składania zeznań na inne okoliczności, które nie są objęte poufnością zawodową<sup>30</sup>.

Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez adwokata, wykluczający możliwość „zmuszenia” obrońcy do składania zeznań, stanowi cechę zawodu zaufania publicznego. Zaufanie publiczne należy bowiem pojmować nie tylko w aspekcie obiektywnym, jako ufność wszystkich obywateli do przedstawicieli danego zawodu, ale raczej w aspekcie subiektywnym, to znaczy jako uzasadnioną wiarę każdego obywatela, który zwrócił się o pomoc prawną do adwokata, że udzielone mu informacje nie zostaną ujawnione. Innymi słowy, zaufaniem publicznym będzie zaufanie wyrażane przez zindywidualizowanych obywateli w takim natężeniu (ilości), że uzyska ono wymiar publiczny.

3. Zdaniem TK „zawody zaufania publicznego” powinny być wykonywane w sposób zorganizowany, a działalność przedstawicieli tych zawodów winna cechować społeczna aprobata. Tylko wówczas będzie możliwe osiągnięcie realnego „zaufania publicznego”. Według Trybunału zaufanie buduje się na podstawie kilku czynników, spośród których najważniejsze to:

<sup>28</sup> Wyrok z 22 listopada 2004 r. (SK 64/03).

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> W. Grzeszczyk, *Szczególny tryb uchylania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2002, nr 6, s. 123.

- przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli,
- właściwa motywacja,
- należyta staranność zawodowa,
- wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu,
- pełne i integralne respektowanie prawa, a zwłaszcza wartości konstytucyjnych (w ich hierarchii) oraz dyrektyw postępowania<sup>31</sup>.

Rola, jaką pełnią prawnicze zawody zaufania publicznego, nie jest obojętna zarówno dla społeczeństwa poszukującego pomocy w skomplikowanym procesie stosowania prawa, jak i dla państwa wspierającego działalność swoich obywateli. Ludzie potrzebują profesjonalnych porad prawnych, objaśnień w zakresie spraw, które ich dotyczą, zawierania kontraktów o poprawnej treści, zastępstwa w postępowaniu sądowym i egzekucyjnym. Dlatego też pieczę nad prawidłowym wykonywaniem czynności związanych ze świadczeniem pomocy prawnej przyznano samorządowi zawodowemu<sup>32</sup>. Przypomniał o tym Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 lutego 2004 r. (P 21/02), czyniąc samorząd odpowiedzialnym w zakresie wykonywania zawodu w sposób godny, profesjonalny, przy respektowaniu wysokich standardów etycznych. Zdaniem TK społeczeństwo oczekuje od adwokatów posiadania wysokiego przygotowania merytorycznego do wykonywania zawodu, który to poziom jest możliwy do osiągnięcia poprzez realizację specjalistycznych szkoleń odbywanych w ramach aplikacji – już po uzyskaniu dyplomu. Z tego też względu samorząd zawodowy realizuje funkcje i zadania o charakterze publicznym (także władcze) wobec wszystkich osób wykonujących dany zawód zaufania publicznego i pozostających w stosunku przynależności korporacyjnej<sup>33</sup>. Według TK „ustawodawca, zezwalając na powierzenie organom samorządu zawodowego określonych zadań z zakresu administracji publicznej i wprowadzając przymus przynależności do korporacji zawodowej, podnosi interes publiczny do rangi uzasadnienia i ostatecznego celu wyposażenia organów samorządu zawodowego w wymienione atrybuty”<sup>34</sup>.

Trybunał Konstytucyjny zauważył przy tym, że należytemu sprawowaniu pieczy przez samorząd mogą towarzyszyć napięcia, czy nawet konflikty między środowiskowymi interesami grupy wykonującej określony zawód a interesem publicznym. Trybunał Konstytucyjny podkreślił jednak, że ustrojową rolą samorządu zawodowego nie jest niwelowanie środowiskowych interesów osób wykonujących zawody zaufania publicznego, ale zmierzanie do ich uzgodnienia z interesem publicznym. Jednakże zakres i sposób harmonizowania przez samorząd interesu publicznego z interesem środowiskowym nie może być pozostawiony nieskrepowanemu prawem uznaniu korporacji samorządowych i ich organów i poddany tylko uregulowaniom wewnątrz korporacyjnym.

<sup>31</sup> Wyrok z 18 lutego 2004 r. (P 21/02), powtórzone następnie w wyroku TK z 2 lipca 2007 r. (K 41/05).

<sup>32</sup> W wyroku z 18 lutego 2004 r. (P 21/02) Trybunał Konstytucyjny określił obowiązek sprawowania „pieczy” jako „swoistą funkcję nadzorczą”. Zdaniem P. Sarneckiego pojęcie pieczy winno „w wyższym stopniu niż w ramach «nadzoru» sugerować stosowanie rozmaitych form instruktażu, doradztwa, wyjaśniania i innej pomocy, choć nie wyklucza ono także stosowania podobnych do «nadzoru», bardziej władczych form oddziaływania”. P. Sarnecki, *Art. 17*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 5.

<sup>33</sup> Powierzenie samorządom zawodowym spraw z zakresu administracji publicznej, zobowiązanie ich do troski o ochronę interesu publicznego stanowią wyraz zaufania państwa do danej grupy zawodowej jako całości. P. Sarnecki, *Art. 17*, s. 5.

<sup>34</sup> Wyrok z 23 kwietnia 2008 r. (SK/07).

Unormowania te nie mogą w szczególności wyłączać czy ograniczać treści uregulowań konstytucyjnych i ustawowych gwarantujących wolności oraz prawa osób pozostających poza organizacyjnymi ramami korporacji samorządowych<sup>35</sup>.

Z kolei w wyroku z 26 listopada 2003 r. (SK 22/02) TK orzekł, że celem powołania samorządu zawodowego jest dbanie o to, aby dany zawód wykonywały osoby charakteryzujące się posiadaniem wysokiej wiedzy specjalistycznej oraz reprezentujące odpowiedni poziom etyczny. Z tego względu ustawowo ogranicza się wolność świadczenia działalności gospodarczej wyłącznie do członków danej korporacji zawodowej, którzy spełniają wymogi uprawniające do wykonywania zawodu adwokata. Dopuszczenie innych osób do wykonywania tego zawodu zaufania publicznego jest sprzeczne z interesem publicznym, ponieważ podważałoby ochronę praw obywateli i bezpieczeństwo obrotu prawnego. Trybunał przypomniał, że wysoką jakość usług prawnych świadczonych przez adwokatów i radców prawnych zapewnia wiele instytucji, między innymi: „obostrzony tryb kwalifikowania członków obu korporacji; obowiązek odbycia aplikacji i złożenia egzaminu radcowskiego lub adwokackiego; gwarancje niezależności w wykonywaniu zawodu; niezależność samorządowa, odpowiedzialność dyscyplinarna; enumeratywnie wyliczone formy wykonywania zawodu” oraz powinność ubezpieczenia się adwokatów od odpowiedzialności majątkowej<sup>36</sup>.

Trybunał podniósł, że konieczność „spełnienia wysokich wymagań stawianych przez ustawodawcę osobom wykonującym zawód zaufania publicznego jest uzasadniona tym, iż powierzone są im zadania o szczególnym charakterze czy gwarancji wolności i praw jednostki”<sup>37</sup>. Z tego względu dopuszczalna jest reglamentacja prawna wykonywania zawodu zaufania publicznego, w szczególności gdy idzie o uzyskanie prawa do wykonywania zawodu oraz wyznaczenie sposobu i ram jego wykonywania. Konieczne jest także określenie powinności adwokatów wobec państwa i samorządu zawodowego. Zdaniem TK konstytucyjna „wolność wykonywania zawodu” zakłada wręcz potrzebę istnienia takich regulacji, zwłaszcza w odniesieniu do zawodu adwokata<sup>38</sup>.

Z kolei w wyroku z 22 maja 2001 r. (K 37/00) TK wskazał, że cel funkcjonowania zawodów zaufania publicznego, jakim jest sprawowanie pieczy w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony, pociąga za sobą przymusową przynależność do samorządu wszystkich tych osób, które uważają się za wykonujące tego rodzaju zawody. Podkreślił również, że samorząd zawodowy „ma nie tyle eliminować czy niwelować partykularne interesy osób wykonujących zawody zaufania publicznego, ile zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym przez samych zainteresowanych. Może to pociągać konieczność wprowadzenia całego szeregu ograniczeń zarówno w zakresie wolności wykonywania zawodu, jak i wolności podejmowania działalności gospodarczej, jeżeli z działalnością taką wykonywanie zawodu miałyby się wiązać”.

Z orzecnictwa TK wynika, że samorząd zawodowy jako podmiot sprawujący pieczę nad prawidłowym pełnieniem przez członków korporacji adwokackiej zawodu zaufania publicznego winien skupić się w szczególności na dwóch aspektach: a) szko-

<sup>35</sup> Wyrok z 18 lutego 2004 r. (P 21/02).

<sup>36</sup> Ta ostatnia przesłanka została wskazana w wyroku z 19 kwietnia 2005 r. (K 6/06).

<sup>37</sup> Wyrok z 7 maja 2002 r. (SK 20/00).

<sup>38</sup> Wyrok z 1 grudnia 2009 r. (K 4/08).



leniu aplikantów adwokackich (choć należy w tym miejscu podkreślić, że samorząd jest odpowiedzialny również za system szkoleń organizowanych po uzyskaniu wpisu na listę adwokatów, dba w ten sposób o wysoki standard przygotowania teoretycznego i praktycznego członków korporacji, jak i b) egzekwowaniu odpowiedzialności dyscyplinarnej wobec adwokatów, czyli pełnieniu funkcji kontrolnej poprzez stosowanie przewidzianego w ustawie o adwokaturze systemu kar, gwarantowaniu tym samym odpowiedniego poziomu etycznego „mecenasów”. Samorząd winien mieć także możliwość udziału (a nie wyłączość) w procedurach weryfikacyjnych kandydatów do wykonywania tego zawodu.

Z faktu, że pewne zawody uzyskały charakter zawodów zaufania publicznego, wynika, w rozumieniu Konstytucji, ustawowa dopuszczalność nakładania pewnych ograniczeń w zakresie konstytucyjnej wolności dostępu do zawodu i jego wykonywania (art. 65 ust. 1 Konstytucji)<sup>39</sup>.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 lutego 2004 r. (P 21/02) orzekł, że sprawa naboru na aplikację adwokacką jest sprawą publiczną i z tego względu winna ona pozostać poza zakresem unormowań korporacyjnych, a podlegać regulacji ustawowej. Stanowisko to podtrzymał w wyroku z 19 kwietnia 2006 r. (K 6/06), stwierdzając, że weryfikacja przygotowania do zawodu, jak i nabór do zawodu nie mogą być pozostawione nieograniczonej swobodzie gry rynkowej, bez jakichkolwiek regulacji i wymogów profesjonalnych i etycznych. Określenie wymogów należy do ustawodawcy, który ponosi społeczną i polityczną odpowiedzialność za dokonany wybór. Trybunał podkreślił, że Konstytucja nie przesądza jednoznacznie trybu, w jakim powinno się odbywać kształcenie teoretyczne oraz przygotowanie praktyczne do wykonywania reglamentowanych zawodów prawniczych. Niemniej dla dobra wymiaru sprawiedliwości stanowiącego element interesu publicznego i dla dobra osób (podmiotów) korzystających z pomocy prawnej przygotowanie to winno odpowiadać kryteriom wysokiej jakości i wiarygodności kojarzonej z pojęciem zaufania publicznego. Zdaniem TK „utrzymanie przez ustawodawcę reglamentowanych zawodów prawniczych stanowi wyraz przekonania, że istnieją ważne społeczne racje ich wyodrębnienia dla wykonywania kwalifikowanych czynności w sferze stosowania prawa”.

Według TK „dopuszczalność wkraczania w zakres konstytucyjnie gwarantowanej wolności tylko na podstawie ustawy oraz nieodzowna przejrzystość zasad przeprowadzania konkursu prowadzą do uznania za niezbędne ustawowego określenia zasad postępowania konkursowego. Dotyczy to zwłaszcza zakresu, w jakim przebieg i wyniki konkursu stanowią przesłanki dla podejmowania decyzji wyznaczających zakres korzystania przez uczestników konkursu z ich wolności, określonych w art. 65 ust. 1 Konstytucji. Przejrzystość zasad przeprowadzania konkursu oraz jego zakres merytoryczny i przebieg, określone przez te zasady, mają newralgiczne znaczenie dla korzystania z wolności wyboru zawodu przez kandydatów na aplikacje oraz dla samego podejmowania przez nich decyzji dotyczącej przystąpienia (lub nieprzystąpienia) do danego konkursu”<sup>40</sup>.

Według TK możliwość ustawowej limitacji zawodów zaufania publicznego w zakresie

<sup>39</sup> Wyrok z 19 kwietnia 2006 r. (K 6/06).

<sup>40</sup> Wyrok z 18 lutego 2004 r. (P 21/02).



ostępności, jak i ich wykonywania (nad czym pieczę sprawuje samorząd zawodowy), wynika z ich istoty. Nie kwestionując potrzeby wglądu czynnika państwowego (w tym zwłaszcza Ministra Sprawiedliwości) w ustalanie zasad egzaminu adwokackiego, Trybunał zauważył, że wyłączenie wszelkiego wpływu samorządu adwokackiego na ustalanie zasad składania egzaminu zawodowego (jakim jest egzamin adwokacki) uniemożliwiłoby samorządowi wywiązanie się w istotnym zakresie z powinności konstytucyjnej, unormowanej w art. 17 ust. 1 ustawy zasadniczej. „Wymaga to zagwarantowania samorządowi zawodowemu odpowiedniego uczestnictwa w określaniu zakresu przedmiotowego egzaminu adwokackiego, a nadto – adekwatnej reprezentacji tego samorządu w składzie komisji do przeprowadzenia egzaminu [...]” Wymóg odpowiedniego (adekwatnego) udziału winien być rozumiany jako gwarancja uczestniczenia w działaniach merytorycznych związanych z określeniem zakresu egzaminu adwokackiego, a ponadto – zgodnie z naturą egzaminu – sprawdzenia umiejętności zawodowych, predysponujących do wykonywania zawodu adwokata. Winien on ponadto odpowiadać zasadzie samorządności, tj. kształtowania przez samorząd zawodowy, jego reprezentacji w składach wspomnianych tu ciał kolegialnych (zespołu ustalającego zestaw pytań na potrzeby egzaminu oraz komisji do przeprowadzenia egzaminu). Wykonywanie przez samorząd zawodowy adwokatów funkcji określonych w art. 17 ust. 1 Konstytucji wymaga ponadto uczestnictwa przedstawicieli samorządu w postępowaniu odwoławczym po przeprowadzeniu egzaminu adwokackiego.

Samorządu nie można także pozbawić wpływu na sam przebieg szkolenia aplikantów, ponieważ w poważnym stopniu ograniczyłoby to możliwość realizacji konstytucyjnej powinności właściwego (pełnego) sprawowania pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu. Do zadań samorządu należy bowiem troska o właściwy merytoryczny i etyczny poziom przygotowania zawodowego aplikantów adwokackich do przyszłego wykonywania zawodu adwokata. Z tego względu pożądane jest, aby cały przebieg aplikacji adwokackiej został objęty pieczę organów samorządu adwokackiego, nakierowaną na należyte wykonywanie zawodu. „Pozostawienie świadczenia pomocy prawnej (...) bez wymogu uprzedniego przygotowania zawodowego (po ukończeniu studiów prawniczych) oraz bez wyspecjalizowanej kontroli zawodowej może prowadzić do niepożądanych skutków społecznych. W szczególności idzie tu o nieodwracalne prawnie następstwa błędnych porad czy nieuświadomianych bądź wynikłych z braku doświadczenia zawodowego zaniechań”<sup>41</sup>.

„Powierzenie – w drodze ustawy zwykłej – samorządowi adwokatów czy radców prawnych prowadzenia aplikacji jest możliwe w zgodzie z Konstytucją i może być merytorycznie uznane za zasadne”<sup>42</sup>. Zdaniem Trybunału długoletni dorobek korporacji adwokackiej oraz potrzeba „należytego wykonywania zawodu” nie budzą wątpliwości co do kwalifikacji samorządu adwokackiego w sferze prowadzenia szkolenia zawodowego, w tym szkolenia kandydatów do zawodu w formie aplikacji.

W wyroku z 17 lutego 2007 r. (SK 10/07) TK odniósł się do innego obowiązku spoczywającego na samorządzie adwokackim, a mianowicie na prowadzeniu całego postępowania dyscyplinarnego wobec adwokatów i aplikantów adwokackich. Trybunał uznał

<sup>41</sup> Wyrok z 19 kwietnia 2006 r. (K 6/06).

<sup>42</sup> Wyrok z 18 lutego 2004 r. (P 21/02).

za zasadne wprowadzenie szczególnej odpowiedzialności dyscyplinarnej zwłaszcza w kontekście funkcjonowania zawodów zaufania publicznego. Autonomię i samorządność tej grupy zawodowej chroni się bowiem przez „określenie w przepisach prawa odpowiedzialności dyscyplinarnej, która [...] tworzy funkcję ochronną i w ten sposób zapewnia członkom [...] korporacji niezbędną swobodę i niezależność przy wykonywaniu zawodu. To pozwala na inne wyznaczenie zakresu kontroli sądowej, bo kontrolę tę należy postrzegać nie tylko w kontekście ochrony praw jednostki, ale też jako instrument nadzoru państwa nad samorządami zawodowymi, a tych uprawnień nie należy zakreślać zbyt szeroko”. Jednocześnie Trybunał przypominał, że w ramach procedury dyscyplinarnej – której wynikiem może być poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub represji – należy stosować gwarancje ustanowione w II Rozdziale Konstytucji<sup>43</sup>. Chodzi tu w szczególności o zasady związane z prawem do sądu (m.in. jawności postępowania, publicznego ogłoszenia rozstrzygnięcia, możliwości korzystania z pomocy obrońcy czy prawa do zaskarżenia rozstrzygnięcia).

W wyroku z 8 grudnia 1998 r. (K. 41/97) Trybunał wskazał, że przyjęty model odpowiedzialności dyscyplinarnej znajduje wyraźną podstawę w konstytucyjnej normie, a dokładnie w art. 17 Konstytucji. Jego zdaniem w sprawach dyscyplinarnych nie ma jednak konstytucyjnego obowiązku respektowania tych zasad, które bezpośrednio wynikają z art. 176 ust. 1 Konstytucji (czyli zasady co najmniej dwuinstancyjności postępowania), bo nie są to sprawy od początku do końca rozpatrywane przez sądy, a tylko poddane końcowej kontroli ze strony sądu.

Według TK postępowanie dyscyplinarne prowadzone przez organy samorządu zawodów zaufania publicznego stanowi ważny element wypełniania przez nie konstytucyjnej funkcji sprawowania pieczy nad należytych wykonywaniem tych zawodów. Trybunał zwrócił jednak uwagę, że organizacja takiego postępowania, wymierzone w nim kary, jak i skutki tych kar muszą się mieścić w granicach interesu publicznego i jego ochrony (art. 17 ust. 1 Konstytucji), nie naruszając przy tym art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>44</sup>. Poza tym istniejący w tzw. pragmatykach zawodowych samorządów system sankcji i procedur zapewniających przestrzeganie reguł deontologii jawi się jako gwarancja świadczenia usług na odpowiednim poziomie<sup>45</sup>.

Trybunał Konstytucyjny zajmował się również kwestią orzekania przez samorządy zawodowe najsurowszej kary dyscyplinarnej, uznając, że zakaz ubiegania się przez osoby dyscyplinarnie wydalone z samorządów zawodowych o ponowny wpis na odpowiednią listę samorządową, wynikający z art. 82 ust. 2 Prawa o adwokaturze, jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W wyroku z 18 października 2010 r. (K 1/09) TK stanął na stanowisku, że zniesienie zakazu ubiegania się o ponowny wpis na listę adwokatów przez osobę, wobec której orzeczono karę wydalenia z adwokatury, nie spowoduje żadnego istotnego ograniczenia efektywności działania samorządów zawodowych i nie upośledzi ich zdolności do realizacji celów wskazanych w art. 17 ust. 1 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny docenił szczególny rodzaj działalności, jaką

<sup>43</sup> Stanowisko takie TK wyraził w wyroku z 8 grudnia 1998 r. (K 41/97), a następnie podtrzymał w wyroku z 17 lutego 2007 r. (SK 10/07).

<sup>44</sup> Wyrok z 18 października 2010 r. (K 1/09).

<sup>45</sup> Wyrok z 18 marca 2003 r. (K 50/01).

wykonywają przedstawiciele zawodów zaufania publicznego, wskazując, że brak możliwości rehabilitacji i powrotu do zawodu osób wykluczonych z szeregów palestry, nawet po upływie wielu lat i po naprawieniu skutków ocenionej krytycznie działalności, budzi wątpliwości z punktu widzenia godności tych osób, która jest nienaruszalna i winna być chroniona przez władze publiczne (art. 30 Konstytucji).

4. Mimo że Konstytucja z 1997 r. jedynie wspomina o „zawodach zaufania publicznego”, nie jest to pojęcie zupełnie obce i nieznanne. Przez całe wieki kształtowała się bowiem jego treść przy okazji realizowania – m.in. przez adwokatów – spraw mających decydujące znaczenie dla życia jednostki. Wprowadzenie do ustawy zasadniczej tego pojęcia nie oznaczało w związku z tym wykreowania zupełnie nowej konstrukcji prawnej, choć trudno mówić o zastanym rozumieniu tego zwrotu. Miał on bowiem mimo wszystko charakter klauzuli generalnej, wymagającej doprecyzowania w praktyce. W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny doprowadził do odkodowania (ustalenia) treści tego terminu poprzez badanie norm prawnych i wypowiedzi doktryny, jak również analizę funkcji adwokatury. Opierając się na treści poglądów TK opisujących zakres znaczeniowy „zawodu zaufania publicznego”, zawód adwokata można scharakteryzować jako profesję o szczególnej, podlegającej ochronie prawnej nazwie, związaną z ingerencją w prawa i obowiązki innych podmiotów poprzez przyjmowanie od nich informacji dotyczących faktów z życia osobistego i obowiązku zachowania w tym względzie tajemnicy, wykonywaną pod pieczęcią samorządu zawodowego nie dla zysku, ale dla zaspokojenia interesu publicznego przez osoby starannie wyselekcjonowane i legitymujące się wysokim poziomem etycznym, jak i wiedzą merytoryczną.

Barbara Nita

## GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 29 MARCA 2011 R., III KK 365/10<sup>1</sup>

Teza glosowanego wyroku brzmi:

Od 1 maja 2004 r. orzeczenie kończące postępowanie karne w innym państwie Unii Europejskiej (art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen) stoi na przeszkodzie ściganiu karnemu w Polsce za ten sam czyn. Nie ma przy tym znaczenia, czy takie orzeczenie wydane w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej zapadło przed datą polskiej akcesji do tejże Unii, czy też po tej dacie. Istotne jest jedynie to, czy sąd polski orzekał po dniu 1 maja 2004 r., albowiem od tego dnia na przeszkodzie ściganiu w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. stoi orzeczenie wydane w innym państwie członkowskim.

Glosowany wyrok jest jedną z nielicznych publikowanych wypowiedzi Sądu Najwyższego dotyczącą zakresu zasady *ne bis in idem* w jej ponadpaństwowym wymiarze<sup>2</sup>. Już z tego powodu zasługuje na szczególną uwagę.

Dla oceny trafności glosowanego wyroku niezbędne jest nawiązanie do stanu faktycznego, na gruncie którego powstał problem rozstrzygnięty przez Sąd Najwyższy.

Glosowany wyrok zapadł po rozpoznaniu kasacji Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO) od wyroku Sądu Rejonowego w R., którym oskarżonego skazano m.in. za dwa przestępstwa zakwalifikowane z art. 43 ust. 3 ustawy z 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. nr 76, poz. 468 ze zm.; dalej: ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii), popełnione w okresie od 10 sierpnia 1996 r. do 13 sierpnia 1996 r. oraz w dniu 18 września 1996 r., a polegające na udziale w obrocie środkami odurzającymi w znacznych ilościach.

W odniesieniu do skazania za przestępstwa określone w art. 43 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w kasacji podniesiono zarzut naruszenia art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 114 § 3 pkt 3 k.k. i w zw. z art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen z 14 czerwca 1985 r. (Dz.Urz. UE z 2000 r. nr 239, poz. 19 ze zm.; dalej: konwencja wy-

<sup>1</sup> „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2011, nr 7.

<sup>2</sup> Kwestii tej dotyczył wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2006 r., IV KO 22/05, OSNKW 2006, z. 7–8, poz. 75.

konawcza z Schengen lub konwencja), polegającego na skazaniu oskarżonego za przypisane mu czyny popełnione na terenie Republiki Federalnej Niemiec, w sytuacji gdy został on uprzednio skazany za to samo prawomocnym wyrokiem Sądu Krajowego w Koblenji z 23 lipca 1998 r.

W konsekwencji RPO wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej skazania za przestępstwa określone w art. 43 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. z powodu zaistnienia ujemnej przesłanki procesowej w postaci stanu rzeczy osądzonej.

Rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy niejasność co do temporalnego zakresu obowiązującego zakazu *ne bis in idem* na płaszczyźnie ponadpaństwowej wiązała się z tym, że w czasie orzekania w przedmiocie odpowiedzialności oskarżonego za przestępstwa określone w art. 43 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii ustawodawca polski nie uznawał, iżby orzeczenie zapadłe za granicą stanowiło negatywną przesłankę procesową. Jak wskazano powyżej, prawomocne orzeczenie sądu niemieckiego w tym przedmiocie pochodzi z 23 lipca 1998 r.

Szerszy, ponadpaństwowy wymiar zasadzie *ne bis in idem* nadał art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen, modyfikując uregulowania wewnętrzne tych państw związanych konwencją, które – tak jak Polska – sceptycznie odnosiły się do rozciągnięcia zakazu wynikającego z tej zasady na orzeczenia obce<sup>3</sup>.

Warto tu dodać, że w czasie, z którego pochodzi prawomocne orzeczenie zapadłe w sprawie oskarżonego, na korzyść którego wniesiono kasację rozstrzygniętą glosowanym wyrokiem, Republika Federalna Niemiec była związana art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen.

Artykuł 54 konwencji wykonawczej z Schengen w różnym czasie uzyskał moc obowiązującą w poszczególnych państwach członkowskich UE<sup>4</sup>.

Podkreślenia wymaga tu, że konwencja wykonawcza z Schengen została zawarta w wykonaniu tam podpisanego układu z 14 czerwca 1985 r., zawartego pomiędzy rządami państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Francji. Na mocy art. 1 protokołu dodatkowego do traktatu amsterdamskiego, integrującego *acquis* Schengen w ramy Unii Europejskiej, z dniem wejścia w życie tego traktatu, tj. z dniem 1 maja 1999 r., konwencja wykonawcza z Schengen została włączona do dorobku wspólnotowego (*acquis communautaire*). Jak wynika z art. 2 ust. 1 protokołu dodatkowego do traktatu amsterdamskiego, od tej daty konwencja stała się automatycznie, tj. już bez konieczności jej ratyfikacji, wiążąca dla trzynastu spośród piętnastu wówczas państw członkowskich Unii Europejskiej, wymienionych w jego art. 1<sup>5</sup>. Na mocy tego protokołu dodatkowego Wielka Brytania i Irlandia zdobyły szczególny status. Uzyskały bowiem prawo traktowania *acquis* Schengen jako *cherry-picking*, tzn. wybiórczego przyjmowania na jego podstawie tych instrumentów prawa unijnego, które im

<sup>3</sup> Bliżej zob. B. Nita, *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie karnym*, PiP 2005, z. 3, s. 20 i n.

<sup>4</sup> Szczegółowe informacje dotyczące terminu ratyfikacji konwencji przez poszczególne państwa członkowskie UE dostępne są na stronie internetowej niemieckiego Związkowego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof): <http://www.bundesgerichtshof.de>

<sup>5</sup> W polskim piśmiennictwie na temat obowiązywania *acquis* Schengen i jego włączenia w ramy prawne UE zob. K. Rokicka, *Umowy z Schengen jako część acquis communautaire*, (w:) E. Piontek, A. Zawadzka (red.), *Szkice z prawa Unii Europejskiej*, t. II, Kraków 2003, s. 219–330.

odpowiadają. Na podstawie wniosków tych państw Rada podjęła decyzje zezwalające im na przystąpienie do niektórych postanowień konwencji wykonawczej z Schengen, w tym – do art. 54–58. W konsekwencji od 29 maja 2000 r. Wielka Brytania, a od 28 lutego 2002 r. Irlandia respektują zakaz wynikający z art. 54 konwencji<sup>6</sup>.

Wraz z przystąpieniem do Unii Europejskiej Polska przyjęła cały dorobek wspólnotowy (*acquis communautaire*), w tym również ustalenia z Schengen, które mocą protokołu dodatkowego do traktatu amsterdamskiego, z dniem jego wejścia w życie, zostały włączone do dorobku wspólnotowego. Związana jest zatem art. 54 konwencji od 1 maja 2004 r.

Trafne jest więc stwierdzenie zawarte w głosowanym wyroku, zgodnie z którym: „Od dnia 1 maja 2004 r. orzeczenie kończące postępowanie karne w innym państwie Unii Europejskiej (art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen) stoi na przeszkodzie ściganiu karnemu w Polsce za ten sam czyn”.

Zgodnie z zasadą supremacji prawa europejskiego wobec prawa państw członkowskich ponadpaństwowy wymiar nadany w ramach Unii Europejskiej zasadzie *ne bis in idem* przez art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen modyfikuje uregulowania państw sceptycznie odnoszących się do rozciągnięcia wynikającego z niej zakazu na obce orzeczenia<sup>7</sup>. Na mocy tego przepisu międzynarodowy obrót karny pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej został objęty zakazem płynącym z omawianej zasady. Od daty wstąpienia Polski do Unii Europejskiej art. 114 § 1 k.k., stanowiący, że co do zasady orzeczenie zapadłe za granicą nie stanowi przeszkody dla postępowania karnego przed sądem polskim, nie może być stosowany w stosunku do orzeczeń zapadłych w państwach związanych konwencją, co zresztą potwierdza art. 114 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 maja 2004 r., tj. od dnia, od którego Polska jest związana zakazem wynikającym z art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen. Zgodnie z art. 114 § 3 k.k. restryktywne uregulowanie wynikające z art. 114 § 1 k.k. nie obowiązują w odniesieniu do orzeczeń sądów państw związanych tą konwencją.

W uzasadnieniu głosowanego wyroku podkreślono, że art. 114 § 3 pkt 3 k.k. w czasie orzekania przez Sąd Rejonowy w R. w sprawie dotyczącej oskarżonego obowiązywał w brzmieniu nadanym mu ustawą z 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń<sup>8</sup> i stanowił, że: „Przepisu § 1 nie stosuje się: (...) do orzeczeń sądów państw obcych, jeżeli wynika to z wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej”. Obecnie, w brzmieniu nadanym przez ustawę z 24 października 2008 r. (Dz.U. nr 214, poz. 1344), art. 114 § 3 pkt 3 k.k. ma szerszy zakres. Stanowi mianowicie, że restryktywne uregulowanie wynikające z 114 § 1 k.k. nie znajduje zastosowania „do prawomocnych orzeczeń sądów lub innych organów państw obcych kończących postępowanie karne, jeżeli wynika to z wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej”.

W głosowanym wyroku trafnie wskazano, że zmiana normatywna dotycząca art. 114 § 3 pkt 3 k.k. w sprawie zawisłej przed Sądem Najwyższym jest pozbawiona znaczenia. Nie wiąże się bowiem z kwestią temporalnego zasięgu zakazu *ne bis in idem*. Na

<sup>6</sup> Bliżej na ten temat H. J. Bratsch, *Ne bis in idem: The European Perspective*, „Revue Internationale de Droit Penal” 2002, nr 3–4, s. 1168–1169.

<sup>7</sup> B. Nita, *Zasada*, s. 20 i n.

<sup>8</sup> Dz.U. nr 69, poz. 626.



marginesie tylko warto tu jednak odnotować, że zmiana ta wiązała się z szeroką interpretacją art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen, przyjętą przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W wyroku z 11 lutego 2003 r. w sprawach połączonych C-187/01 i C-385/01, postępowania karne przeciwko Hüseyinowi Gözütokowi i Klausowi Brüggemu, Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjął szerokie rozumienie użytego w art. 54 konwencji wyrazu „wyrok”, obejmując nim także orzeczenia kończące postępowanie przygotowawcze, wydawane bez udziału sądu przez prokuratora państwa członkowskiego Unii Europejskiej, na podstawie których na podejrzanego zostają nałożone obowiązki, a w szczególności obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej.

W głosowanym wyroku trafnie wskazano, że badany zarzut kasacyjny, dotyczący skazania oskarżonego za przestępstwa określone w art. 43 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, należy oceniać przez pryzmat art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., konstytuującego negatywną przesłankę powagi rzeczy osądzonej, interpretowanego w powiązaniu z art. 114 k.k., określającym prawne znaczenie orzeczenia wydanego za granicą. Zasadnie przy tym podkreślono, że przy wykładni tego ostatniego przepisu należy uwzględnić art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen.

Artykuł 17 § 1 pkt 7 k.p.k., czytany łącznie z art. 114 § 1 i 3 pkt 3 k.k., wskazuje, że kodeksowe ujęcie zasady *ne bis in idem* stanowi przeszkodę dla postępowania karnego przed sądem polskim, w sytuacji gdy orzeczenie w tej samej sprawie zostało prawomocnie zakończone w państwie związanym art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen.

Trafne jest stwierdzenie, że okolicznością pozbawioną znaczenia jest to, „czy owo orzeczenie wydane w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej zapadło przed datą polskiej akcesji do Unii, czy też po tej dacie”. Jak podkreślono w uzasadnieniu głosowanego wyroku: „Istotne jest jedynie to, czy sąd polski orzekał po dniu 1 maja 2004 r., albowiem od tego dnia na przeszkodzie ściganiu w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. stoi orzeczenie wydane w innym państwie członkowskim”. W nawiązaniu do stanu faktycznego, na gruncie którego powstał analizowany problem, Sąd Najwyższy wskazał, że oskarżony został skazany wyrokiem Sądu Krajowego w Koblencji z 23 lipca 1998 r., przy czym nie ulega wątpliwości, że skazaniem tym objęto zachowania przypisane oskarżonemu jako przestępstwa także wyrokiem kwestionowanym kasacją. Oczywiście trafna jest konkluzja, że w tej sytuacji powinnością sądu orzekającego w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego było umorzenie postępowania w zakresie czynów kwalifikowanych jako przestępstwa określone w art. 43 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 114 § 3 pkt 3 k.k. oraz art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen.

Na pełną aprobatę zasługuje teza, zgodnie z którą dla związania zakazem płynącym z art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen bez znaczenia jest czas, w jakim zapadło orzeczenie kreujące zakaz płynący z określonej w tym przepisie zasady *ne bis in idem*, a konkretnie czy stało się to po dniu akcesji Polski do Unii Europejskiej, czy też przed tą datą.

Wypada jedynie żałować, że uzasadniając to stanowisko, Sąd Najwyższy nie nawiązał do wypowiedzi Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącej temporalnego zakresu oddziaływania zakazu wynikającego z zasady *ne bis in idem* określonej w art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen. Chodzi tu o wyrok z 9 marca 2006 r. w sprawie C-436/04, postępowanie karne przeciwko Leopoldowi Henriemu Van Esbroeckowi, w którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości ustosunkował się do wątpliwości, czy zakaz wynikający z art. 54 konwencji aktualizuje się w sytuacji, kiedy oskarżony został

prawomocnie osądzony, w czasie gdy konwencja nie wiązała jeszcze państwa, które jako pierwsze uczyniło użytek ze swojej kompetencji do osądzenia danego czynu.

Problem temporalny, rozstrzygnięty powołanym powyżej wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dotyczył zatem sytuacji niejako „odwrotnej” aniżeli ta, w związku z którą zapadło głosowane orzeczenie Sądu Najwyższego. Uzasadnienie wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dostarcza jednak argumentów przemawiających za trafnością stanowiska zajętego przez Sąd Najwyższy.

Problem objęty powołanym powyżej wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości powstał na gruncie styku jurysdykcji norweskiej i belgijskiej. Rozstrzygając wątpliwość objętą przedstawionym mu pytaniem prejudycjalnym, Europejski Trybunał Sprawiedliwości przypomniał więc na wstępie, że dorobek z Schengen stosuje się w Belgii od 1 maja 1999 r., a w Norwegii od 25 marca 2001 r. Zatem w czasie, kiedy zapadł pierwszy wyrok skazujący oskarżonego – wyrok sądu norweskiego z 2 października 2000 r. – konwencja z Schengen nie była jeszcze dla Norwegii wiążąca.

Mając na uwadze stan faktyczny, który leży u podstaw pytania prejudycjalnego rozstrzygniętego wskazanym powyżej wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, należy w tym miejscu na marginesie zwrócić uwagę na nieścisłość, jaka pojawiła się w uzasadnieniu głosowanego wyroku. Znalazło się tam mianowicie następujące stwierdzenie: „(...) od dnia 1 maja 2004 r. orzeczenie kończące postępowanie karne w innym państwie Unii Europejskiej (bo tylko te związane są postanowieniami Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen) stoi na przeszkodzie ściganiu karnemu w Polsce za ten sam czyn”.

W kontekście przytoczonego powyżej fragmentu uzasadnienia głosowanego wyroku podkreślenia wymaga, że – jak już wskazano powyżej – w zakresie zakazu wynikającego z zasady *ne bis in idem* konwencja wykonawcza z Schengen jest aktualnie wiążąca dla wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Zakaz wynikający z zasady określonej w art. 54 tej konwencji obejmuje dodatkowo Norwegię i Islandię, które – choć nie są państwami członkowskimi Unii Europejskiej – respektują konwencję jako państwa stowarzyszone na podstawie układu zawartego 18 maja 1999 r. przez Radę Unii Europejskiej z tymi państwami. Nie jest zatem tak, jak to kategorycznie stwierdzono w głosowanym orzeczeniu, że wyłącznie państwa członkowskie Unii Europejskiej są związane postanowieniami konwencji wykonawczej z Schengen.

Udzielając odpowiedzi na przedstawioną powyżej wątpliwość, rozstrzygniętą wyrokiem z 9 marca 2006 r. w sprawie C-436/04, postępowanie karne przeciwko Leopoldowi Henriemu Van Esbroeckowi, Europejski Trybunał Sprawiedliwości trafnie stwierdził, że zasada *ne bis in idem*, określona w art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen, znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy postępowanie karne toczące się w przedmiocie odpowiedzialności tego samego oskarżonego za ten sam czyn zostało prawomocnie zakończone w innym państwie, w czasie kiedy konwencja nie wiązała go jeszcze, jeśli aktualnie, tj. w czasie orzekania, jest już związane konwencją<sup>9</sup>.

W uzasadnieniu powołanego powyżej wyroku Europejski Trybunał Sprawiedliwości trafnie podkreślił, że w konwencji wykonawczej z Schengen brak przepisu o charakterze intertemporalnym, który ograniczałby zastosowanie zakazu płynącego z zasady *ne*

<sup>9</sup> Zob. także B. Nita, *O zasadzie ne bis in idem w świetle art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 7, s. 5.

*bis in idem*. Problem stosowania tej zasady pojawia się zaś dopiero w momencie wszczęcia drugiego (kolejnego) postępowania karnego przeciwko oskarżonemu w przedmiocie jego odpowiedzialności za czyn, który został już prawomocnie osądzony w innym państwie związanym konwencją. Ocena, czy spełnione są przesłanki uruchamiające zakaz wynikający z zasady określonej w art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen, należy bowiem zawsze do państwa, które jako drugie (kolejne) chce uczynić użytek ze swojej kompetencji do osądzenia danej sprawy. Z perspektywy organu procesowego prowadzącego kolejne postępowanie karne w sprawie osądzonej już prawomocnie w innym państwie związanym konwencją istotne jest zatem tylko to, czy państwo, które jako pierwsze osądziło sprawcę, aktualnie jest związane zasadą określoną w art. 54 konwencji.

To uzasadnienie stanowiska zajętego w przedmiocie czasowego obowiązywania zasady *ne bis in idem*, w zakresie objętym pytaniem prejudycjalnym przedstawionym Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości, zasługuje na pełną aprobatę.

Uzupełniająco należy tu dodać, że wcześniej takie samo stanowisko w uzasadnieniu wyroku z 17 czerwca 2004 r. wyraził *obiter dicta* austriacki Sąd Najwyższy (Oberster Gerichtshof der Republik Österreich)<sup>10</sup>. W sprawie rozstrzygniętej przez ten sąd problem czasowego zakresu działania zakazu płynącego z tej zasady pojawił się na styku jurysdykcji niemieckiej i austriackiej. Niemcy są związane konwencją wykonawczą z Schengen od 26 marca 1995 r., Austria zaś – od 27 maja 1997 r.<sup>11</sup>

Podkreślenia wymaga, że w kontekście powołanych powyżej wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz austriackiego Sądu Najwyższego w piśmiennictwie wskazywano<sup>12</sup>, że gwarancja wynikająca z art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen obejmuje także tych oskarżonych, którzy zostali prawomocnie osądzeni przed datą, w której państwo, które jako drugie (kolejne) chce uczynić użytek ze swojej jurysdykcji krajowej, zostało związane konwencją. Podążając tropem wytyczonym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w uzasadnieniu powołanego powyżej wyroku, należy bowiem stwierdzić, że w takim wypadku znajduje zastosowanie intertemporalna zasada bezpośredniego stosowania nowej ustawy.

W uzasadnieniu powołanego powyżej wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości trafnie wskazano, że okoliczność, czy konwencja wykonawcza z Schengen obowiązywała w państwie, które jako pierwsze uczyniło użytek ze swojej kompetencji do osądzenia sprawcy, nie ma znaczenia dla obowiązywania zakazu wynikającego z tej zasady na gruncie art. 54 konwencji. Istotne jest natomiast to, czy konwencja obowiązuje w tym państwie, które jako pierwsze osądziło sprawcę, oraz w tym, które jako kolejne chce uczynić użytek ze swojej jurysdykcji. Jest to przesłanką oceny zastosowania zasady *ne bis in idem* przez organ procesowy orzekający w tym samym przedmiocie w kolejnym postępowaniu.

To ostatnie stwierdzenie mogło zostać wykorzystane jako argument wspierający trafność stanowiska zajętego przez Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku.

<sup>10</sup> Por. wyrok austriackiego Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2004 r., sygn. 12 Os 23/04. Jego sentencja oraz obszerne fragmenty uzasadnienia są opublikowane w: „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2005, nr 6, s. 344 i n.

<sup>11</sup> Bliżej zob. B. Nita, *Rozstrzygnięcie problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji karnej pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w oparciu o zasadę ne bis in idem*, „Materiały Robocze” 2006, nr 6, s. 13–18.

<sup>12</sup> Zob. B. Nita, *Rozstrzygnięcie*, s. 18.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO  
Z 9 LISTOPADA 2010 R., WA 31/10<sup>1</sup>

Teza głosowanego wyroku brzmi:

**Myśliwy, który poluje indywidualnie, nie posiadając w ogóle upoważnienia wydanego przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego, dopuszcza się przestępstwa określonego w art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego, choćby posiadał uprawnienia podstawowe, selekcyjne lub sokolnicze.**

Głosowanym orzeczeniem Sąd Najwyższy utrzymał w mocy, wydany w złożonej pod względem podmiotowym i przedmiotowym sprawie, wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w Poznaniu z 31 maja 2010 r., sygn. So 4/09, którym m.in. dwóch oskarżonych myśliwych uznano za winnych przestępstwa z art. 53 pkt 4 ustawy Prawo łowieckie, polegającego na wykonywaniu bez uprawnień polowań na terenie lotniska wojskowego przynależnego do Jednostki Wojskowej w M., stanowiącego obiekt o charakterze specjalnym, w granicach jego ogrodzenia niewchodzący w skład obwodu łowieckiego w rozumieniu art. 26 pkt 4 ustawy Prawo łowieckie.

Jak uzasadnił Sąd Najwyższy – warunkiem legalności polowania jest posiadanie odpowiednich uprawnień do wykonywania polowania. Samo posiadanie pozwolenia na broń myśliwską oraz członkostwo w Polskim Związku Łowieckim nie realizuje tego wymagania. Zdaniem Sądu Najwyższego myśliwy, który poluje indywidualnie, nie posiadając w ogóle upoważnienia wydanego przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego, dopuszcza się przestępstwa określonego w art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego, choćby posiadał uprawnienia podstawowe, selekcyjne lub sokolnicze.

Przywołane rozstrzygnięcie wpisuje się w nurt orzeczniczy zainicjowany jeszcze na gruncie dekretu z 22 października 1952 r. o prawie łowieckim<sup>2</sup>, kiedy to w uchwale z 30 grudnia 1957 r., sygn. I KO 45/56, Sąd Najwyższy uznał, że: „Podział państwa na obwody łowieckie i wydzierżawianie ich poszczególnym kołom łowieckim (...) powoduje konieczność udzielania ochrony prawnej (...) przed naruszeniami ich uprawnień łowie-

<sup>1</sup> OSNKW, 2011, nr 1, poz. 6; LEX nr 653685, Biul. PK 2010, nr 10, poz. 29.

<sup>2</sup> Dz.U. z 1952 r. nr 44, poz. 300.

ckich ze strony członków innych kół lub osób stojących poza kręgiem Polskiego Związku Łowieckiego (...). W tym sensie członek Polskiego Związku Łowieckiego wykonywający prawo polowania w obwodzie łowieckim, w którym nie otrzymał upoważnienia przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego (...) – narusza «cudze prawo polowania» przewidziane w art. 270 k.k. z 1932 r.”<sup>3</sup>.

Po wejściu w życie ustawy o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim<sup>4</sup> taki kierunek interpretacyjny został ugruntowany uchwałą z 9 września 1964 r., sygn. VI KO 26/64<sup>5</sup>, w której Sąd Najwyższy, zwracając uwagę, że gospodarka łowiecka wymaga prowadzenia w sposób planowy, a każde koło łowieckie jest odpowiedzialne za hodowlę i ochronę zwierzyny na terenie dzierżawionego przez siebie obwodu łowieckiego, stanął na stanowisku, iż skoro tylko łączne posiadanie wymienionych w ustawie dokumentów, tj. dowodu przynależności do Polskiego Związku Łowieckiego, potwierdzenia uprawnień do posiadania broni myśliwskiej oraz upoważnienia wydanego przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu na wykonanie ściśle określonego polowania, uprawnia do polowania, to członek Polskiego Związku Łowieckiego, który poluje umyślnie w danym obwodzie łowieckim bez takiego uprawnienia, postępuje „nie posiadając uprawnień do polowania” w rozumieniu art. 55 pkt 7 ustawy łowieckiej.

Na gruncie każdorazowych regulacji łowieckich słuszność zapatrywań Sądu Najwyższego wynikała z korelacji przepisu karnego z unormowaniem szczególnym, którym *expressis verbis* stanowiono, że: „Do wykonywania polowania uprawnia zezwolenie na posiadanie broni myśliwskiej łącznie z dowodem członkostwa Polskiego Związku Łowieckiego oraz upoważnieniem wydanym w obwodach wydzierżawionych przez dzierżawcę obwodu łowieckiego, a w obwodach nie wydzierżawionych – przez zarządcę obwodu łowieckiego” (art. 14 ust. 2 dekretu o prawie łowieckim), czy też że: „Do wykonywania polowania uprawnia dowód członkostwa Polskiego Związku Łowieckiego łącznie z zezwoleniem na posiadanie broni myśliwskiej lub innym dokumentem uprawniającym do jej posiadania oraz upoważnieniem wydanym w obwodach wydzierżawionych przez dzierżawcę obwodu łowieckiego, a w obwodach nie wydzierżawionych – przez zarządcę obwodu łowieckiego” (art. 30 ust. 2 ustawy o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim). Na tej podstawie słusznie wywodzono, że tylko posiadanie wszystkich koniecznych zezwoleń i upoważnień, tj. członkostwa Polskiego Związku Łowieckiego, zezwolenia na posiadanie broni myśliwskiej oraz wydanego przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego upoważnienia, uprawnia konkretną osobę do wykonywania polowania<sup>6</sup>.

Zmianę przyniosło uchwalenie w 1995 r. nowego Prawa łowieckiego<sup>7</sup>, które usiłując przenieść z poprzednich regulacji zasadniczy sens przepisów dotyczących koniecznych do wykonywania polowania uprawnień, nie do końca wiernie powieliło ich treść. Jak wynikało z art. 42 Prawa łowieckiego w pierwotnym brzmieniu – do wykonywania polowania miał uprawniać dowód członkostwa Polskiego Związku Łowieckiego, po-

<sup>3</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1957 r., sygn. I KO 45/56, OSNCK 1958, nr 2, poz. 15.

<sup>4</sup> Ustawa z 17 czerwca 1959 r. o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim – Dz.U. z 1959 r. nr 36, poz. 226.

<sup>5</sup> OSNKW 1964, z. 11, poz. 164.

<sup>6</sup> L. Jastrzębski, W. Lipko, E. Stankiewicz, *Prawo łowieckie. Komentarz*, Warszawa 1963, s. 142.

<sup>7</sup> Ustawa z 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, Dz.U. z 1995 r. nr 147, poz. 713 z późn. zm.



twierdzący uzyskanie odpowiednich uprawnień oraz pozwolenie na posiadanie broni myśliwskiej lub inny dokument uprawniający do jej posiadania (art. 42 ust. 2 Prawa łowieckiego), przy czym do wykonywania polowania indywidualnego konieczne było dodatkowo dysponowanie pisemnym upoważnieniem wydanym przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego (art. 42 ust. 4 Prawa łowieckiego).

Kluczowe *novum* stanowiło jednak zawarte w art. 42 ust. 3 Prawa łowieckiego stwierdzenie, że warunkiem uzyskania uprawnień do wykonywania polowania jest złożenie egzaminu przed komisją powołaną przez Polski Związek Łowiecki, szczegółowe zasady uzyskiwania oraz tryb zawieszania i cofania miał określić Minister Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa, w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych i po zasięgnięciu opinii Polskiego Związku Łowieckiego (art. 43 ust. 2 Prawa łowieckiego). Przepis ten kreował bowiem nowy sens pojęcia uprawnień do wykonywania polowania, wiążąc je z pozytywną weryfikacją, przez właściwą komisję, zasobu wiedzy łowieckiej i umiejętności praktycznych zainteresowanego.

Dalsza zmiana związana była z dokonaną w dniu 19 sierpnia 2004 r. nowelizacją<sup>8</sup>, która zastąpiła enumeratywne wyliczenie w art. 42 Prawa łowieckiego dokumentów uprawniających do wykonywania polowania jednoznacznym stwierdzeniem, że podczas polowania uprawniony do jego wykonywania zobowiązany jest posiadać legitymację członkowską Polskiego Związku Łowieckiego (o ile nie jest cudzoziemcem), pozwolenie na posiadanie broni myśliwskiej lub inny dokument uprawniający do jej posiadania albo zezwolenie ministra właściwego do spraw środowiska na łowienie zwierzęcy przy użyciu ptaka łowczego.

Nowe brzmienie przepisu dało zatem jednoznaczny wyraz woli ustawodawcy co do definitywnego rozdzielenia kwestii uprawnień do wykonywania polowania od wymogu legitymowania się odpowiednimi dokumentami podczas jego realizacji. Konsekwencją takiego posunięcia, poza zlikwidowaniem niepożądanego dwuznaczności pojęciowej, stało się jednak generalne wyłączenie karalności przypadków wykonywania polowania bez uprawnień w odniesieniu do dopuszczających się tego sprawców – myśliwych, którym to mianem należy określać osoby posiadające którekolwiek z uprawnień do wykonywania polowania, bez względu na ich przynależność do Polskiego Związku Łowieckiego.

Asumpt do takich wniosków daje dyspozycja recypowanej z wcześniejszych regulacji normy art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego, która posługując się znamieniem braku uprawnień, wyraźnie nawiązuje do części szczególnej ustawy. O ile zatem w potocznym znaczeniu pojęcie to mogłoby obejmować wszelkiego rodzaju zezwolenia niezbędne do wykonywania polowania, o tyle wobec aktualnej ustawowej definicji uprawnień do wykonywania polowania i obowiązującej w prawie karnym zasady zakazu synonimizacji musi być rozumiane jako zakaz wykonywania polowania przez osoby nieposiadające uprawnień podstawowych, selekcyjnych czy też sokolniczych<sup>9</sup>.

Można co prawda wywodzić, że czym innym są uprawnienia do wykonywania polowania (art. 42 ust. 3 Prawa łowieckiego), a czym innym uprawnienia do polowania (art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego) i na tej podstawie próbować objąć penalizacją również

<sup>8</sup> Ustawa z 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo łowieckie, Dz.U. z 2004 r. nr 172, poz. 1802.

<sup>9</sup> Podobnie M. Ledwosiński, *Kłusownicy w mundurach*, „Łowiec Polski” 2010, nr 4, s. 34 i n.



przypadki polowania przez nieupoważnionych myśliwych, jednak taka konstrukcja myślowa wydaje się dość trudna do obronienia. O upoważnieniu do wykonywania polowania ustawa mówi bowiem osobno zarówno w art. 42b ust. 2, jak i w przepisach karnych – art. 52 pkt 6, określając je wyraźnie tym mianem. Nakazuje to założyć, że gdyby ustawodawca chciał zaliczyć brak posiadania tego dokumentu do znamion przestępstwa z art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego, to w dyspozycji tegoż przepisu posłużyłby się dokładnie takim zwrotem.

Z tych samych względów, jak również z uwagi na skutek w postaci rozszerzającej wykładni art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego, trudno zaaprobować propozycję wyróżnienia uprawnień do polowania *in abstracto*, w zakresie których miałyby się mieścić uprawnienia podstawowe, selekcyjne i sokolnicze, oraz uprawnień *in concreto*, przez które należałoby rozumieć dodatkową zgodę dzierżawcy lub zarządcy obwodu łowieckiego na wykonywanie polowania<sup>10</sup>.

Sygnalizowane na tym tle wątpliwości interpretacyjne stały się przedmiotem analizy Sądu Rejonowego w Lubartowie, który postanowieniem z 24 lipca 2008 r., sygn. II K 186/08, prawomocnie umorzył postępowanie wobec myśliwego oskarżonego o wykonywanie polowania indywidualnego bez upoważnienia, słusznie wskazując, że: „(...) Nie ma żadnych podstaw, aby do przepisu art. 53 pkt 4 ww. ustawy i wskazanego tam pojęcia «polowania bez uprawnień» stosować inną definicję tychże uprawnień niż zawarto we wspomnianej ustawie. Zgodnie z treścią art. 42 ust. 3 ww. ustawy wyróżnia się trzy rodzaje uprawnień do wykonywania polowania: 1. podstawowe – uprawniające do odstrzału zwierząt łownych, z wyjątkiem samców zwierzyny płowej; 2. selekcyjne – uprawniające do odstrzału wszystkich zwierząt łownych; 3. sokolnicze – uprawniające do łowienia zwierzyny przy pomocy ptaków łowczych. I tylko osoba nieposiadająca tychże uprawnień w danym przypadku może odpowiadać za wykonywanie polowania bez uprawnień (art. 53 pkt 4 ww. ustawy). Oczywiście do wykonywania polowania indywidualnego należy mieć także upoważnienie wydane przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego (por. treść art. 42 ust. 8 ww. ustawy), jednak już sama nomenklatura (upoważnienie i uprawnienie) wyklucza traktowanie obu tych warunków w sposób tożsamy – jako uprawnień do polowania. Poza tym, skoro istnieje definicja ustawowa danego pojęcia (por. określenie ww. uprawnień), zdaniem Sądu nie wolno przy użyciu samej tylko wykładni tworzyć nowych definicji, w szczególności na gruncie prawa karnego, i na dodatek definicji niekorzystnych dla potencjalnych oskarżonych, chociażby miały one nawet pewne uzasadnienie, np. celowościowe lub systemowe (...)”.

Mimo że powyższe zapatrywanie wywraca półwieczną i utrwaloną już interpretację przepisów o kłusownictwie łowieckim, trudno formułować wobec niego zarzut błędu<sup>11</sup>. Zmiana, jaka nastąpiła w wyniku nowelizacji Prawa łowieckiego w 2004 r., spowodowała bowiem, że obecnie sytuację polowania przez myśliwego nieposiadającego upoważnienia do wykonywania takiego polowania można traktować jedynie jako kłusownictwo w znaczeniu szerokim (art. 4 ust. 3 Prawa łowieckiego), które nie wyczerpuje znamion czynu penalizowanego przez art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> W. Radecki, *Prawo łowieckie. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 214.

<sup>11</sup> Zob. *ibidem*, s. 309.

<sup>12</sup> Por. M. Kościelniak-Marszał, *Przestępstwa i wykroczenia łowieckie*, „Brać Łowiecka” 2005, nr 12, s. 42–43.

W aktualnym stanie prawnym w stosunku do myśliwego zarzut naruszenia art. 53 pkt 4 Prawa łowieckiego może zatem dotyczyć jedynie przypadku wykonywania przez niego polowania mimo braku „odpowiednich” uprawnień<sup>13</sup>. Do odpowiedzialności na tej podstawie może więc zostać pociągnięty niesokolnik polujący z ptakiem łowczym, czy też nieselekcjoner wykonujący polowanie na samce zwierzyny płowej. Poza zakresem oddziaływania analizowanego przepisu pozostają natomiast sytuacje kłusownictwa polegającego na wykonywaniu polowania przez myśliwych nieposiadających upoważnienia wydanego przez dzierżawcę bądź zarządcę obwodu łowieckiego.

Nie zmienia to faktu, że działania takie, charakteryzując się wysokim stopniem szkodliwości społecznej, godzą w istotę współczesnego łowiectwa, opartego na planowym prowadzeniu gospodarki łowieckiej z uwzględnieniem zrównoważonego rozwoju populacji, w celu zapewnienia harmonijnej koincydencji z gospodarką rolną i rybacką. W tych okolicznościach niezbędna wydaje się zatem jak najszybsza ingerencja prawodawcy, polegająca na uzupełnieniu art. 53 Prawa łowieckiego o dodatkowe znamię czynu zabronionego w postaci polowania bez upoważnienia wydanego przez dzierżawcę lub zarządcę obwodu łowieckiego. Z punktu widzenia zasady proporcjonalności i wymogu racjonalności nie sposób bowiem zaakceptować sytuacji wyłączenia karalności tej formy kłusownictwa względem sprawców – myśliwych<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> W. Radecki, *Prawo*, s. 289–290.

<sup>14</sup> Podobnie W. Radecki, *Prawo*, s. 309.

*Magdalena Zwolińska*

## GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 8 KWIECZNIA 2009 R., IV KK 407/08<sup>1</sup>

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

**Patrząc na stosowanie reguł wyłączenia wielości ocen, widzimy, że służą one do rozwiązywania problemu zbiegu przepisów skutkującego na gruncie prawa karnego skarbowego konstrukcją z art. 7 k.k.s., a na gruncie prawa karnego powszechnego konstrukcją z art. 11 § 2 k.k., nie można zaś ich stosować przy rozstrzygnięciu o istnieniu idealnego zbiegu przestępstw, o jakim mowa w art. 8 k.k.s.**

I. Stanowiące przedmiot niniejszej glosy postanowienie Sądu Najwyższego wydane zostało w związku z budzącą liczne kontrowersje problematyką wzajemnej relacji typów czynów zabronionych z art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k. W omawianym judykacie Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, według którego zachowanie polegające na doprowadzeniu do nienależnego zwrotu podatkowej należności stanowi oszustwo powszechne z art. 286 § 1 k.k. Ponadto w opinii Sądu w każdym przypadku jednoczesnej realizacji przez zachowanie sprawcy znamion typu przewidzianego w art. 286 § 1 k.k. i w art. 76 § 1 k.k.s. konieczne jest wykorzystanie konstrukcji idealnego zbiegu przestępstw i kwalifikowanie takiego zachowania zarówno jako przestępstwo powszechne określone w art. 286 § 1 k.k., jak i przestępstwo skarbowe przewidziane w art. 76 § 1 k.k.s. W ten sposób SN zakwestionował powszechnie przyjmowane w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, wedle którego wykorzystanie ustawowo określonej konstrukcji idealnego zbiegu przestępstw uzależnione jest od uprzedniego stwierdzenia, że konkurujące do oceny tego samego czynu przepisy Kodeksu karnego i Kodeksu karnego skarbowego pozostają w zbiegu właściwym.

II. Analizę trafności zajętego przez Sąd Najwyższy stanowiska co do konstrukcji idealnego zbiegu przepisów ustawy (art. 8 k.k.s.) oraz roli, jaką odgrywają reguły wyłączenia wielości ocen, rozpocząć należy od rozstrzygnięcia kwestii, która legła u podstaw zaistniałego problemu, a mianowicie wzajemnej relacji art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k.

---

<sup>1</sup> Postanowienie SN z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, LEX nr 503265. Do postanowienia tego krytyczną glosę na łamach „Palestry” (2010, nr 1–2, s. 277–289) opublikował P. Kardas.

Możliwość pozostawiania tych przepisów w zbiegu dotyczy wyłącznie sytuacji, w której sprawca, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dopuszcza się czynu polegającego na upozorowaniu przed organem skarbowym, za pomocą fikcyjnych dokumentów lub innych czynności, zaistnienia podstawy do uzyskania zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej (nienależnego zwrotu podatku VAT) w myśl ustawy o podatku od towarów i usług<sup>2</sup>.

Poglądy doktryny i orzecznictwa nie są w tym zakresie jednolite. Dotychczas proponowano przyjęcie zbiegu pozornego i kwalifikacji jedynie z art. 76 § 1 k.k.s.<sup>3</sup> lub zastosowanie jedynie przepisu art. 286 § 1 k.k.<sup>4</sup> Jeszcze inną koncepcję zaprezentował Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu, proponując przyjęcie, że czyn ten stanowi przestępstwo kwalifikowane z art. 286 § 1 k.k., a niezależnie od tego, po myśli art. 8 k.k.s., należy je zakwalifikować z odpowiedniego przepisu rozdziału 6 k.k.s. jako przestępstwo skarbowe<sup>5</sup>.

Spróbujmy problematykę zbiegu przepisów art. 286 § 1 k.k. i 76 § 1 k.k.s. rozwiązać, odwołując się do kwestii leżących u podstaw tych przepisów norm prawnych. Mówiąc o przepisie ustawy jako o jednostce tekstu prawnego, podkreślić trzeba, że jednostka ta służy nam do rekonstruowania norm prawnych, które są wyrażonymi w wypowiedzi prawnej powinnościami określonego zachowania się<sup>6</sup>.

W związku z powyższym punktem odniesienia wszelkich rozważań związanych ze zbiegiem przepisów ustawy powinno być zagadnienie norm prawnych leżących u ich podstaw oraz kwestia ich tożsamości, różnorodności i wzajemnej relacji.

Przepisu prawa karnego nie można utożsamiać z normą prawną<sup>7</sup>, służy on bowiem jedynie do jej dekodowania. Wypowiada on wprost jedynie normę sankcjonującą, której dyspozycja dotyczy zastosowania sankcji karnej, dedukowana ze zwrotu „podlega karze” zobowiązuje do pociągnięcia sprawcy czynu opisanego w hipotezie do odpowiedzialności karnej, natomiast adresatem tego zobowiązania jest organ państwowy<sup>8</sup>. Hipotezą tej normy jest opis czynu zabronionego zawarty w części szczególnej.

Z kolei norma sankcjonowana określa zachowanie się adresatów, którymi są obywatele państwa. Dyspozycja tej normy nie jest wyrażona wprost, lecz wynika z opisu czynu zabronionego. Norma sankcjonowana połączona jest funkcjonalnie z normą sankcjonu-

<sup>2</sup> Podobnie P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Komentarz do art. 76 kodeksu karnego skarbowego*, (w:) *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, LEX 2010; P. Kardas, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, *Prok. i Pr.* 2008, nr 12, s. 19–21.

<sup>3</sup> Wyroki SN: z 30 września 2003 r., I KZP 16/03, I KZP 22/03; z 22 października 2009 r., IV KK 433/08; z 12 sierpnia 2008 r., V KK 76/08; z 12 marca 2008 r., II KK 347/07; P. Kardas, *Prawnokarne aspekty uchylenia się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT – oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne?*, *Prok. i Pr.* 2006, nr 5, s. 28; P. Kardas, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, *Prok. i Pr.* 2008, nr 12, s. 5; P. Kardas, G. Łabuda, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy w prawie karnym skarbowym*, *Prok. i Pr.* 2001, nr 9.

<sup>4</sup> J. Duży, *Kwalifikacja prawna uszczuplenia podatku od towarów i usług*, *PiP* 2008, z. 10, s. 72 i n.; T. Oczkowski, *Problematyka karnoprawnej oceny wyłudzenia podatku VAT*, *Prok. i Pr.* 2009, nr 7–8, s. 82.

<sup>5</sup> Postanowienie SN z 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, LEX nr 503265.

<sup>6</sup> A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „*Krakowskie Studia Prawnicze*” 1990, Rok XXIII, s. 71.

<sup>7</sup> Tamże, s. 71; M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988.

<sup>8</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 98.

jącą, która zobowiązuje organ państwowy do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej tego, kto naruszył normę sankcjonowaną<sup>9</sup>. Norma sankcjonowana najczęściej ustanowiona zostaje przez wydanie przepisu prawa karnego i z tego przepisu wnioskuje się o jej obowiązywanie. Może być też tak, że norma sankcjonowana będzie obowiązywać niezależnie od przepisu karnego, może być bowiem wyprowadzana na podstawie innych przepisów. Przepis karny „zastaje” wtedy obowiązującą już normę prawną, wprowadzając jedynie karalność naruszenia tej normy. Trzeba pamiętać, że naruszenie normy prawnej nie zawsze jest karalne, naruszenie to może w ogóle nie być karalne albo mogą za nie grozić jedynie konsekwencje przewidziane w innych dziedzinach prawa, np. w prawie cywilnym czy administracyjnym<sup>10</sup>.

Miejszem spotkania się normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej na gruncie ustawy karnej jest opis czynu. W normie sankcjonowanej tworzy on dyspozycję, w normie sankcjonującej jest elementem hipotezy. Ten sam przepis może być podstawą dekodowania elementów należących do dwóch odrębnych struktur normatywnych<sup>11</sup>. W związku z tym konieczne jest rozróżnienie między znamionami typu decydującymi o jego sprzeczności z normą sankcjonowaną (pozwalającymi odczytać tę normę) i znamionami czynu decydującymi o jego karalności (pozwalającymi odczytać normę sankcjonującą). Wypełnienie przez czyn znamion pierwszej kategorii decyduje o jego bezprawności (sprzeczności z normą sankcjonowaną), zrealizowanie przez czyn obok znamion pierwszej grupy także znamion drugiej kategorii stanowić będzie konieczną przesłankę jego karalności. Bezprawność jest koniecznym warunkiem badania karalności czynu.

Znamiona przesądzające o naruszeniu przez czyn normy sankcjonowanej nie muszą być zawsze *expressis verbis* wymienione w przepisie części szczególnej, wynikać mogą jednak z jego treści. Znamionami tymi są: określenie przedmiotu ochrony, czyli dobra prawnego, które chroni norma sankcjonowana, oraz naruszenie reguły postępowania odnoszącej się do tego dobra<sup>12</sup>. Pozostałe znamiona, tzn. określające sposób dokonania czynu, okoliczności modalne i przedmiot czynności wykonawczej, jeśli nie służą do dekodowania reguł postępowania z dobrem, pełnić będą jedynie funkcję znamion decydujących o karalności czynu. Znamiona te decydować też będą o różnej karalności naruszeń tej samej normy sankcjonowanej<sup>13</sup>.

Rozróżnienie tych dwóch rodzajów kategorii znamion pozwala nam stwierdzić ilość norm, jakie można wnioskować z danego przepisu, oraz ilość norm, jakie można wnioskować z kilku przepisów. Jeżeli dwa różne przepisy odnoszą się do tego samego chronionego dobra i jednocześnie dotyczą tej samej reguły postępowania z danym dobrem, to znaczy, że u ich podstawy występuje ta sama norma sankcjonowana. U podłoża przepisu art. 286 § 1 k.k. leży ta sama norma sankcjonowana, którą można odczytać z art. 76 § 1 k.k.s, dobro chronione jest to samo i ta sama reguła postępowania. Przepis art. 286 § 1 k.k. ma na celu ochronę mienia, w tym także mienia Skarbu Państwa, i norma sankcjonowana, którą możemy z jego treści wyinterpretować, będzie brzmiała: „nie do-

<sup>9</sup> W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, RPEiS 1993, nr 3, s. 97.

<sup>10</sup> A. Zoll, *O normie*, s. 72.

<sup>11</sup> W. Wróbel, *Struktura normatywna*, s. 102.

<sup>12</sup> A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego*, s. 31.

<sup>13</sup> A. Zoll, *O normie*, s. 88.

prowadzaj do niekorzystnego rozporządzenia cudzym mieniem”. Natomiast u podstaw przepisu art. 76 k.k.s. będzie leżała norma sankcjonowana, która będzie miała na celu ochronę dobra prawnego w postaci obowiązku podatkowego i mienia Skarbu Państwa<sup>14</sup>. Będzie ona w uproszczeniu brzmiała: „nie doprowadzaj do uszczuplenia należności podatkowej”. Należność podatkowa będzie w tym wypadku mieniem Skarbu Państwa, a więc mieniem cudzym dla sprawcy, oznacza to, że norma brzmi: „nie doprowadzaj do niekorzystnego rozporządzenia cudzym mieniem”.

Ilość norm sankcjonowanych, jakie wynikają z kilku przepisów (np. z art. 286 § 1 k.k. i art. 76 § 1 k.k.s), oraz to, czy są one tożsame, ma znaczenie dla stwierdzenia, czy mamy do czynienia ze zbiegiem rzeczywistym (właściwym lub niewłaściwym), czy też ze zbiegiem pozornym.

Przechodząc do problematyki zbiegu, najpierw poczynimy pewne uporządkowanie terminologiczne.

Nazwa „zbieg” stanowi odpowiednik łacińskiego wyrażenia *concursum*, od którego pochodzi także francuskie słowo *concoure* i niemiecki *Konkurrenz*. Określenie to oznacza tyle, co „zejście się, spotkanie co najmniej dwóch elementów”<sup>15</sup>. W praktyce stosowania prawa karnego będzie to oznaczało konkurencję wielości ocen tego samego zachowania sprawcy, czyli możliwość pociągnięcia go do odpowiedzialności na podstawie dwóch różnych przepisów. Konkretyzując, będzie to możliwość zastosowania dwóch norm sankcjonujących. Jednak powszechnie obowiązująca zasada, wyrażona w art. 11 § 1 k.k., zgodnie z którą za ten sam czyn tylko raz można pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności karnej, wymaga, by w praktyce stosowania prawa unikać sytuacji, w której możliwe byłoby równoczesne stosowanie do tego samego czynu dwóch norm prawno-karnych. Zasada ta wynika z refleksji nad celami kary oraz aksjologicznymi ograniczeniami państwowego *ius puniendi*<sup>16</sup>. Jej realizacji służyć mają zabiegi interpretacyjne dokonywane za pomocą tzw. reguł wyłączenia wielości ocen, do której zaliczamy zasadę konsumpcji, subsydiarności i zasadę specjalności.

W obrębie pojęcia zbiegu wyróżniamy zbieg pozorny oraz zbieg rzeczywisty, w ramach którego można wyróżnić zbieg właściwy (kumulatywny) i zbieg niewłaściwy. Sprawdzenie, który z wymienionych zbiegów zachodzi, powinno koncentrować się wokół kwestii tożsamości norm sankcjonowanych wynikających ze zbiegających się przepisów i możliwości zastosowania reguł wyłączenia wielości ocen do zbiegających się norm sankcjonujących.

Z dwóch różnych przepisów może wynikać jedna i ta sama norma sankcjonowana lub mogą z nich wynikać różne normy sankcjonowane.

Przepisy, u podstaw których leży jedna i ta sama norma sankcjonowana, będą pozostawać w zbiegu rzeczywistym lub w zbiegu pozornym. Zbieg pozorny to sytuacja, w której ze zbiegiem mamy do czynienia tylko na pierwszy rzut oka. O tym, czy będzie on zachodził, zdecyduje relacja pomiędzy związanymi z tą normą sankcjonowaną normami sankcjonującymi. Jeśli dwie normy sankcjonujące będą pozostawały w takiej

<sup>14</sup> Podobnie P. Kardas, *Komentarz do art. 8 kodeksu karnego skarbowego*, (w:) *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, LEX 2010.

<sup>15</sup> Por. W. Wolter, *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 10.

<sup>16</sup> W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*, (w:) *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, J. Majewski (red.), Toruń 2006, s. 73.



relacji, że możliwe będzie zastosowanie jednej z reguł wyłączania wielości ocen, tzn. odpowiednio zasady specjalności lub subsydiarności, to zbieg ma jedynie charakter pozorny i już na płaszczyźnie abstrakcyjnej można wyłączyć wielość ocen w odniesieniu do tego samego czynu realizującego znamiona dwóch przepisów ustawy.

Przykładowo u podstaw art. 148 § 1 k.k. i art. 148 § 2 pkt 1 k.k. leży ta sama norma sankcjonowana, która brzmi „nie zabijaj”. Odnoszą się do niej dwie różne normy sankcjonujące – norma sankcjonująca S<sup>1</sup> z art. 148 § 1 k.k. brzmi: „temu, kto zabija, wymierzyć należy karę...”, natomiast norma sankcjonująca S<sup>2</sup> wynikająca z art. 148 § 1 pkt 1 k.k. brzmi: „temu, kto zabija ze szczególnym okrucieństwem, wymierzyć należy karę...” Hipoteza normy sankcjonującej S<sup>2</sup> (opis czynu) zawiera się w całości w hipotezie normy S<sup>1</sup>. Oznacza to, że zachodzący pomiędzy nimi stosunek powoduje, że w istocie zbieg ten jest zbiegiem pozornym.

Tak samo będzie w przypadku art. 286 § 1 k.k. i art. 76 § 1 k.k.s., norma sankcjonowana jest ta sama, a stosunek hipotez norm sankcjonujących pozwala nam zastosować zasadę specjalności. Hipoteza normy sankcjonującej z art. 76 § 1 k.k.s., która w uproszczeniu brzmi: „temu, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadza w błąd i doprowadza do nienależnego zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej, należy wymierzyć karę...”, będzie się zawierała w hipotezie normy sankcjonującej z art. 286 § 1 k.k. Elementem specjalizującym zawartym w normie sankcjonującej z art. 76 § 1 k.k.s. jest specyficzny sposób działania sprawcy, który narusza obowiązki podatkowe. Zachodzący tutaj zbieg jest zbiegiem pozornym.

Podobnie będzie w przypadku przepisów art. 163 § 1 pkt 1 k.k. i art. 164 § 1 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k., u podstaw których leży ta sama norma sankcjonowana o treści: „nie sprowadzaj zdarzenia zagrażającego bezpieczeństwu powszechnemu”. Pierwszy z tych przepisów odnosi się do naruszenia dobra w postaci powszechnego bezpieczeństwa, a drugi do narażenia tego dobra na niebezpieczeństwo. W tym wypadku reguła subsydiarności milczącej zachodząca między normami sankcjonującymi pozwala nam wyłączyć zbieg, który w związku z tym będzie jedynie zbiegiem pozornym.

Inaczej sytuacja wygląda w przypadku, gdy z dwóch przepisów wynika jedna i ta sama norma sankcjonowana, ale stosunek między normami sankcjonującymi nie pozwala zastosować żadnej ze wskazanych zasad, tzn. zbiegu nie redukuje ani zasada subsydiarności, ani specjalności. Taka sytuacja zachodzić będzie np. w przypadku przepisów art. 148 § 2 pkt 1 k.k. i art. 148 § 2 pkt 3 k.k. Wynika z nich jedna i ta sama norma sankcjonowana: „nie zabijaj”. Natomiast normy sankcjonujące są następujące: z art. 148 § 2 pkt 1 k.k. – S<sup>1</sup>: „temu, kto zabija ze szczególnym okrucieństwem, należy wymierzyć karę...” i z art. 148 § 2 pkt 3 k.k.: „temu, kto zabija w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, należy wymierzyć karę...” Do hipotez tych dwóch norm sankcjonujących nie można zastosować żadnej z wymienionych reguł wyłączania wielości ocen, co oznacza, że zbieg nie jest jedynie zbiegiem pozornym oraz że mamy do czynienia ze zbiegiem rzeczywistym. Pytanie tylko, czy jest to zbieg właściwy, czy niewłaściwy.

Ze zbiegiem rzeczywistym będziemy mieli do czynienia w dwóch sytuacjach.

Po pierwsze, gdy z analizowanych przepisów wynikają dwie różne normy sankcjonowane, np. art. 191 § 1 k.k. (norma sankcjonowana o treści „nie zmuszaj innej osoby do działania lub niedziałania”) i art. 280 § 1 k.k. (norma o treści „nie kradnij”), mogą pozostawać w zbiegu rzeczywistym. Jednak o tym, czy jest to zbieg właściwy (kumula-

tywny), decyduje to, czy na płaszczyźnie konkretnej, tzn. przy ocenie cech indywidualnego czynu, który znamiona tych przepisów realizuje, da się wyłączyć wielość ocen (możliwość zastosowania wielu norm sankcjonujących) poprzez zastosowanie reguły wyłączania wielości ocen, tzw. zasady konsumpcji. Jeśli mimo naruszenia dwóch różnych norm sankcjonowanych stosunek pomiędzy odnoszącymi się do nich normami sankcjonującymi badany *in concreto* jest tego rodzaju, że zastosowanie tylko jednej z tych norm sankcjonujących odda całą zawartość kryminalną, to będziemy mieli zbieg niewłaściwy.

Drugi przypadek zbiegu właściwego (kumulatywnego) będzie zachodził wtedy, gdy z dwóch przepisów wynikać będzie jedna i ta sama norma sankcjonowana, a stosunek norm sankcjonujących będzie tego rodzaju, że żadnej z nich nie da się wyłączyć na płaszczyźnie abstrakcyjnej przy zastosowaniu zasad specjalności lub subsydiarności. Dodatkowo na płaszczyźnie *in concreto* nie da się wyłączyć stosowania żadnej z norm przy zastosowaniu zasady konsumpcji. Tak jest w przypadku art. 148 § 2 pkt 1 k.k. i art. 148 § 2 pkt 3 k.k., które mogą pozostawać w zbiegu właściwym.

Dopiero stwierdzenie, że zastosowanie wskazanych wyżej reguł wyłączania wielości ocen nie pozwala nam wykluczyć z kwalifikacji prawnej żadnego z przepisów, którego normy sankcjonujące pozostają we wskazanych powyżej relacjach, pozwala nam na zastosowanie konstrukcji idealnego zbiegu, o którym mowa w art. 8 k.k.s.

**III.** W tym zakresie za kontrowersyjne należy uznać zawarte w głosowanym orzeczeniu stanowisko Sądu Najwyższego, z którego wynika, że reguł wyłączania wielości ocen nie stosujemy przy rozstrzygnięciu o idealnym zbiegu z art. 8 k.k.s.<sup>17</sup>

Regulacja art. 8 k.k.s., do której odnosi się Sąd Najwyższy, dotyczy instytucji specyficznej i na gruncie karnoprawnym wyjątkowej. W istocie nie jest to zbieg czynów zabronionych, ale zbieg przepisów, sprawca popełnia bowiem ten sam czyn zabroniony, a stosowanie wobec niego każdego z przepisów różnych ustaw karnych, których znamiona swym zachowaniem wypełnił, jest wyłącznie wynikiem przyjętego w Kodeksie karnym skarbowym zabiegu legislacyjnego. Mamy wszelako ten sam czyn, lecz uważa się, że sprawca popełnił tyle czynów zabronionych, ile przepisów naruszył tym jednym czynem<sup>18</sup>.

Konstrukcja ta służy rozwiązaniu problemu wielości wartościowań, czyli konkurencyjności ocen tego samego czynu. Oznacza to, że jeżeli ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach karnych innej ustawy, stosuje się każdy z tych przepisów. Zatem zbieg idealny czynów karalnych istnieje tylko wówczas, gdy sam zbieg przepisów jest rzeczywisty. W tym zakresie jest wyjątkiem od zasad przewidzianych w art. 7 k.k.s. i art. 11 k.k.<sup>19</sup>, które w sytuacji zaistnienia rzeczywistego

<sup>17</sup> P. Kardas, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, „Palestra” 2010, nr 1–2, s. 277–289.*

<sup>18</sup> Tak też F. Prusak, *Komentarz do art. 8 kodeksu karnego skarbowego*, (w:) F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, t. I (art. 1–53), Zakamycze 2006.

<sup>19</sup> Podobnie P. Kardas, *Komentarz do art. 8 kodeksu karnego skarbowego*, (w:) *Kodeks karny skarbowy*; T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 8 kodeksu karnego skarbowego*, (w:) *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, LEX 2009, wyd. IV.

zbiegu przepisów nakazują przypisanie sprawcy jednego przestępstwa, ale kwalifikowanego kumulatywnie.

Reasumując, badanie kwestii zastosowania art. 8 k.k.s. wygląda następująco: najpierw stwierdzamy, że zachowanie sprawcy spełnia wymogi pozwalające uznać je za ten sam czyn. Następnie badamy, czy wyczerpuje ono znamiona typu czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo skarbowe i czy jednocześnie wyczerpuje znamiona typu czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo powszechne. Jeśli tak, oznacza to, że mamy do czynienia ze zbiegiem przepisów. Należy jednak pamiętać, że zbieg może mieć charakter zbiegu pozornego, pomijanego lub rzeczywistego. Zabieg, który pozwala stwierdzić, z jakim zbiegiem mamy do czynienia, przeprowadzamy przy zastosowaniu reguł wyłączenia wielości ocen. Dopiero po ich zastosowaniu możliwe jest stwierdzenie, czy mamy do czynienia ze zbiegiem rzeczywistym, a tylko do takiego zbiegu odnosi się art. 8 k.k.s.

**IV.** Powracając do zarysowanego na wstępie zagadnienia wzajemnej relacji przepisów art. 286 § 1 k.k. i art. 76 § 1 k.k.s. w przypadkach, w których sprawca, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza do zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej, stwierdzić należy, że zachodzi między nimi zbieg pozorny.

*Piotr Ostapa*

## GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 27 CZERWCA 2008 R., III CZP 50/08<sup>1</sup>

Teza glosowanej uchwały brzmi:

**Strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, dotyczącego wydania – na podstawie art. 479<sup>14</sup> § 2 i 479<sup>18</sup> § 3 k.p.c. – postanowienia oddalającego wniosek o przeprowadzenie dowodów, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie (art. 162 k.p.c.).**

Wykładnia treści art. 162 k.p.c. stanowiła już wielokrotnie przedmiot zainteresowania Sądu Najwyższego. Sporadycznie jednak, jak do tej pory, Sąd Najwyższy wypowiadał się w kwestii objęcia dyspozycją wskazanego przepisu również postanowień dowodowych wydawanych przez organ orzekający.

Wyraźne stanowisko w tej materii zajął on w uchwale z 27 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 55/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 144), stwierdzając, że: **strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, polegającego na wydaniu postanowienia, które może być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w toku posiedzenia, a w razie nieobecności – na najbliższym posiedzeniu, chyba że niezgłoszenie zastrzeżenia nastąpiło bez jej winy (art. 162 k.p.c.).**

Uchwała z 27 czerwca 2008 r. stanowi zdecydowane potwierdzenie przyjętego wcześniej stanowiska w orzecznictwie. Co więcej, już w samej tezie wskazanej uchwały zaprezentowany wyżej pogląd Sądu Najwyższego został również odniesiony do postanowień dowodowych wydawanych w postępowaniu prowadzonym w trybie gospodarczym. W ocenie więc Sądu Najwyższego brak zgłoszenia we właściwym czasie zastrzeżenia do protokołu posiedzenia w przypadku bezzasadnego oddalenia przez sąd wniosku dowodowego strony, pomimo braku naruszenia przez nią zasady prekluzji dowodowej, pozbawi ją możliwości skutecznego podniesienia zarzutu w postępowaniu odwoławczym.

---

<sup>1</sup> OSNC 2009, nr 7–8, poz. 103.

I. Powyższe kategoryczne stanowisko budzi istotne wątpliwości, a zostają one dodatkowo pogłębione lakonicznością wypowiedzi Sądu Najwyższego. Ogranicza on wszak w istocie uzasadnienie orzeczenia wyłącznie do przeprowadzenia wykładni literalnej treści art. 162 k.p.c., pozostawiając poza przedmiotem rozważań niebagatelne skutki prawne, jakie zaprezentowana koncepcja wykładni niesie dla stron prowadzonego postępowania.

Dalsze rozważania należy poprzedzić przytoczeniem treści art. 162 k.p.c.

Przepis ten stanowi, że: „**Strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy**”.

W treści uchwały, na którą powołuje się Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu, stwierdza się, że: „Celem tego przepisu jest nie tylko ożywienie inicjatywy stron w kierunku doraźnego, bezwłocznego usuwania popełnionych przez sąd uchybień, ale również zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania przez eliminację przyczyn, które mogłyby stać się w przyszłości podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego”<sup>2</sup>.

Uznając za Sądem Najwyższym, że zamiarem ustawodawcy było pobudzenie inicjatywy stron w doprowadzeniu do szybkiego usunięcia dostrzeżonych przez nie naruszeń przepisów postępowania i umożliwienie sądowi niezwłocznego naprawienia popełnionego błędu, należy zastanowić się, czy konsekwencje prawne w postaci pozbawienia strony możliwości skutecznego podniesienia zarzutu w środku zaskarżenia i tym samym zamknięcia *de facto* drogi do wydania korzystnego dla niej wyroku nie stanowią sankcji zbyt surowej i niewspółmiernej do jej zaniedbania.

Próbując odpowiedzieć na powyższe pytanie, nie można przede wszystkim tracić z pola widzenia faktu, że naruszenie przepisów postępowania, o którym mowa, jest wynikiem działania organu orzekającego, nie zaś strony postępowania. Dlaczego więc nie można poddać go kontroli instancyjnej przez sąd odwoławczy, a strona ma ponosić ujemne konsekwencje prawne oczywistych błędów organu orzekającego, tym bardziej że okazują się one mieć tak istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy? Pozostaje wreszcie zadać pytanie o zasadność i celowość stosowania art. 162 k.p.c. do postanowień dowodowych, mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, skoro do powyższych postanowień odsyła przecież art. 380 k.p.c.

Zgodnie z treścią wskazanego wyżej przepisu: „**Sąd drugiej instancji, na wniosek strony, rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegają zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy**”.

II. W piśmiennictwie i orzecznictwie przyjmuje się, że art. 162 k.p.c. odnosi się do sytuacji, gdy uchybienia przez Sąd przepisom postępowania mają postać zarówno czynności faktycznych<sup>3</sup>, jak i czynności procesowych, wyrażających się choćby wydanymi

<sup>2</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 144.

<sup>3</sup> Tytułem przykładu, w orzecznictwie prezentowany jest w tym kontekście przypadek niedoręczenia stro-

przez organ orzekający postanowieniami. W komentowanej uchwale Sąd Najwyższy w kontekście wykładni art. 162 k.p.c. czyni rozróżnienie postanowień na trzy grupy. I tak, do pierwszej z nich zalicza postanowienia zaskarżalne, do drugiej orzeczenia niekończące postępowania w sprawie, które mogą być uchylane i zmieniane jedynie w razie zmiany okoliczności, a zatem wiążą sąd, który je wydał (art. 359 § 1 k.p.c.), do trzeciej zaś postanowienia niezaskarżalne i mogące ulec uchyleniu lub zmianie stosownie do okoliczności sprawy. Sąd Najwyższy stwierdza jednocześnie, że art. 162 k.p.c. znajduje zastosowanie jedynie do postanowień należących do ostatniej z wymienionych grup. Do powyższej grupy należą choćby postanowienia dowodowe – zgodnie z treścią art. 240 § 1 k.p.c. nie wiążą one sądu i mogą być zmienione bądź uchylone stosownie do okoliczności.

W konsekwencji więc, w ocenie Sądu Najwyższego, naruszenie przez organ orzekający przepisów prawa przy oddaleniu wniosku dowodowego nie będzie miało wpływu na rozstrzygnięcie w sprawie, jeśli na powyższe uchybienie nie zwróci uwagi we właściwym czasie strona postępowania. Co więcej, strona, która nie podniesie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji zarzutu naruszenia przepisów postępowania, nie będzie również mogła skorzystać z art. 380 k.p.c. i wnieść o weryfikację takiego postanowienia dowodowego w postępowaniu przed sądem drugiej instancji<sup>4</sup>.

Polemizując z takim stanowiskiem, należy zastanowić się nad argumentami, które skłoniły Sąd Najwyższy do objęcia dyspozycją art. 162 k.p.c. postanowień dowodowych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a nadto nad wzajemną relacją art. 162 k.p.c. i art. 380 k.p.c.

Zgodzić się w pierwszej kolejności należy z twierdzeniem Sądu Najwyższego, że uchybienia proceduralne, o których mowa w art. 162 k.p.c., nie mogą dotyczyć postanowień zaskarżalnych. Skoro bowiem postanowienia takie podlegają kontroli w następstwie wniesienia zażalenia, to niezrozumiałe byłoby dodatkowe obciążanie strony koniecznością zwrócenia uwagi na popełnione przy ich wydaniu uchybienia w postaci zastrzeżenia do protokołu.

Wątpliwości budzi natomiast konstatacja Sądu Najwyższego, że art. 162 k.p.c. odnosi się do postanowień, które mogą być przez sąd w każdej chwili zmienione bądź uchylone, nie dotyczy zaś tych, które wiążą organ orzekający. Z pewnością takiego wniosku nie sposób wysnuć na podstawie wykładni literalnej omawianego przepisu, który mówi ogólnie o uchybieniach przepisom postępowania, nie wskazując tego czy innego rodzaju postanowień wydawanych przez organ orzekający. Koncepcja ta nie jest także przekonująca w konfrontacji z praktyką sądową. Otóż w ocenie Sądu Najwyższego postanowienia zmieniane bądź uchylane jedynie wskutek zmiany okoliczności sprawy (art. 359 § 1 k.p.c.) nie mogą stanowić uchybień, o których mowa w art. 162 k.p.c., gdyż ewentualne zgłoszenie przez stronę zastrzeżenia do protokołu i tak nie mogłoby (*wobec braku zmiany okoliczności sprawy*) spowodować korekty podjętej wcześniej decyzji przez sąd i odpowiednio zmiany bądź uchylenia wydanego uprzednio postanowienia.

Argument o braku prawnej możliwości uchylenia bądź zmiany przez Sąd takich

---

nie odpisów załączników pisma procesowego – wyrok SN z 3 lutego 2010 r., II CSK 286/09, OSNC 2010, nr 9, poz. 125.

<sup>4</sup> Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 2 lipca 2008 r., II PK 7/08, OSNP 2009, nr 21–22, poz. 283.



postanowień nie może w pełni przekonywać, albowiem również postanowienia podlegające zmianie stosownie do okoliczności sprawy nie muszą podlegać automatycznie sądowej korekcie w następstwie złożenia przez stronę zastrzeżenia do protokołu. Co więcej, racjonalne jest przyjęcie, że sąd, wydając błędne postanowienie dowodowe i będąc świadomy popełnionego uchybienia, sam niezwłocznie dokona niezbędnej korekty, bez oczekiwania na sygnał od strony postępowania. Z drugiej zaś strony, jeśli sąd pozostaje w błędnej świadomości prawidłowego rozstrzygnięcia wniosku dowodowego, nie musi w sposób oczywisty zareagować na interwencję strony zmianą podjętej uprzednio decyzji.

Już więc choćby z powyższego punktu widzenia obciążanie stron obowiązkiem reagowania na uchybienia przepisom postępowania w zależności od rodzaju wydanego przez Sąd postanowienia nie wydaje się przekonujące.

**III.** Bardziej zastanawiające jest jednak powiązanie przez Sąd Najwyższy obowiązku zgłoszenia przez stronę zastrzeżenia do protokołu z uprawnieniem do wnioskowania o kontrolę postanowienia dowodowego mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy przed sądem drugiej instancji.

Należy stwierdzić, że taka sytuacja z pewnością nie może być czytelna dla strony niereprezentowanej przez profesjonalnego pełnomocnika<sup>5</sup>.

Wypada zapytać, skąd ma ona wiedzieć, czy w danej sytuacji, pod rygorem utraty ewentualnego zarzutu w postępowaniu odwoławczym, winna ona zgłosić zastrzeżenie do protokołu posiedzenia Sądu, czy też może się od powyższego powstrzymać bez obawy poniesienia negatywnych konsekwencji prawnych w dalszej części postępowania<sup>6</sup>. Należy jednocześnie wskazać, że wyłączona jest możliwość uniknięcia przez stronę konsekwencji prawnych z art. 162 k.p.c. poprzez powołanie się na niezajomość przepisów prawa jako, w myśl wskazanego wyżej przepisu, niezawinioną przyczynę niezgłoszenia zastrzeżenia<sup>7</sup>.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, skuteczne powołanie się przez stronę na fakt niezgłoszenia zastrzeżenia bez swojej winy jest przewidziane tylko w sytuacjach wyjątkowych, tj. gdy strona nieporadna nie ma pełnomocnika procesowego, w wypadku choroby bądź nieobecności spowodowanej siłą wyższą<sup>8</sup>.

W ocenie piszącego te słowa celowość stosowania regulacji art. 162 k.p.c. do postanowień dowodowych winna być analizowana przez pryzmat art. 380 k.p.c. Skoro art. 380 k.p.c. pozwala na weryfikację przez sąd drugiej instancji postanowień niepodlegających zaskarżeniu w drodze zażalenia, a mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, to zasta-

<sup>5</sup> O tym, że art. 162 k.p.c. dotyczy zarówno stron występujących bez pełnomocników profesjonalnych, jak i stron reprezentowanych przez adwokatów czy też radców prawnych, twierdzi A. Zieliński w *Komentarzu do Kodeksu postępowania cywilnego*, C.H. Beck, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 282.

<sup>6</sup> Na powyższą okoliczność zwraca uwagę S. Marcinkowski w artykule *Kto ma wytykać nieprawidłowości*, „Rzeczpospolita” z 7 sierpnia 2008 r.

<sup>7</sup> Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 25 lutego 1998 r. (II UKN 519/97, OSNP 1999, nr 1, poz. 36), niezajomość przepisów postępowania nie może być uznana za niezawinioną przyczynę uchybienia dokonania czynności procesowej w terminie.

<sup>8</sup> Por. M. Jędrzejewska, K. Weitz, T. Ereciński, J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Część pierwsza, Postępowanie rozpoznawcze, Część druga, Postępowanie zabezpieczające*, LexisNexis, wyd. III, Warszawa 2009, s. 2308.

nawiać może objęcie przez ustawodawcę, w ocenie Sądu Najwyższego, taką kontrolą tylko tych orzeczeń, których wadliwość została uprzednio zakwestionowana w drodze wpisania zastrzeżenia do protokołu.

Sama wykładnia literalna art. 380 k.p.c. nie pozwala na twierdzenie, by dodatkowym warunkiem dokonania wskazanej kontroli było zwrócenie przez stronę uwagi na uchybienie sądu – powyższy przepis nie odsyła bowiem w żaden sposób do treści art. 162 k.p.c.

Również względy celowościowe podają zaprezentowane w uchwale Sądu Najwyższego stanowisko w wątpliwość.

Można się przede wszystkim zastanawiać, czy uzależnienie możliwości poddania kontroli odwoławczej wydanych przez Sąd z naruszeniem przepisów prawa postanowień dowodowych od uprzedniego zgłoszenia przez stronę zastrzeżenia do protokołu nie stanowi ograniczenia jej praw do obrony, a tym samym nie godzi w podstawową zasadę postępowania cywilnego – zasadę równości stron. Idąc dalej, wypadałoby również rozważyć, czy oddalenie przez sąd wniosku dowodowego, niesłusznie uznanego za sprekludowany, nie prowadziłoby zgodnie z art. 379 pkt 5 k.p.c. do nieważności całego postępowania<sup>9</sup>.

Przepis art. 380 k.p.c. stanowi dla stron swoistą rekompensatę niezaskarżalności części postanowień sądowych, a w związku z tym winny one mieć możliwość korzystania z powyższego środka ochrony prawnej w pełnym zakresie i bez niezrozumiałych ograniczeń. Jeśli więc ustawodawca uznał, że sąd drugiej instancji na wniosek strony dokona kontroli niezaskarżalnego postanowienia wydanego w pierwszej instancji, to jako wyłączne warunki dokonania takiej kontroli należy traktować wymienione w tym przepisie: po pierwsze, zgłoszenie przez stronę stosownego wniosku, a po drugie, wydanie przez sąd pierwszej instancji postanowienia mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Formułowanie dodatkowego, nieznajdującego odzwierciedlenia w treści przepisu art. 380 k.p.c. warunku dokonania takiej kontroli należy traktować jako przeszkodę w realizacji przez strony ich uprawnień procesowych. Okazać się wszak może, że pomimo zgłoszenia przez stronę we właściwym czasie wniosku dowodowego niezbędnego dla wykazania powołanych w sprawie twierdzeń ów wniosek, wyłącznie z winy sądu, nie zostanie dopuszczony w postępowaniu w pierwszej instancji, a strona zostanie również pozbawiona roszczenia o korektę oczywiście wadliwej decyzji sądu w postępowaniu odwoławczym. W praktyce dochodzi więc do sytuacji, w której wadliwe działanie sądu nakłada na stronę dodatkowe obowiązki procesowe, a ich niezrealizowanie skutkuje usankcjonowaniem błędnych decyzji organu orzekającego. Mimo podjęcia wadliwej decyzji to nie sąd zostaje więc zmuszony do podjęcia działań mających na celu jej zmianę, ale wyłącznie strona musi przedsięwziąć niezbędne ku temu kroki.

Akceptując stanowisko Sądu Najwyższego, należałoby dojść do wniosku, że organ orzekający, po wydaniu postanowienia dowodowego, może prezentować całkowicie bierną postawę, nie narażając się przy tym na jakiegokolwiek skutki prawne ewentualnych uchybień. W przypadku zgłoszenia przez stronę zastrzeżenia do protokołu sąd może

---

<sup>9</sup> Uznanie, że powyższe naruszenie przepisów prawa winno być wzięte przez Sąd pod rozwagę z urzędu, skutkowałoby z mocy art. 162 zd. drugie k.p.c. zwolnieniem strony z obowiązku zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu.

bowiem zmienić postanowienie dowodowe, a w sytuacji jego braku nie podejmować jakiegokolwiek aktywności, będąc świadomy, że wydane orzeczenie nie zostanie już poddane kontroli merytorycznej przez sąd odwoławczy.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że wyłączenie spod działania art. 162 k.p.c. postanowień dowodowych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy byłoby wyrazem zgody na odwołanie stawiania zarzutów formalnych aż do apelacji, a tym samym na przedłużanie postępowania<sup>10</sup>.

Należy wszak postawić pytanie, czy przeprowadzona przez Sąd Najwyższy wykładnia art. 162 k.p.c., zawężająca *de facto* zakres zarzutów, które mogą być skutecznie stawiane w środku zaskarżenia, nie ograniczy w sposób istotny roli sądu odwoławczego w rozpoznaniu danej sprawy.

Wobec obowiązującej zasady dwuinstancyjności to właśnie na sędzie rozpoznającym sprawę w drugiej instancji winien spoczywać obowiązek kontroli zaskarżonego orzeczenia m.in. pod kątem ewentualnych naruszeń przepisów postępowania mogących mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia. Uznanie, że jej koniecznym warunkiem jest zgłoszenie przez stronę zastrzeżenia do protokołu jeszcze w postępowaniu w pierwszej instancji, spowoduje skupienie się przez sąd odwoławczy na ustaleniu, czy owo zastrzeżenie zostało zgłoszone, a stwierdzenie jego braku doprowadzi do automatycznego pominięcia zarzutu strony, bez wnikania w jego *meritum*.

IV. Piszący te słowa nie kwestionuje istotnej roli zasady koncentracji materiału dowodowego, a jednocześnie zgadza się ze stanowiskiem, że obowiązujące regulacje prawne winny pobudzać strony do większej aktywności procesowej, jednak bez wątplenia nie mogą one powodować istotnego ograniczenia ich praw do obrony. Takie ograniczenie może zaś powodować objęcie przedmiotem regulacji art. 162 k.p.c. postanowień dowodowych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a wydawanych przez organ orzekający z naruszeniem zasady prekluzji dowodowej.

Należy zastanowić się, czy nie byłoby zasadne przyjęcie koncepcji, według której to właśnie art. 380 k.p.c., jako umożliwiający merytoryczną kontrolę przez sąd wyższej instancji wydanych z naruszeniem prawa postanowień, a przez to zabezpieczający w sposób należyty prawa strony postępowania, winien mieć wyłączne zastosowanie do postanowień dowodowych mających wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. W przypadku postanowień oddalających wnioski dowodowe o takich właśnie postanowieniach można byłoby mówić, gdyby stan faktyczny sprawy pozwalał przyjąć, że pominięte przez Sąd dowody mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy<sup>11</sup>.

Zarzut naruszenia art. 380 k.p.c. byłby w takim przypadku uzasadniony, gdyby w rozpoznawanej sprawie nie można było odrzucić *a priori* zależności pomiędzy pominięciem przez sąd pierwszej instancji dowodów zgłoszonych przez stronę a sposobem rozstrzygnięcia o przedmiocie sprawy<sup>12</sup>, bez względu na ewentualne zgłoszenie zastrzeżenia przez stronę postępowania.

<sup>10</sup> Tak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 144.

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 1997 r., III CKN 55/97, Prok. i Pr. 1998, dodatek, z. 2, poz. 44.

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2008 r., II PK 7/08.

Taka ochrona praw strony miałaby szczególnie istotne znaczenie w postępowaniu prowadzonym w trybie gospodarczym, gdzie powołanie dowodów i twierdzeń jest w istocie możliwe wyłącznie w ściśle określonych ramach czasowych postępowania, a oddalenie wniosku dowodowego przez Sąd zamyka w praktyce drogę stronie do powołania innych dowodów w zastępstwie tych pominiętych<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Zgodnie z treścią art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. i art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. strony są obowiązane do podania w pozwie oraz w odpowiedzi na pozew wszystkich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania. Dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie mogą być skutecznie powołane jedynie wyjątkowo, w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym ich powołanie stało się możliwe bądź wynikała potrzeba ich powołania.

*Karol Skrodzki*

## GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 21 LIPCA 2010 R., III CZP 23/10<sup>1</sup>

Teza głosowanej uchwały brzmi:

**Jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, mandat członka zarządu wygasa w terminie przewidzianym w art. 202 § 1 k.s.h. także wtedy, gdy według uchwały wspólników powołanie nastąpiło na czas nieokreślony.**

### POWOŁANIE CZŁONKA ZARZĄDU SPÓŁKI Z O.O. NA CZAS NIEOKREŚLONY

1. W głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy podejmuje próbę rozstrzygnięcia problemu związanego z ustaleniem momentu wygaśnięcia mandatu członka zarządu spółki z o.o., który na mocy uchwały wspólników został powołany do pełnienia funkcji na czas nieokreślony, a przy tym sama umowa spółki nie zawierała odrębnych postanowień ani w przedmiocie powołania na czas nieokreślony, ani w kwestii momentu wygaśnięcia mandatu. W szczególności rozważania komentowanej uchwały dotyczą tego, czy mandat członka zarządu powołanego na mocy uchwały wspólników na czas nieokreślony wygasa dopiero z chwilą jego odwołania (śmierci, rezygnacji), czy też zgodnie z unormowaniem art. 202 § 1 k.s.h., to jest z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu.

Rozpatrywane zagadnienie nie było dotychczas przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego. Nie jest ono również jednolicie ujmowane w piśmiennictwie. Niewątpliwie ma natomiast doniosłe znaczenie praktyczne. Sprowadza się bowiem do rozstrzygnięcia tego, z jakim momentem powołany na czas nieokreślony członek zarządu traci umocowanie do zarządzania spółką i jej reprezentowania. To zaś może się przekładać na ocenę możliwości działania spółki zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i zewnętrznych.

---

<sup>1</sup> Biul. SN 2010, nr 7, poz. 7.

2. Stan faktyczny sprawy, na gruncie której zapadło komentowane orzeczenie, nie jest skomplikowany. Otóż postanowieniem z 30 października 2009 r. Sąd Rejonowy w K. oddalił wniosek Helimed Diagnostic Imaging spółki z o.o. w K. reprezentowanej przez Marka K. o wykreślenie z rejestru przedsiębiorców danych dotyczących prokurenta spółki. Sąd Rejonowy ustalił, że uchwałą z 17 lutego 2006 r. podjętą na zgromadzeniu wspólników Marek K. został powołany do zarządu spółki Helimed Diagnostic Imaging „na czas nieoznaczony”. Zgodnie z umową spółki był on uprawniony do reprezentowania spółki samodzielnie. **Umowa spółki nie zawierała żadnych postanowień dotyczących czasu trwania kadencji członków zarządu.** W dniu 29 maja 2008 r. odbyło się zgromadzenie wspólników zatwierdzające sprawozdanie finansowe za rok obrotowy 2007, a w dniu 18 maja 2009 r. – sprawozdanie finansowe za rok 2008. 16 czerwca 2009 r. Marek K., wpisany do rejestru jako członek zarządu uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki, złożył oświadczenie skierowane do Edwarda P. o odwołaniu udzielonej mu prokury. Przy takich ustaleniach faktycznych Sąd Rejonowy uznał, że zgodnie z art. 202 § 1 k.s.h. mandat Marka K. wygaśł z dniem 29 maja 2008 r. i z tej przyczyny nie mógł on 16 czerwca 2009 r. skutecznie odwołać prokury (art. 208 § 7 k.s.h.).

Przy rozpoznawaniu apelacji spółki Sąd Okręgowy powziął wątpliwość, czy – w braku odmiennych postanowień w umowie spółki – mandat członka zarządu powołanego uchwałą wspólników na czas nieokreślony wygasa w terminie wskazanym w art. 202 § 1 k.s.h.

Rozstrzygając przedstawione zagadnienie prawne, Sąd Najwyższy podkreślił, że z regulacji art. 202 k.s.h. wynika, iż przy braku odmiennych postanowień umowy spółki kadencyjność odnosi się także do członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W dalszej kolejności Sąd Najwyższy wskazał, że przepis art. 202 § 1 k.s.h. ma charakter dyspozytywny, wobec czego znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy strony nie uregulowały kwestii wygaśnięcia mandatu w sposób odmienny, jednak – w braku odmiennej regulacji w umowie spółki – określa chwilę wygaśnięcia mandatu członka zarządu w sposób kategoryczny.

3. Dopuszczalność powołania członka zarządu spółki z o.o. na czas nieokreślony powinna być oceniana przede wszystkim przy odróżnieniu dwóch sytuacji. Pierwsza to ta, gdy umowa spółki z o.o. milczy w przedmiocie kadencji członków zarządu, w tym nie zawiera żadnych regulacji związanych z możliwością powołania na czas nieokreślony<sup>2</sup>. Druga to taka, gdy umowa spółki wprawdzie stanowi o dopuszczalności powołania członków zarządu na czas nieokreślony, jednakże nie precyzuje momentu wygaśnięcia ich mandatu.

Rozważając pierwszą ze wskazanych możliwości, podkreślić trzeba, że nie ma przeszkód ku temu, aby wspólnicy, pomimo braku stosownych postanowień w umowie spółki dotyczących kadencji członków zarządu, wskazali w uchwale, iż powołanie zarządu następuje na czas nieokreślony<sup>3</sup>. Powołanie zarządu na podstawie takiej uchwały uznać należy za skuteczne. Wątpliwości dotyczą natomiast tego, z jakim momentem

<sup>2</sup> Z taką sytuacją związane jest zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu. Pytanie prawne Sądu Okręgowego dotyczyło bowiem kwestii wygaśnięcia mandatu członka zarządu, którego powołanie na czas nieokreślony wynika jedynie z mocy samej uchwały wspólników i nie ma oparcia w przepisach umowy spółki.

<sup>3</sup> Inaczej kształtuje się sytuacja, gdy umowa spółki jednoznacznie określa długości kadencji członków za-



następuje wygaśnięcie mandatu takiego członka zarządu, skoro umowa spółki nie reguluje tej kwestii.

W doktrynie wskazuje się, że regulacja art. 202 § 1 k.s.h., zgodnie z którą (w razie braku odmiennych postanowień w umowie spółki) mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu, służyć ma eliminacji powołania zarządu na czas nieokreślony. Podnosi się, że z przepisu art. 202 § 1 k.s.h. wynika, iż ustawodawca niejako wymusza jednoroczną kadencję członka zarządu<sup>4</sup>. Podzielając powyższe spostrzeżenia, przyjąć trzeba, że skoro umowa spółki nie zawiera unormowań odnośnie do okresu, na który następuje powołanie członka zarządu, oraz nie reguluje w sposób szczególny momentu wygaśnięcia mandatu, wygasa on zgodnie z art. 202 § 1 k.s.h., to jest z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu<sup>5</sup>. Do takiego wniosku prowadzi jednoznaczne brzmienie przepisu art. 201 § 1 k.s.h.<sup>6</sup>

Powyższy pogląd trafnie podzielił w głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy.

W analizowanej uchwale Sąd Najwyższy, wykraczając niejako poza przedstawione pytanie prawne Sądu Okręgowego, zajmuje również stanowisko w przedmiocie skutków powołania zarządu na czas nieokreślony, w sytuacji gdy powołanie to następuje na mocy nie tylko samej uchwały wspólników, ale również postanowień umowy spółki. Chodzi zatem o ocenę skuteczności powołania na czas nieokreślony w sytuacji gdy umowa spółki zezwala na takie unormowanie okresu sprawowania funkcji przez członków zarządu.

W piśmiennictwie w zasadzie dopuszcza się możliwość określenia w umowie spółki, że członkowie jej zarządu powoływani są na czas nieokreślony<sup>7</sup>. Nie oznacza to jednak, że przedmiotowe zagadnienie nie jest problematyczne. Brak bowiem zgodności poglądów co do konsekwencji takiego powołania. Wątpliwości budzi w szczególności kwestia momentu, w którym dochodzi do wygaśnięcia mandatu członka zarządu powołanego na podstawie postanowień umowy spółki na czas nieokreślony. Reprezentowane są tu mianowicie dwa rozbieżne zapatrywania.

rzędu i nie przewiduje możliwości odstąpienia od postanowień umowy spółki na mocy samej uchwały wspólników.

<sup>4</sup> J. P. Naworski, (w:) R. Potrzezycz, T. Siemiątkowski, J. P. Naworski, K. Strzelczyk, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2001, uwagi do art. 202.

<sup>5</sup> Tak również M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, uwagi do art. 202; J. P. Naworski, (w:) *Komentarz*, uwagi do art. 202.

<sup>6</sup> Por. A. Kidyba, *Spółka z o.o. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2009, s. 490. Autor, porównując treść § 1 i 2 art. 202 k.s.h., prowadzi rozważania, czy do określenia momentu wygaśnięcia mandatu członka zarządu powołanego na czas nieokreślony powinna znaleźć zastosowanie regulacja z § 1, czy też § 2 art. 202. Ostatecznie, poszukując *ratio legis* tych przepisów, dochodzi do wniosku, że powołanie członka zarządu na czas nieokreślony jest w rzeczywistości powołaniem na jeden pełny rok obrotowy.

<sup>7</sup> Tak też J. A. Strzępka, E. Zielińska, (w:) J. A. Strzępka (red.), *Komentarz do k.s.h.*, t. I, Warszawa 2005, s. 672; M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 559; A. Kidyba, *Spółka*, s. 491–492; A. Szumański, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Komentarz k.s.h.*, s. 465; R. Pabis, *Spółka z o.o. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 282; R. L. Kwaśnicki, M. Ślęzak, *W sprawie określenia momentu wygaśnięcia mandatów członków menadżerskich organów spółek kapitałowych z powodu upływu kadencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 8, s. 4–7.

Według pierwszego, jeżeli kadencja członka nie została oznaczona w umowie spółki (np. w umowie spółki wskazano, że powołanie zarządu następuje na czas nieokreślony), z przepisu art. 202 § 1 k.s.h. wynika, że mandat członka zarządu wygasa zawsze z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia przez niego takiej funkcji w danej spółce. Ponadto w dalszej kolejności podnosi się, że z unormowania art. 202 § 2 k.s.h. można wyprowadzić wniosek, iż członek zarządu, który nie pełni po raz pierwszy w danej spółce takiej funkcji, gdyż został on ponownie wybrany przez wspólników (czy też przez inny organ spółki bądź osobę trzecią) do zarządu spółki, to przy założeniu, że znowu nie określono mu kadencji – jest on *de facto* powołany nadal na kolejną kadencję roczną. Wynika to stąd, że jego mandat wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za ostatni pełny rok obrotowy pełnienia przez niego funkcji członka zarządu. Ponownie wybrany członek zarządu, po pierwszej jego kadencji (art. 202 § 1 k.s.h.), podlega zakresowi podmiotowemu przepisu art. 202 § 2 k.s.h., gdyż będąc powołany znowu na czas nieoznaczony, został on powołany na okres dłuższy niż rok<sup>8</sup>.

Według natomiast drugiego ze stanowisk powołanie członka zarządu spółki z o.o. na czas nieokreślony, na podstawie postanowień umowy, oznacza, że do ustalenia daty wygaśnięcia mandatu przepis art. 202 § 1 k.s.h. ani też art. 202 § 2 k.s.h. nie znajdują zastosowania. W tym przypadku wygaśnięcie mandatu następuje bowiem dopiero z chwilą odwołania członka zarządu, jego rezygnacji lub śmierci (art. 202 § 4 k.s.h.)<sup>9</sup>.

W komentowanej uchwale Sąd Najwyższy słusznie opowiedział się za drugim z powołanych wyżej poglądów, chociaż nie przedstawił za jego przyjęciem szerszej argumentacji.

Podzielając stanowisko Sądu Najwyższego, zauważyć należy, że przepisy art. 202 § 1 i 2 k.s.h. mają charakter względnie obowiązujący, co oznacza, iż wspólnicy w umowie spółki mogą inaczej uregulować kwestię długości kadencji członka zarządu, jak również momentu wygaśnięcia mandatu. W ramach tej swobody mogą również zawrzeć zapis, że członkowie zarządu powoływani są na czas nieokreślony. W przypadku takiego ukształtowania postanowień umowy spółki określenie momentu wygaśnięcia mandatu powinno następować w pierwszej kolejności poprzez odwołanie się nie do przepisów art. 202 § 1 i 2 k.s.h., ale do samych postanowień umowy spółki. Powyższe stwierdzenie pozostaje aktualne również wtedy, gdy umowa spółki, stanowiąc o powołaniu członków zarządu na czas nieokreślony, nie zawiera wprost szczegółowych regulacji dotyczących samego momentu wygaśnięcia mandatów<sup>10</sup>. W takiej sytuacji ustalenie tego momentu

<sup>8</sup> A. Szumański, (w:) *Komentarz k.s.h.*, s. 465.

<sup>9</sup> Tak np. M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks*, uwagi do art. 202; P. Piniór, *Wygaśnięcie mandatu członka zarządu spółki kapitałowej*, „Prawo Spółek” 2008, nr 7–8, s. 7; J. A. Strzępka, E. Zielińska, (w:) *Komentarz do k.s.h.*, s. 674.

<sup>10</sup> Por. M. Litwińska-Werner, *Kodeks*, s. 559. Autorka, dopuszczając możliwość zawarcia zapisu umownego o powołaniu członków zarządu na czas nieokreślony, wskazuje, że w umowie spółki należy wówczas, dla dobra spółki, określić reguły związane z zakończeniem pełnienia funkcji w zarządzie. Zob. też A. Kidyba, *Spółka*, s. 492 oraz A. Kidyba, *Czy można powołać prezesa na czas nieoznaczony?*, „Rzeczpospolita”, dodatek „Dobra firma”, z 4 kwietnia 2006 r. Autor wskazuje również, że wspólnicy, chcąc skutecznie powołać członków zarządu na czas nieokreślony, powinni w umowie spółki wyraźnie wyłączyć stosowanie przepisu art. 202 k.s.h. Podobnie uważają R. L. Kwaśnicki, P. Letolc, *Wygaśnięcie mandatów członków organów menadżerskich spółek kapitałowych*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 9, s. 517.

powinno następować w drodze wykładni postanowień umowy, w szczególności sformułowania „czas nieokreślony”.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że umowa spółki, jako czynność prawna, podlega wykładni. Wskazuje się przy tym, że w procesie ustalania znaczenia jej postanowień, ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa obrotu, za prawnie doniosłe należy uznać ich znaczenie typowe, które – uwzględniając zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.) – może im przypisywać przeciętny uczestnik obrotu prawnego. Aktualny jest również postulat uwzględniania raczej celu postanowień umownych niż ich dosłownego brzmienia<sup>11</sup>.

Rozumienie użytego w umowie spółki terminu „czas nieokreślony” w odniesieniu do jego typowego znaczenia nie powinno nastęczać trudności. Powszechnie (w języku potocznym) za „czas nieokreślony” rozumie się taki okres, którego końca nie da się z góry przewidzieć. Skoro wspólnicy postanawiają w umowie spółki o powołaniu członków zarządu na czas nieokreślony, w rzeczywistości mają w zamiarze powołanie ich na okres, którego końca nie mogą aktualnie określić. Oznacza to zatem, że w zamyśle wspólników mandat tych członków zarządu wygaśnie dopiero na skutek ich odwołania przez uprawniony do tego organ spółki, rezygnacji lub śmierci. Tym samym wspólnicy zmierzają do wyłączenia zastosowania ustawowej regulacji momentu wygaśnięcia mandatów członków zarządu zawartej w art. 202 k.s.h.

Odwołując się do powyższego rozumienia pojęcia „czas nieokreślony”, nie można zaakceptować tych poglądów doktryny, zgodnie z którymi samo zawarcie w umowie postanowienia o powołaniu na czas nieoznaczony nie rozstrzyga jeszcze kwestii wygaśnięcia mandatu i w tym zakresie zastosowanie znajduje art. 202 § 1 k.s.h. Przyjęcie na podstawie przepisu art. 202 § 1 k.s.h., że w przypadku powołania na czas nieokreślony mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu, przekreśla prawidłowe rozumienie pojęcia „czas nieokreślony” i godzi w rzeczywistą wolę wspólników, wyrażoną w umowie spółki. Ponadto prowadzi do nieuprawnionego zrównania w skutkach sytuacji, w której umowa spółki milczy o długości kadencji członków zarządu, z tą, w której powołanie członka zarządu następuje wprawdzie bez określenia długości jego kadencji, ale przy dookreśleniu, że powołanie następuje na czas nieokreślony. Zrównanie powyższych sytuacji następuje z pominięciem woli wspólników wyrażonej w umowie spółki<sup>12</sup>.

Ostatecznie trudno jest również podzielić podnoszony w doktrynie argument, że interpretacja prowadząca do zastosowania przepisu art. 202 § 1 k.s.h. jest z korzyścią dla wspólników, którzy zyskują możliwość corocznej oceny działalności członka zarządu<sup>13</sup>. Wydaje się, że jest inaczej. Zauważyć należy, że to sami wspólnicy decydują o powołaniu członków zarządu na czas nieokreślony. Oznacza to, że ich zamiarem było zwolnienie się z obowiązku corocznej kontroli jego działalności i powoływania go na kolejne okresy. Powierzenie sprawowania zarządu na czas nieokreślony najczęściej będzie dotyczyć nie-

<sup>11</sup> Por. np. uchwały SN z 23 stycznia 1981 r., III CZP 70/80, OSNC 1981, nr 9, poz. 164 i z 23 maja 1989 r., III CZP 34/89, OSNC 1990, nr 6, poz. 80; wyrok SN z 24 października 2007 r., IV CSK 260/07, OSNC-ZD 2008, nr 3, poz. 87.

<sup>12</sup> J. A. Strzępka, E. Zielińska, (w:) *Komentarz do k.s.h.*, s. 674.

<sup>13</sup> A. Szumański, (w:) *Komentarz k.s.h.*, s. 466.

wielkich spółek z o.o., o silnym nasyceniu elementów osobowych, w których wspólnicy, ze względu na różne powiązania, darzą członków zarządu szczególnym zaufaniem. Rozwiązanie takie jest więc dla nich wygodne, gdyż eliminuje coroczny obowiązek podejmowania decyzji co do składu zarządu<sup>14</sup>.

4. Komentowana uchwała porządkuje poglądy odnośnie do możliwości powoływania członków zarządu spółki z o.o. na czas nieokreślony. Niewątpliwie powinna ona zostać dostrzeżona i uwzględniona w praktyce obrotu gospodarczego. Zwłaszcza że dotychczas praktyczne ujmowanie kwestii powołania na czas nieokreślony często odbiegało od wykładni przyjętej w komentowanym orzeczeniu.

---

<sup>14</sup> R. Adamus, *Problem dopuszczalności powołania członka zarządu spółki z o.o. na czas nieokreślony*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 15, s. 585.

# Najnowsze orzecznictwo

*Marek Antoni Nowicki*

## EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (październik–grudzień 2011 r.)

### PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Organy sądowe krajowe w żadnym wypadku nie mogą robić wrażenia, że są skłonne pozostawić bez kary zamachy na życie lub integralność fizyczną lub psychiczną. Jest to niezbędne do zachowania zaufania ogółu do nich i wykazania, że są przywiązane do rządów prawa. Należy również zapobiegać pojawieniu się jakichkolwiek znamion tolerancji działań nielegalnych lub zмовy w celu ich podejmowania.

*Orzeczenie Paçacı i inni v. Turcja, 8.11.2011 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 3064/07, § 79.*

Artykuł 2 Konwencji ma zastosowanie w sprawie dotyczącej użycia przez władze niebezpiecznej substancji w operacji ratowniczej, w której doszło do śmierci wielu osób, które władze starały się uwolnić, i do śmiertelnego zagrożenia innych.

*Orzeczenie Finogenov i inni v. Rosja, 20.12.2011 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 18299/03 i 27311/03, § 203.*

W przypadku użycia śmiertelnej siły w operacji przywracania porządku przez władze trudno jest oddzielić negatywne obowiązki państwa na podstawie Konwencji od jego obowiązków pozytywnych. Trybunał wtedy bada zwykle, czy operacja była zaplanowana i kontrolowana przez władze, tak aby możliwie zminimalizować sięganie po śmiertelność oraz straty w ludziach, a przy wyborze możliwych środków i metod prowadzenia operacji bezpieczeństwa zachowana została pełna ostrożność.

*Orzeczenie Finogenov i inni v. Rosja, 20.12.2011 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 18299/03 i 27311/03, § 208.*

Trybunał może czasami odejść od rygorystycznego standardu absolutnej konieczności, bo jego stosowanie może być zwyczajnie niemożliwe; jeśli pewne aspekty sytuacji

wykraczają daleko poza kompetencje Trybunału, władze muszą działać pod ogromną presją czasu, a ich kontrola sytuacji jest ograniczona do minimum.

*Orzeczenie Finogenov i inni v. Rosja, 20.12.2011 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 18299/03 i 27311/03, § 211.*

### ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

Cierpienie psychiczne może być rezultatem sytuacji, w której funkcjonariusze państwa świadomie wywołują strach, grożąc pozbawieniem życia albo znęcaniem się, inaczej mówiąc, grożą aktami zakazanymi w art. 2 i 3 Konwencji.

*Orzeczenie Hristovi v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 42697/05, § 80.*

Uprawnione względy bezpieczeństwa mogą wymagać utajnienia przesłuchania funkcjonariuszy sił specjalnych, ale przepisy krajowe i praktyka niepozwalające na ich identyfikację, przynajmniej wobec osób prowadzących śledztwo, oraz na ich przesłuchanie w odpowiedni sposób są niezgodne z obowiązkami państwa na podstawie art. 3.

*Orzeczenie Hristovi v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 42697/05, § 91.*

Trybunał ma poważne zastrzeżenia dotyczące udziału zamaskowanych i uzbrojonych policjantów w operacjach w mieszkaniu, jeśli nie ma ryzyka zbrojnego oporu ze strony zatrzymywanego. Jeśli w danych okolicznościach władze muszą wysłać na taką operację zamaskowanych funkcjonariuszy, wymaga się, aby nosili na sobie widoczne anonimowe znaki rozpoznawcze – np. numery lub litery – umożliwiające ich późniejszą identyfikację i przesłuchanie w związku z potrzebą zbadania sposobu przeprowadzenia operacji.

*Orzeczenie Hristovi v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 42697/05, § 92.*

Brak odpowiedniego oznakowania zamaskowanych funkcjonariuszy może być przyjmowany jako przyznanie pewnej kategorii policjantów faktycznej bezkarności. W takiej sytuacji późniejsze śledztwo nie może być uznane za skuteczne.

*Orzeczenie Hristovi v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 42697/05, § 93.*

Godny pożałowania jest brak w prawie karnym umożliwiający uniknięcie odpowiedzialności osobom, którym można postawić zarzut zadawania innym cierpień psychicznych.

*Orzeczenie Hristovi v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 42697/05, § 95.*

Zapewnienia państwa przyjmującego deportowanego, że będzie go właściwie traktować, nie zwalniają państwa Konwencji z obowiązku rozważenia praktycznych konsekwencji swojej decyzji.

*Orzeczenie Auad v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 46390/10, § 104.*

Wysłanie do kraju przejściowego nie wpływa na odpowiedzialność państwa wydalającego za zapewnienie, aby osoba wydalana nie była narażona na traktowanie sprzeczne z art. 3.

*Orzeczenie Auad v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 46390/10, § 106.*



W przypadku pozbawienia wolności pewność prawna oznacza ściśle poszanowanie każdego istotnego, uzasadniającego je elementu zawartego w prawie krajowym i Konwencji. W sprawach obcokrajowców aresztowanych w celu wydalenia brak określenia kraju przeznaczenia może utrudniać skuteczną ocenę działań władz związanych z deportacją.

*Orzeczenie Auad v. Bułgaria, 11.10.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 46390/10, § 133.*

## PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Obowiązek państwa zapewnienia, aby proces toczył się przed „sądem niezawisłym i bezstronnym”, na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji nie ogranicza się do samego sądownictwa. Wynikają z niego również obowiązki władzy wykonawczej, ustawodawcy oraz wszystkich innych władz państwowych każdego szczebla, poszanowania i podporządkowania się wyrokom i innym decyzjom sądów, nawet jeśli się z nimi nie zgadzają. Tak więc poszanowanie przez państwo autorytetu sądów jest nieodzownym warunkiem publicznego zaufania do nich oraz – w kategoriach bardziej ogólnych – do rządów prawa. Aby tak się stało, nie wystarczają konstytucyjne gwarancje niezawisłości i bezstronności sądownictwa. Muszą one bowiem być skutecznie wpisane w codzienne postawy i praktyki organów administracji.

*Orzeczenie Agrokomplex v. Ukraina, 6.10.2011 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 23465/03, § 136.*

Obiektywnie postrzegana niezawisłość i bezstronność sędziowska wymaga od pojedynczych sędziów, aby byli wolni od niewłaściwych wpływów – nie tylko spoza, ale również spośród sądownictwa. Ta niezawisłość sędziowska wewnątrz sądów wymaga, aby sędziowie byli wolni od poleceń lub nacisków ze strony innych sędziów albo osób pełniących w sądzie funkcje administracyjne, takich jak np. prezes sądu. Brak wystarczających zabezpieczeń zapewniających niezawisłość sędziowską wewnątrz sądów, a w szczególności wobec ich przełożonych w strukturze sądów, może doprowadzić do uznania, że wątpliwości skarżącego dotyczące niezawisłości i bezstronności sądu są obiektywnie usprawiedliwione.

*Orzeczenie Agrokomplex v. Ukraina, 6.10.2011 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 23465/03, § 137.*

Próby władz pozasądowych podejmowania interwencji w postępowanie sądowe zasługują na jak najsurowsze potępienie i są *ipso facto* niezgodne z pojęciem „niezawisły i bezstronny sąd” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji. Nie ma znaczenia, czy zarzucone interwencje rzeczywiście wpłynęły na przebieg postępowania. Pochodzą one jednak od władzy wykonawczej i ustawodawczej państwa i są oznaką braku poszanowania samego urzędu sędziego.

*Orzeczenie Agrokomplex v. Ukraina, 6.10.2011 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 23465/03, § 133–134.*

Trybunał nie może kwestionować interpretacji prawa wewnętrznego dokonanej przez sądy krajowe. Podobnie – zasadniczo jego rola nie polega na porównywaniu

różnych decyzji sądów krajowych, nawet wydanych w najwyraźniej podobnych postępowaniach. Musi szanować ich niezależność.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 50.*

Możliwość wydania sprzecznych ze sobą orzeczeń sądów jest nieodłączną cechą każdego systemu sądowego opartego na sieci sądów pierwszej instancji i odwoławczych posiadających określoną jurysdykcję terytorialną. Podobne różnice w orzecznictwie mogą również pojawić się w tym samym sądzie. Sytuacja taka, sama w sobie, nie może być uważana za sprzeczną z Konwencją.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 51.*

Przy ocenie, czy niedające się ze sobą pogodzić wyroki najwyższych krajowych instancji sądowych naruszają rzetelność procesu sądowego, Trybunał ustala, czy w orzecznictwie najwyższych instancji sądowych istnieją „głębokie i utrzymujące się od dawna różnice” oraz czy prawo krajowe przewiduje mechanizm ich przewyżczenia, czy został on zastosowany, a jeśli tak – z jakim skutkiem.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 52–53.*

Do państw należy zorganizowanie swoich systemów prawnych w sposób umożliwiający unikanie wydawania niezgodnych ze sobą wyroków.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 55.*

Prawo do rzetelnego procesu sądowego należy interpretować w świetle preambuły do Konwencji, która uznaje, że rządy prawa są częścią wspólnego dziedzictwa jej państw-stron. Obecnie za jeden z fundamentalnych aspektów rządów prawa uznaje się zasadę pewności prawnej, która m.in. gwarantuje pewną stabilność sytuacji prawnych i przyczynia się do publicznego zaufania do sądów. Utrzymywanie się pozostających ze sobą w konflikcie decyzji sądowych może prowadzić do braku pewności prawnej, ograniczającej publiczne zaufanie do systemu sądowego, w sytuacji gdy stanowi ona jedną z istotnych części składowych państwa opartego na rządach prawa.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 57.*

Konflikt orzecznictwa nie oznacza jeszcze, że doszło do naruszenia art. 6 Konwencji. Trybunał musi bowiem ocenić wpływ pozostającego w konflikcie orzecznictwa na poszanowanie zasady rzetelnego procesu sądowego, a w szczególności zasady pewności prawnej.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 67.*

Konflikt orzecznictwa – po jego zidentyfikowaniu – należy w zasadzie rozwiązywać przez ustalenie obowiązującej interpretacji i harmonizację za pomocą umożliwiających to mechanizmów.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 80.*

W krajowym systemie prawnym charakteryzującym się – jak tutaj – istnieniem kilku sądów najwyższych niepoddanych żadnej wspólnej hierarchii sądowej nie można wymagać stosowania pionowego mechanizmu kontroli sposobu interpretacji przyjmowanego przez sądy. Wykraczałoby to poza wymagania rzetelnego procesu sądowego zapisane w art. 6 ust. 1 Konwencji.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 81.*

W sytuacji gdy orzecznictwo nie jest niezmiennie, ale – przeciwnie – z istoty podlega ewolucji, Trybunał nie może uważać, że z zasady właściwego wymiaru sprawiedliwości wynika wymóg ścisłej spójności orzecznictwa. Obowiązkiem Trybunału jest jednak zapewnić zachowanie tej zasady, w sytuacji gdy uważa on, że rzetelność postępowania albo rządy prawa wymagają jego interwencji w celu położenia tamy niepewności wywołanej przez pozostające ze sobą w konflikcie wyroki wydane przez różne sądy w tej samej kwestii. Do pewności prawnej, jaką ma na celu osiągnąć, Trybunał musi jednak dążyć z właściwym poszanowaniem autonomii orzekania i niezależności sądów krajowych, zachowaniem zasady subsydiarności jako podstawy systemu Konwencji.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 84.*

Interpretacja jest nieodłączną funkcją sądownictwa. Niezależnie od tego, jak jasno może być sformułowany przepis prawny, nie da się uniknąć elementu interpretacji sądowej. Ustalenie, jakie przepisy i w jakich warunkach należy zastosować, jest elementem tego zindywidualizowanego podejścia do prawa.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 85.*

Trybunał musi unikać wszelkich nieusprawiedliwionych ingerencji w wykonywanie przez państwa ich funkcji sądowych albo w organizację ich systemów sądowych. Odpowiedzialność za spójność orzeczeń należy w pierwszej kolejności do sądów krajowych, a wszelka interwencja Trybunału powinna należeć do wyjątków.

*Orzeczenie Nejdet Şahin i Perihan Şahin v. Turcja, 20.10.2011 r.,  
Wielka Izba, skarga nr 13279/05, § 94.*

Zanim oskarżony zostanie skazany, wszystkie dowody przeciwko niemu muszą zwykle być przedstawione w jego obecności na publicznej rozprawie z zapewnieniem kontradyktoryjności. Wyjątki od tej zasady są możliwe, nie mogą jednak naruszać prawa do obrony, które zasadniczo wymaga, aby oskarżony miał odpowiednią i właściwą możliwość kwestionowania i przesłuchania świadka zeznającego przeciwko niemu w trakcie

składania przez niego zeznań albo w późniejszym stadium postępowania. Podobna zasada istnieje od dawna w prawie zwyczajowym Anglii i Walii.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 118.*

Orzecznictwo Trybunału wskazuje dwa wymagania wynikające z powyższej ogólnej zasady: Po pierwsze, musi istnieć usprawiedliwiony powód nieobecności świadka. Po drugie, jeśli skazanie opiera się wyłącznie albo w rozstrzygającym stopniu na zeznaniach złożonych przez osobę, której oskarżony nie miał możliwości przesłuchać lub doprowadzić do przesłuchania w trakcie śledztwa lub procesu, może dojść do ograniczenia prawa do obrony w stopniu niedającym się pogodzić z gwarancjami art. 6 (tzw. reguła dowodu „wyłączonego lub rozstrzygającego”).

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 119.*

Świadkowie muszą złożyć zeznania na rozprawie i należy podjąć wszelkie rozsądne wysiłki, aby zapewnić ich obecność. Tak więc gdy świadkowie nie stawią się, aby złożyć zeznania na żywo, należy zbadać, czy ich nieobecność była usprawiedliwiona.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 120.*

Nieobecność świadka ze względu na jego strach przed zeznawaniem wymaga bliższego zbadania. Należy rozróżnić dwa typy takiej sytuacji: strach, który należy przypisać groźbom lub innym działaniom oskarżonego albo osób działających w jego imieniu, oraz strach bardziej ogólny, z powodu następstw złożenia zeznań podczas procesu.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 122.*

Jeśli powodem strachu świadka były działania oskarżonego albo osób działających w jego imieniu, słusznie wyraża się zgodę na dopuszczenie podczas procesu dowodu z jego zeznań bez potrzeby wzywania go osobiście i przesłuchania przez oskarżonego lub jego pełnomocników. Dotyczy to nawet sytuacji, w której stanowi on wyłączny lub rozstrzygający dowód oskarżenia. Niezgodna z prawami ofiar i świadków byłaby bowiem zgoda na to, aby oskarżony korzystał z wywołanego przez siebie strachu. Od żadnego sądu nie można oczekiwać zgody na narażanie w taki sposób na szwank integralności postępowania. Należy więc uznać, że oskarżony działający w taki sposób zrezygnował z wynikającego z art. 6 ust. 3 lit. d prawa do przesłuchania takiego świadka. Odnosi się to również do sytuacji, w której groźby albo działania prowadzące do tego, że świadek zaczyna się bać zeznawać, pochodzą od osób działających w imieniu oskarżonego albo za jego wiedzą i aprobatą.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 123.*

Strach świadka nie musi być bezpośrednio powiązany z groźbami ze strony oskarżonego mającymi doprowadzić do tego, aby został on z usprawiedliwionych powodów

zwolniony z zeznawania na procesie. Strach przed śmiercią, okaleczeniem innej osoby albo stratą finansową musi być brany pod uwagę przy ocenie, czy świadek powinien być zwolniony ze składania ustnych zeznań. Nie oznacza to jednak, że wystarczy wszelki subiektywnie odczuwany strach świadka. Sąd prowadzący proces musi przeprowadzić odpowiednie badanie, aby ustalić, po pierwsze, jego obiektywne podstawy, po drugie – czy miały one podstawę w dowodach.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 124.*

Jeśli świadek nie był przesłuchany w żadnym wcześniejszym stadium postępowania, zgoda na przyjęcie jego zeznań na piśmie zamiast złożonych na żywo przed sądem podczas procesu musi być traktowana jako ostateczność. Przed zwolnieniem świadka ze składania zeznań ze względu na jego strach sąd prowadzący proces musi być przekonany, że wszystkie dostępne alternatywy, takie jak zachowanie jego anonimowości oraz inne środki specjalne, nie byłyby w tym przypadku odpowiednie ani praktyczne.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 125.*

Jeśli zeznania ze słyszenia są wyłącznym lub rozstrzygającym dowodem przeciwko oskarżonemu, ich dopuszczenie nie musi automatycznie oznaczać naruszenia art. 6 ust. 1. Równocześnie jeśli skazanie jest oparte wyłącznie lub w stopniu rozstrzygającym na dowodzie z zeznań nieobecnego świadka, Trybunał musi poddać takie postępowanie jak najstaranniejszej kontroli. Wyłączny lub rozstrzygający charakter dopuszczonego dowodu tego typu jest czynnikiem bardzo ważnym, który musi być brany pod uwagę przy ogólnej ocenie rzetelności postępowania i powinien być wystarczająco zrównoważony, w szczególności przez solidne gwarancje proceduralne. W każdej sprawie, w której pojawia się problem rzetelności postępowania w związku z zeznaniami nieobecnego świadka, należy ustalić, czy istnieją wystarczające elementy kompensujące trudności i problemy związane z dopuszczeniem takiego dowodu, umożliwiające prawidłową i uczciwą ocenę jego wiarygodności. Skazanie jest dopuszczalne, wyłącznie gdy zeznanie świadka jest wystarczająco wiarygodne, przy uwzględnieniu jego znaczenia w danej sprawie.

*Orzeczenie Al-Khawaja i Tahery v. Wielka Brytania, 15.12.2011 r.,  
Wielka Izba, skargi nr 26766/05 i 22228/06, § 147.*

## **PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)**

W pewnych sytuacjach wzmianka w policyjnej bazie danych może szkodzić dobremu imieniu osoby, której dotyczy, i utrudniać jej życie codzienne, w związku z tym, że informacje z tej bazy mogły być przekazywane innym władzom. Ma to tym większe znaczenie dzisiaj, kiedy dane o charakterze osobowym są poddawane automatycznemu przetwarzaniu, znacznie ułatwiającemu dostęp do nich i ich przekazywanie.

*Orzeczenie Khelili v. Szwajcaria, 18.10.2011 r., Izba (Sekcja II),  
skarga nr 16188/07, § 64.*

Prawo żyjącej ze sobą pary do poczęcia dziecka i posłużenia się w tym celu medycynie wspomaganą prokreacją podlega ochronie art. 8, bo wybór taki jest wyrazem życia prywatnego i rodzinnego.

*Orzeczenie S.H. i inni v. Austria, 3.11.2011 r., Wielka Izba, skarga nr 57813/00, § 82.*

W sytuacji gdy użycie metody zapłodnienia *in vitro* zrodziło i nadal rodzi delikatne kwestie moralne i etyczne na tle szybko postępujących zmian rozwojowych w dziedzinie medycyny i nauki oraz ze względu na to, że dotyczą one dziedzin, w których wśród państw członkowskich nie ma jeszcze wyraźnego wspólnego stanowiska, Trybunał uważa, że swoboda państw musi być szeroka i zasadniczo rozciągać się zarówno na jego decyzje dotyczące interwencji w tej materii, jak i – już po jej podjęciu – na przyjęte przezeń szczegółowe regulacje mające równoważyć konkurujące ze sobą interesy: publiczny i prywatny. Nie oznacza to jednak, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania pozostają poza kontrolą Trybunału. To on bowiem musi dokładnie zbadać argumenty brane pod uwagę w procesie legislacyjnym i prowadzące do określonych wyborów dokonanych przez ustawodawcę oraz ocenić, czy została zachowana właściwa równowaga między konkurencyjnymi interesami państwa i osób bezpośrednio przez.

*Orzeczenie S.H. i inni v. Austria, 3.11.2011 r., Wielka Izba, skarga nr 57813/00, § 97.*

Dziedzina sztucznej prokreacji rozwija się szczególnie szybko z naukowego punktu widzenia, następuje też szybki rozwój regulacji prawnych dotyczących jej zastosowań medycznych. Z tego właśnie powodu bardzo trudno ustalić rozsądną podstawę oceny konieczności i odpowiedniego charakteru środków ustawodawczych, których skutki mogą się uwidocznić dopiero po dłuższym czasie. Zrozumiała jest więc postawa państw, według których w dziedzinie sztucznej prokreacji wymagana jest wyjątkowa ostrożność.

*Orzeczenie S.H. i inni v. Austria, 3.11.2011 r., Wielka Izba, skarga nr 57813/00, § 103.*

Wprowadzenie przez państwo ustawodawstwa regulującego ważne aspekty życia prywatnego, które nie przewiduje możliwości rozważania w każdej indywidualnej sprawie wchodzących w grę konkurencyjnych interesów, nie jest sprzeczne z wymaganiami art. 8 Konwencji. Przyjęcie w takich przypadkach przez ustawodawcę bezwzględnych zasad służy wprowadzeniu w tej materii pewności prawnej.

*Orzeczenie S.H. i inni v. Austria, 3.11.2011 r., Wielka Izba, skarga nr 57813/00, § 110.*

W dziedzinie pomocy medycznej – nawet gdy skutek odmowy zgody na konkretne leczenie może być śmiertelny, dokonanie zabiegu medycznego bez zgody umyślowo sprawnego dorosłego pacjenta oznacza ingerencję w jego prawo do integralności fizycznej.

*Orzeczenie V.C. v. Słowacja, 8.11.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 18968/07, § 105.*

Sterylizacja stanowi poważną ingerencję w zdrowie reprodukcyjne danej osoby. Dotyczy jednej z głównych funkcji organizmu istot ludzkich, ma więc wpływ na wiele aspektów integralności osobistej, w tym na jej zdrowie fizyczne i psychiczne oraz życie emocjonalne, duchowe i rodzinne. Do sterylizacji może w sposób uprawniony dojść na



żądanie, np. jako metoda antykoncepcji albo ze względów leczniczych, pod warunkiem przekonującego ustalenia, że jest to konieczne.

*Orzeczenie V.C. v. Słowacja, 8.11.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 18968/07, § 106.*

Zabieg sterylizacji bez zgody umyślowo sprawnego dorosłego pacjenta należy uważać za niezgodny z wymaganiami poszanowania wolności i godności człowieka, a więc jednej z fundamentalnych zasad leżących u podstaw Konwencji.

*Orzeczenie V.C. v. Słowacja, 8.11.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 18968/07, § 107.*

Zabiegi medyczne, w tym sterylizacja, mogą być przeprowadzane wyłącznie pod warunkiem wyrażonej wcześniej świadomości zgody na nie przez osoby, których miałyby one dotyczyć. Wyjątkiem są sytuacje nagłe, kiedy nie można czekać z podjęciem leczenia, a nie ma możliwości uzyskania takiej wymaganej zgody.

*Orzeczenie V.C. v. Słowacja, 8.11.2011 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 18968/07, § 107.*

Trybunał nie wkracza w kompetencje Komitetu Ministrów na podstawie art. 46, jeśli rozpatruje nowe fakty w ramach nowej skargi.

*Orzeczenie Emre v. Szwajcaria (nr 2), 11.10.2011 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 5056/10, § 39.*

Orzeczenia Trybunału mają na podstawie art. 46 Konwencji moc obowiązującą. Z pewnością państwa mają swobodę wyboru środków ich wykonania, tym bardziej w takich przypadkach, jak w tej sprawie, kiedy Trybunał nie wskazał w samym wyroku sposobu, który uważał za najbardziej odpowiedni. Należy ponadto umożliwić skarżącemu powrót w miarę możliwości do sytuacji równorzędnej do tej, w jakiej byłby, gdyby nie doszło do naruszenia Konwencji (*restitutio in integrum*).

*Orzeczenie Emre v. Szwajcaria (nr 2), 11.10.2011 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 5056/10, § 69.*

Nawet przy założeniu, że jest dopuszczalna i usprawiedliwiona na tle Konwencji, nowa ocena przez sąd krajowy argumentów wcześniej zanalizowanych przez sędziów strasburskich w ich orzeczeniu musi być pełna i przekonująca.

*Orzeczenie Emre v. Szwajcaria (nr 2), 11.10.2011 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 5056/10, § 71.*

## WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Obawa sankcji karnej ma „wpływ mrozący” na korzystanie z wolności wypowiedzi nawet w przypadku ewentualnego uniewinnienia; istnieje również prawdopodobieństwo, że taka obawa zniechęci do podobnych wypowiedzi w przyszłości.

*Orzeczenie Altuğ Taner Akçam v. Turcja, 25.10.2011 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 27520/07, § 68.*

Myśli i opinie w sprawach publicznych mają wrażliwą naturę. W rezultacie sama możliwość ingerencji władz albo osób prywatnych, działających bez właściwej kontroli

lub nawet przy wsparciu władz, może poważnie przeszkodzić w swobodnej demokratycznej wymianie idei i mieć „efekt mrożący”.

*Orzeczenie Altuğ Taner Akçam v. Turcja, 25.10.2011 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 27520/07, § 81.*

### OCHRONA WŁASNOŚCI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 1)

Władze krajowe nie mogą w sposób uprawniony powoływać się na rzekomy brak porozumienia wewnątrz ich organów jako podstawę zwolnienia się z obowiązku zastosowania się do legalnych aktów administracyjnych.

*Orzeczenie Zafranias v. Grecja, 4.10.2011 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 4056/08, § 43.*

W wyjątkowym kontekście zjednoczenia Niemiec, ze względu na ogromne zadania postawione przed ustawodawcą, który musiał stawić czoło wszystkim skomplikowanym problemom, które musiały się pojawić w okresie przejściowym od reżimu komunistycznego do systemu demokratycznej gospodarki rynkowej, państwo miało szeroką swobodę regulacji.

*Orzeczenie Althoff i inni v. Niemcy, 8.12.2011 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 5631/05, § 65.*

# Karty historii adwokatury

*Witold Okniński*

## LEGITYMACJE ADWOKACKIE JAKO PRZYCZYNEK DO HISTORII POLSKIEJ ADWOKATURY

Legitymacja adwokacka to swoisty zawodowy dowód osobisty, który adwokat otrzymuje z chwilą rozpoczęcia wykonywania swej funkcji i który po latach stanowi indywidualną lub rodzinną pamiątkę wykonywanego kiedyś zawodu. Stare adwokackie legitymacje to niewątpliwie dobre muzealne eksponaty, a jednocześnie przyczynek do historii polskiej adwokatury. „Mój prywatny” zbiór legitymacji adwokackich obejmuje zaledwie kilka egzemplarzy, ale pochodzą one z różnych lat, by nie powiedzieć z różnych okresów, co pozwala dostrzec zarówno ich podobieństwa, jak i różnice. Wspólną cechą tego zbioru jest jego „warszawskie pochodzenie”, a poszczególne dokumenty zostały wydane przez Radę Adwokacką Okręgu Sądu Apelacyjnego w Warszawie, Okręgową Radę Adwokacką w Warszawie lub Radę Adwokacką w Warszawie. Przykładem legitymacji wystawionej przez Radę Adwokacką innego okręgu jest Zaświadczenie Rady



Adwokackiej Okręgowej Rady Sądu Apelacyjnego w Wilnie, a okres okupacji ilustruje dokument wydany przez Wydział Sprawiedliwości Urzędu Szefa Dystryktu w Warszawie.

Chronologiczny porządek nakazuje przedstawić jako pierwszą legitymację adw. Zygmunta Chrzanowskiego (1898–?), wydaną 9 maja 1930 r. Dokument składa się z 3 kart, okładki pokryte są materiałem koloru zielonego, w którym – na stronie pierwszej – wytłoczony jest orzeł.

Zwraca uwagę fakt, że dokument nie był nazywany określeniem „legitymacja”, lecz terminem „zaświadczenie”. Wprawdzie legitymacja adw. Zygmunta Chrzanowskiego była już prezentowana w „Palestrze” jako ilustracja-uzupełnienie jego biogramu, ale ponowna ekspozycja dokumentu służy obecnie innym celom. Oprócz zasadniczej treści zaświadczenia, daty jego wydania i numeru, dokument prezentował fotografię właściciela, opatrzoną dwiema okrągłymi pieczęciami, oraz podpisy dziekana i sekretarza Rady.

Z 1938 r. pochodzi legitymacja adw. Mieczysława Czarnockiego (1901–1964). Można ją określić jako dokument nowego typu. Formatem jest mniejsza od poprzedniczki (8 cm × 11,5 cm), a jej okładki zostały wykonane ze skóry w kolorze ciemnozielonym. Pierwszą

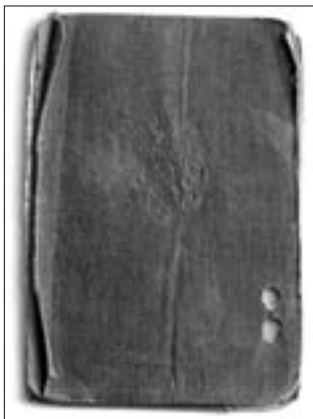


stronę legitymacji zdobi wytłaczana, ośmiokątna pieczęć w złotym kolorze, składająca się z orła i napisu: „Rada Adwokacka w Warszawie”. Wewnętrzne strony dokumentu mają formę ramek, w które włożone są papierowe części legitymacji. Jej lewa strona określa u góry wydawcę, czyli Okręgową Radę Adwokacką w Warszawie, pośrodku przedstawia fotografię właściciela legitymacji, a poniżej jego podpis. W górnym lewym rogu tej strony widoczna jest odcisnięta tuszem, ośmiokątna pieczęć Rady. Treść prawej, wewnętrznej strony dokumentu, drukowana i uzupełniana pismem maszynowym, nie pozostawia wątpliwości, że mamy do czynienia z legitymacją adwokacką; oprócz imienia i nazwiska adwokata określa też jego siedzibę, numer i datę wydania oraz podpisy dziekana i sekretarza Rady. Urzędowym dopełnieniem jest odcisnięta tuszem pieczęć Rady umieszczona w lewym dolnym rogu. Papierowe części legitymacji zostały zabezpieczone plastikowymi, przezroczystymi szybkami o żółtym odcieniu, przy czym lewa została wyjęta i stąd wynikają różnice w wyrazistości poszczególnych stron. Dodatkowo wewnętrzne strony legitymacji zostały zszyte cienką, ozdobną nicią, której końce zostały zespolone plombą z orłem na awersie i z napisem „Rada Adwokacka” na rewersie.

Okres okupacji przypomina ausweis wydany 8 września 1943 r. adw. Stanisławowi Buczyńskiemu (1898–1951). Wydawcą tej legitymacji był Wydział Sprawiedliwości Urzędu Szefa Dystryktu w Warszawie.



Najbardziej zniszczoną legitymacją w „kolekcji” jest zaświadczenie wydane przez Radę Adwokacką Okręgu Sądu Apelacyjnego w Wilnie. Dokument pochodzi prawdopodobnie z 1937 r. i zaświadcza, że p. Dymitr Śmigieński (1910–1972) jest aplikantem adwokackim Okręgu Sądu Apelacyjnego w Wilnie z siedzibą w Pińsku. Porównanie legitymacji adw. Zygmunta Chrzanowskiego i aplikanta Dymitra Śmigieńskiego wskazuje wiele wspólnych cech obu dokumentów, czyli jeden wzór legitymacji, uwzględniający wariant dla adwokata i dla aplikanta adwokackiego. Zapis zamieszczony na stronie 4 legitymacji świadczy o tym, że służyła ona Dymitrowi Śmigieńskiemu jako



dokument zastępujący w 1945 r. paszport. W legitymacji znajduje się bowiem pieczęć Państwowego Urzędu Repatriacyjnego – Punktu Etapowego w Kielcach wraz z odrębną adnotacją o dacie zarejestrowania i wyrejestrowania. Trudne wojenne i powojenne losy właściciela legitymacji sprawiły zapewne, że dokument był też używany jako swoisty notatnik.



Przykładem powojennych dokumentów jest legitymacja adw. Wrocisława Czapskiego, wydana 16 lipca 1952 r. Można ją określić jako najskromniejszą. Choć zachowała formę dokumentu składającego się z 2 kart (4 stron), to jednak wykonano ją z dość cienkiego kartonu, o wymiarach 8,5 cm × 12,3 cm. Na stronie tytułowej wydrukowano: „RADA ADWOKACKA w .....” oraz „LEGITYMACJA Nr .....”, a pismem



maszynowym dopisano: „WARSZAWIE” i „553”. Lewa wewnętrzna strona legitymacji przedstawia fotografię jej właściciela, opatrzoną dwiema odcisniętymi tuszem pieczęciami Rady, oraz wskazuje miejsce na jego podpis. Zasadnicza treść dokumentu zawarta jest na stronie 3, a poświadczają ją nieczytelne podpisy dziekana i sekretarza Rady. Czwartą stroną legitymacji zawiera 3 rubryki przeznaczone na przedłużanie jej ważności.

Zanim Wrocisław Czapski uzyskał wpis na listę adwokatów, był obrońcą sądowym, początkowo w Węgrowie, a następnie w Grodzisku Mazowieckim. Fakt ten potwierdza legitymacja wydana przez Zarząd Główny Zrzeszenia Obrońców Sądowych Rzeczypospolitej Polskiej w 1948 r. Dokument o wymiarach 7,7 cm × 11,3 cm ma okładki zielonego koloru, a stronę tytułową zdobi symbol Temidy i napis: „OBROŃCA SĄDOWY”.

Z początku 1956 r. pochodzi legitymacja adw. Michała Martyniuka (1915–1983). Nie jest już tak „oszczędna”, jak dokument z 1952 r. Wprawdzie jest trochę mniejsza (7,2





cm × 10,7 cm) od poprzedniczki, ale jej zewnętrzne okładki wzmocniono materiałem koloru bordo, a strona tytułowa opatrzona jest wytłoczoną, ośmiokątną pieczęcią z orłem i umieszczonym poniżej napisem: „LEGITYMACJA ADWOKACKA”. Jej zasadniczą treść i nieodzowne elementy (fotografię) umieszczono w całości na wewnętrznych stronach. Legitymacja była ważna na rok wystawienia i stwarzała możliwość przedłużenia na 4 lata. Dokument nie określał siedziby adwokata, choć niewątpliwie poświadczał treścią oraz podpisami dziekana i sekretarza, że wymieniona osoba jest adwokatem – członkiem Wojewódzkiej Rady Adwokackiej w Warszawie. Można przypuszczać, że „bordowe” legitymacje adwokackie funkcjonowały nie tylko w izbie warszawskiej, co zdaje się potwierdzać legitymacja adw. Mieczysława Czarnockiego, wydana przez izbę lubelską w styczniu 1962 r.

Przegląd starych legitymacji adwokackich zakończmy spojrzeniem na legitymację adw. Michała Sikorskiego (1921–1972). Prezentowana poniżej pochodzi z 1966 r. Jej okładki są zielonego koloru, o wymiarach 7,3 cm × 10,5 cm, a stronę tytułową wyróżnia wytłoczona ośmiokątna pieczęć z orłem i napis: „LEGITYMACJA ADWOKACKA”, wszystko otoczone prostokątną ramką czarnego koloru, którego użyto także do wytło-



czenia pieczęci i napisu. Wewnętrzna treść legitymacji nie zmieniła się, poza tym, że dokument określał miejsce zamieszkania adwokata.

Legitymacje wydane przez Radę Adwokacką w Warszawie na początku lat 70. XX wieku miały okładki w jaśniejszym kolorze zieleni, a wytłoczenia nie różniły się barwą od całości.

Przedstawione powyżej dokumenty pochodzą z domowych archiwów p. Anny Bor-kowskiej, p. Pawła Buczyńskiego, p. Agnieszki Chrzanowskiej, p. Michała Czapskiego, p. Aleksandra Czarnockiego, p. Zofii Martyniuk, p. Natalii Sikorskiej-Sielezniew.

Waldemar Bednaruk

## O PRZYCZYNACH PIENIACTWA W SZLACHECKIM NARODZIE

Pieniactwo sądowe rozumiane jako zamięłowanie do procesowania się z najbliższego nawet powodu stało się plagą szlacheckiego wymiaru sprawiedliwości w XVIII wieku. Dynamiczny wzrost liczby spraw w szlacheckich sądach obserwowano już w okresie wcześniejszym, jednak dopiero w ostatnim stuleciu istnienia Rzeczypospolitej szlacheckiej możemy mówić o pełnym rozkwicie pieniactwa.

Już w latach sześćdziesiątych XVI wieku Stanisław Orzechowski pisał o gwałtownym wzroście liczby spraw napływających do szlacheckich sądów, obarczając adwokatów odpowiedzialnością za nasilanie tego zjawiska<sup>1</sup>. W następnym stuleciu problem ten był również dostrzegany przez publicystów<sup>2</sup>, ale ze względu na ciągle obecne zagrożenie zewnętrzne nie przerodził się jeszcze w masowy proceder. W tym wieku systematycznie rosła liczba spraw wnoszonych do sądów szlacheckich i wydłużał się czas oczekiwania na ich rozpatrzenie, lecz pamiętać należy, że wiele z nich to sprawy zaległe, wpisywane ponownie do rejestrów sądowych, gdyż nie udało się ich rozpoznać w poprzednich latach. Sądy w XVII wieku zbierały się nieregularnie i przez to pracowały mniej wydajnie niż w okresie wcześniejszym. Wiele obszarów dotkniętych skutkami działań wojennych było przez wiele lat pozbawione wymiaru sprawiedliwości i stąd tłok w rejestrach sądowych, ale o pieniactwie w tym okresie nie może jeszcze być mowy.

Dopiero wiek XVIII przyniósł rozkwit pieniactwa w całej jego krasie. Było to stulecie względnego spokoju w porównaniu z okresem wcześniejszym. Szlachta, utraciwszy zainteresowanie polityką, na którą i tak nie miała już większego wpływu, gdyż prym w jej kształtowaniu wiodły wielkie koterie magnackie, znalazła sobie nowe pole rozwijania aktywności i rzuciła się w wir procesów sądowych. O rozwoju pieniactwa wśród szlachty wspominał w swoich pamiętnikach Stanisław August Poniatowski<sup>3</sup>, o tym, że

---

<sup>1</sup> Por. S. Orzechowski, *Rozmowa albo Dyalog okolo Eksequucyey Polskiej Korony*, b. m. w. 1564, k. Eij.

<sup>2</sup> K. Opaliński, *Satyry*, Wrocław 1953, s. 155.

<sup>3</sup> *Pamiętniki króla Stanisława Augusta*, Warszawa 1915, t. II, s. 31.

pieniactwo stało się nałogiem stanu uprzywilejowanego, pisał Jan Duklan Ochocki<sup>4</sup>, ale najpełniej przedstawił to zjawisko Kajetan Koźmian<sup>5</sup>.

Koźmian uważał, że pieniactwo było jedną z głównych przyczyn upadku państwa polskiego<sup>6</sup>. Brak zgody narodowej, według niego, w tych trudnych czasach, spowodowany zamiłowaniem do procesowania się o byle drobiazg, przyczynił się do słabości państwa i w konsekwencji do jego rozbiorów. Żaden wróg zewnętrzny nie uczynił tylu szkód i nie przyczynił się bardziej do tej klęski, jak sama szlachta swoimi swarami<sup>7</sup>.

Jednym z przejawów tej choroby, jaka opanowała umysły szlachty w XVIII wieku, była, według Koźmiana, moda na naśladowanie prawniczego języka, stroju i sposobu bycia prawników. Małe dzieci uczono czytać, dając im teksty manifestów. Młodzież zabawiała się, ćwicząc szermierkę słowną na wzór prawniczych sporów. W szkołach analizowano teksty znanych prawników, a przykłady ilustrujące omawiane zagadnienia najczęściej pochodziły z dzieł jurystów. Nawet język miłości opanowały zwroty prawnicze, których znajomość świadczyła o mądrości i inteligencji, znacznie zwiększając szanse każdego zalotnika. Płeć piękna bowiem, jako zawsze bardziej skłonna do ulegania wszelkim nowościom, nie chciała być inaczej kochana jak tylko według form prawniczych<sup>8</sup>.

W związku z ogromnym zapotrzebowaniem na znawców prawa osoby parające się nim zawodowo stały się bardzo pożądane w towarzystwie i wodziły rej podczas wszelkich spotkań i uroczystości. Miasta trybunalskie uznano za stolice smaku i mądrości, z których, zdaniem Koźmiana, czerpano inspirację w dziedzinie mody, zwyczajów i języka. Szlachcic pieniacz to nowy wzór do naśladowania, wypierający dawne wzorce rycerskie. Każdy, kto chciał zasłużyć na podziw i szacunek, musiał regularnie stawać w szranki sądowe i nieustępliwie walczyć o swoje, a jeszcze lepiej o cudze mienie<sup>9</sup>. Oso-

<sup>4</sup> J. D. Ochocki, *Pamiętniki*, Wilno 1857, t. I, s. 53.

<sup>5</sup> K. Koźmian, *Pamiętniki*, Poznań 1858, s. 358 i tenże, *Pisma prozą 1812–1842*, rkps Biblioteki PAN w Krakowie, sygn. 2055, s. 116.

<sup>6</sup> „Kto tylko zastanawiał się nad Dziejami ostatniego wieku Polski, trudno jest, aby nie policzył między przyczyny upadku Naszego tego Ducha Prawnictwa i wuzudaney Pieni, który niby Gangrena pokazawszy się na schorzałym cieie, był dla Nas pewną bliskiego zgonu wróżbą” – K. Koźmian, *Pisma*, s. 116.

<sup>7</sup> „Naród Polski od wieków Woienny rósł orężem, upadał publiczną i prywatną niezgodą. Jak Konstytucja 1717 zwinęła Chorągwie Rycerskie – a 1726 samey szlachcie otworzyła wrota do Prawnictwa, synowie Bohatorów którzy uratowali Europę od zalewu Barbarzyńców, przerobili się na wykrętnych Prawników lub zaiadłych Pieniaczow – odtąd co za smutny obraz Kraiu – Oyczyzna wśród spiknionych Losow bez Rady i Obrony – opuszczone Przybytki Nauk i Kunsztow – zapomniane prawidła honoru i zalety Mężtwa, iedna chęć, iedna sława, Prawność i Trybunały” – K. Koźmian, *Pisma*, s. 116.

<sup>8</sup> Tamże, s. 116, tam też autor przedstawia niechlubną rolę kobiet w rozwoju pieniactwa: „Młode Dziewice przynosząc mężom w posagu zbutwiałe szpargały nieśmiertelney Pieni, im szukać godnych swego rodu Oblubieńców. Osierocone wdowy – iedne ściągane od tych niebezpiecznych, nie wdziękami ale maiaćkiem. Ich zachwyconych zalotników, albo kosztownemi zapisami smutną w pożyciu okupowały spokoyność; lub spiesząc na zapasy po sądach i Trybunałach i tam do zwycięzkiego wdzięków swoich wozu, wiążąc Sędziów i Patronów. Płeć swoiey sprawiedliwości i Krain pomnażały ohydę”; patrz też tenże, *Pamiętniki*, s. 358, gdzie Koźmian, pisząc o poważaniu dla pieniaczy, tak przedstawia ówczesne kobiety: „Tego rodzaju znaczenia za wzorem mężów zapragnęły i kobiety. Nierzadką było rzeczą widzieć je intrygujące po sądach, włóczęące się po kondescencjach, przewodniczące napadom na granice sąsiedzkie”.

<sup>9</sup> Por. K. Koźmian, *Pamiętniki*, s. 358: „Skażenie zdrowego pojęcia o rzeczach, ignorancja do tego stopnia doszła, że takiego za najrozumnijszego mniemano i czczono, który jaki majątek dla siebie wypieniał i cudzą krzywdą, chociażby nieszczęśliwych wdów i sierot, spanoszył się”.

ba, która dla własnego spokoju rezygnowała ze swoich pretensji, dobrowolnie oddając drugiej stronie sporne dobra, albo rezygnowała z możliwości powiększenia swojego majątku kosztem innych, gdyż sumienie jej nie pozwalało na powiększanie majątku cudzym kosztem, nie zasługiwała na szacunek. Takie osoby były przedmiotem pogardy i stawały się pośmiewiskiem dla innych<sup>10</sup>.

Swoją obszerną analizę pieniactwa kończy Koźmian takim stwierdzeniem: „Gdzie się Duch Prawnictwa wzmaga tam kłótnie, tam niespokojność, tam między najbliższymi krewnymi zwady i walki sądowe bo pienia jest pierwotną Prawnictwa córką (...) Pienia albowiem cóż jest innego? Jeżeli nie ciągną walka tych którzy majątku szukają z temi, którzy go mają”<sup>11</sup>.

Powszechna zgoda wśród ówczesnych pisarzy, dotycząca skali i przejawów pieniactwa wśród szlachty, kończy się, gdy każdy z nich próbuje ustalić przyczyny tego zjawiska. Chociaż niektóre ze wskazanych przyczyn pojawiają się w analizach kilku autorów, to jednak inaczej rozkładają oni akcenty przy ocenie wagi danego czynnika.

Według Jana Duklana Ochockiego były trzy główne przyczyny rozwoju pieniactwa wśród szlachty:

- koszty, czyli tania procedura, która sprawiała, że nawet uboga szlachta mogła się poddawać temu nałogowi;
- palestra, której wielka liczba koncentrująca się przy każdej jurysdykcji sądowej nastęrczała się każdemu potencjalnemu klientowi;
- honor; każdy szlachcic stawiał sobie za punkt honoru pognać i zwyciężyć za każdą cenę przeciwnika, co sprawiała, że wbrew rozsądkowi procesowano się zawzięcie w sprawach, w których przedmiot sporu miał wartość mniejszą niż 20 złotych, nie godząc się za nic na umorzenie sprawy<sup>12</sup>.

Kajetan Koźmian uznał, że zbyt duża liczba adwokatów przyczyniała się do nasilenia zjawiska pieniactwa<sup>13</sup>. Poza tym czynnikiem niebagatelną rolę odgrywała moda na procesowanie się, która sprawiała, że walka w sądowych szrankach stała się ulubioną rozrywką szlachty, taką jak hazard w wieku następnym<sup>14</sup>. Również niejasne i niejednokrotnie sprzeczne ze sobą przepisy prawa ziemskiego służyły pomocą pieniaczom i stanowiły ich oręż w walce ze spokojnymi sąsiadami<sup>15</sup>.

Stanisław August Poniatowski wskazywał możliwość odwoływania się od wyroków Trybunału Koronnego i wznowienia postępowania pod byle pretekstem, a przez to nieskończoność procesów, jako główną przyczynę rozwoju pieniactwa wśród szlachty<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> K. Koźmian, *Pisma*, s. 116.

<sup>11</sup> Tamże, s. 132,

<sup>12</sup> J. D. Ochocki, *Pamiętniki*, t. I, s. 53.

<sup>13</sup> Patrz K. Koźmian, *Pisma*, s. 125: „Nie znała ludzkość tyle chorób, póki nie miała tylu lekarzów, bo naturalną jest rzeczą iż umiejętność sztuki iakowej, prowadzi każdego do szukania sposobności yey użycia, a gdy się ta nie nastęrcza, sama sobie szukając żywiołu, wpada w uroienia (...) żołnierz tęskni do Woyny – kupiec do Morza i handlu – Rolnik do Wioski – uczony w Prawie do Spraw bo bez nich, ani swego talentu nieokaże, ani swojej korzyści doydzie (...)”. Postulował więc zmniejszyć liczbę adwokatów, a wówczas zmniejszy się liczba napływających do sądu spraw, co według niego zastosowali z dobroczynnym skutkiem Francuzi.

<sup>14</sup> K. Koźmian, *Pamiętniki*, s. 358: „Pieniactwo stało się namiętnością narodową, ze wszystkimi znamionami dzisiejszego zapалу graczy giełdowych lub karcianych”.

<sup>15</sup> Tamże, s. 358.

<sup>16</sup> *Pamiętniki króla*, t. II, s. 31.

Stanisław Staszic uważał zaś, że to złe prawo oraz brak skutecznej egzekucji wyroków mnożą kłótnie, a przez to liczbę spraw w sądach. Nieprecyzyjność obowiązujących norm prawnych i fatalny stan archiwów, w których przechowywane są dokumenty obywateli, kuszą wręcz, zdaniem Staszica, pieniaczy do szukania majątku kosztem spokojnych obywateli<sup>17</sup>.

Dwóch spośród wyżej wymienionych autorów winą za rozwój pieniactwa wśród szlachty obarczyło adwokatów. Czynnikiem sprawczym miała być ich zbyt duża liczba. Niewątpliwie łatwość w dostępie do usług adwokackich mogła mieć wpływ na liczbę spraw wpływających do sądu. Jednakże aby ten wpływ był znaczący dla rozwoju analizowanego zjawiska, powinien być spełniony dodatkowy warunek, mianowicie duża konkurencja na rynku usług adwokackich powinna spowodować spadek cen ich świadczenia. Wówczas nawet niezamożni klienci, których nie byłoby stać na wynajęcie drogiego patrona, a sami nie czuli się na siłach, by się zmagać z meandrami prawa ziemskiego, mogli występować do sądu z pomocą adwokata, przyczyniając się do natężenia pieniactwa. Tanie usługi palestry przyczyniałyby się do większej skłonności szlachty do procesowania się nawet w drobnych sprawach. Tak się jednak nie stało. Owszem, usługi adwokackie były łatwo dostępne, lecz ich cena nie stała się aż tak niska, by wywołać falę pieniactwa, czy przynajmniej w sposób znaczący przyczynić się do jego powstania<sup>18</sup>. Przeciwnie, w tym okresie szlachta nie ustawała w narzekaniu na zbyt drogie usługi patronów, żądając ustawowego ograniczenia opłat pobieranych przez palestrę. Planowano nawet wprowadzenie urzędowej taksy za poszczególne czynności dokonywane przez adwokatów, by ukrócić ich chciwość<sup>19</sup>. Pomysł ten jednak nie doczekał się realizacji, zamiast cennika wprowadzono do przysięgi składanej przez palestrę trybunalską zobowiązanie, że patron nie będzie domagał się nadmiernego salarium i zadowolony się zapłatą oferowaną przez klienta<sup>20</sup>. Co oczywiście nie wpłynęło na koszt usług adwokackich.

Argumentem na rzecz słuszności tezy o nadmiernej liczbie adwokatów jako głównej przyczynie rozwoju pieniactwa mógłby być fakt, że po ustawowym zmniejszeniu liczby członków palestry trybunalskiej w 1768 roku nastąpiło pewne, czasowe zresztą, uspokojenie sytuacji w sądach<sup>21</sup>. Jednakże nie da się jednoznacznie stwierdzić, czy to właśnie ten czynnik sprawił, że w okresie stanisławowskim zmniejszyła się liczba spraw

<sup>17</sup> S. Staszic, *Uwagi nad życiem Jana Zamoyskiego*, Wrocław 1952, s. 80 i n.

<sup>18</sup> Analiza fragmentarycznych danych dotyczących kosztów usług palestry trybunalskiej nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że w tym okresie nastąpiło istotne obniżenie cen na ich świadczenie. Możemy jedynie mówić o pewnej stabilizacji cen, po okresie ich dynamicznego wzrostu w XVII wieku, patrz: *Percepta podczas sesji trybunalskich 1634–1701*, rkps Archiwum Państwowego w Lublinie, zespół Trybunał Koronny Lubelski, sygn. 6, k. 1, 2 i 5, oraz *Księga rozchodów bernardynek w Lublinie z lat 1756–1759*, rkps Biblioteki im. Hieronima Łopacińskiego w Lublinie, sygn. 46, karty nienumerowane i *Regestr percepty i expensy confraternitatis Literatorum do r. 1780*, rkps Biblioteki im. Hieronima Łopacińskiego, sygn. 76, k. 2, 36–40.

<sup>19</sup> Zbiór pism, do których były powodem *Uwagi nad życiem Jana Zamoyskiego*, b. m. w. 1788, t. 3, s. 39 (autor nieznan); por. też M. Janiszewska, *Spory wokół finansowania palestry w Polsce stanisławowskiej*, (w:) *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawnohistoryczne*, red. D. Bogacz, M. Tkaczuk, Szczecin 2006, s. 617, gdzie autorka opisuje też projekt przejścia przez państwo obowiązku utrzymywania adwokatów. Patrz też W. Bednaruk, *O palestrze trybunalskiej, jej dochodach i majątkach*, (w:) *Szkice z dziejów adwokatury lubelskiej. 90-lecie Izby Adwokackiej w Lublinie*, red. P. Sendeki, Lublin 2009, s. 51.

<sup>20</sup> *Volumina Legum* (VL.), t. VI, s. 223 i t. VII, s. 327.

<sup>21</sup> VL., t. VII, s. 327.



w sądach<sup>22</sup>. Należy bowiem uwzględnić też inne czynniki, takie jak reforma wymiaru sprawiedliwości przeprowadzana w tym okresie oraz rozbiory, które sprawiły, iż zmniejszyła się liczba potencjalnych klientów sądów najwyższych.

Drugą przyczyną rozwoju pieniądza miała być według Ochockiego tania procedura. Problem jednakże w tym, że koszty postępowania przed szlacheckimi sądami wcale nie były niskie. Źródła z tego okresu pełne są żądań ustawowego ograniczenia wysokości opłat pobieranych przez sądy i ich kancelarie za dokonywanie poszczególnych czynności. Problem faktycznego zawyżania opłat wynikał z tego, że raz ustalone stawki obowiązywały bardzo długo, niekiedy ponad sto lat, a w tym czasie postępowala dewaluacja pieniądza<sup>23</sup>. Sądy więc, które utrzymywały się z pieniędzy wpłacanych przez strony, samowolnie podwyższały wysokość opłat, szczególnie dotyczyło to trybunałów<sup>24</sup>. Proceder ten rozwijał się pomimo zagrożenia wysokimi karami, jakie można było nałożyć na urzędnika czy sąd pobierających opłaty wyższe od dozwolonych<sup>25</sup>.

W 1726 roku sejm, próbując zahamować niekontrolowany wzrost wysokości opłat pobieranych przez sądy, wprowadził nową tabelę, w której określił stawki za poszczególne czynności. Cennik ten urealniał wysokość opłat sądowych, gdyż wcześniejszy, który obowiązywał już od dawna, sprawiał, że stawki urzędowe były symboliczne, a te faktycznie pobierane stały się astronomicznie wysokie. Nakazano, by przed każdą sesją sądu wywieszać na tablicy tabelę z wysokością opłat i kar sądowych, a osobom żądającym więcej niż przewidywała ustawa grożono surowymi karami<sup>26</sup>.

Wprowadzony cennik opłat za poszczególne czynności Trybunału Koronnego przewidywał, że kancelaria może pobierać od strony za wydanie dekretu od 6 do 46 złotych, w zależności od rodzaju sprawy, jaką rozpatrywał sąd. Do tego dochodziły opłaty za wpisanie sprawy do rejestru sądowego (1 zł pol.), od blankietu na pozew (6 gr), od pieczęci (1 zł pol.), woźnemu za doręczenie pozwu (od 2 do 6 zł pol.), woźnemu za złożenie relacji o złożeniu pozwu (5 zł 2 gr). Oprócz wyżej wymienionych za każdą czynność kancelarii, taką jak: wypisy, oblaty, obdukcje, zgłoszenia itp., trzeba było zapłacić od 1 do 4 zł pol.<sup>27</sup> Po zsumowaniu tych kwot okazuje się, że strona występująca do sądu

<sup>22</sup> Koźmian twierdził, że to wrażenie, jakie na szlachcie wywarł pierwszy rozbiór Polski, przyniosło pewne otrzeźwienie, por. tenże, *Pisma*, s. 116.

<sup>23</sup> Przykładowo Konstytucja z 1578 roku, powołująca do życia Trybunał Koronny, nakazała, by pobierał on opłaty od każdego dekretu w wysokości 15 groszy, patrz VL., t. II, s. 185, w tym czasie była to suma, za którą można było nabyć pół beczki (270-litrowej) piwa (buty w tym okresie kosztowały 26,5 gr, wół – 4 zł pol., gęś – 2 gr), por. *Historia Polski w liczbach. Gospodarka*, red. F. Kubiczek, Warszawa 2006, t. II, s. 34 i n. Sto lat później obowiązywała ta sama stawka opłat sądowych w trybunale, a ceny wzrosły wielokrotnie (przykładowo para butów kosztowała średnio 90 gr, beczka piwa ponad 100 gr, a wół 30 zł pol.), tamże.

<sup>24</sup> Fragmentaryczne dane dotyczące faktycznie pobieranych opłat pozwalają stwierdzić, że sędziowie rekompensowali sobie wzrost cen podnoszeniem opłat, których wysokość znacznie przekraczała wskaźnik inflacji – w 1638 roku średnio od strony pobierali ponad 20 zł pol., zamiast 15 gr, por. *Percepta Trybunału Koronnego Lubelskiego Anni 1638*, rkps APL, sygn. 6, k. 4, a w 1684 już ponad 60 zł pol., por. *Percepta Trybunału Koronnego Lubelskiego Anni 1684*, rkps APL, sygn. 6, k. 5. Podobnie postępowali urzędnicy sądowi, przykładowo woźny, który za doręczenie pozwu otrzymywał początkowo od powoda buty i jedzenie, a później 1 grosz za każdą milę, jaką musiał przebyć w drodze do miejsca doręczenia pozwu, w 1683 roku pobiera za wykonanie tej usługi od 6 do 18 zł pol. – patrz *Regestr Percepty*, k. 36, i J. Rafacz, *Dawny proces polski*, Warszawa 1925, s. 82

<sup>25</sup> J. Rafacz, *Dawny*, s. 219.

<sup>26</sup> VL., t. VI, s. 226 i n.

<sup>27</sup> Tamże; por. też *Księga rozchodów*.

musiała zapłacić od kilkudziesięciu do stu złotych samych kosztów sądowych. To nie było mało, jak na tamte czasy, jeśli się zważy, że jednowioskowy szlachcic mógł uzyskać ze swojego folwarku rocznie kilkaset złotych dochodu<sup>28</sup>.

Opłaty sądowe nie były więc tak niskie, jak nas przekonuje Ochocki, i raczej nie zachęcały do pieniactwa, ale i tak nie satysfakcjonowały pracowników sądów, którzy się z nich utrzymywali. Dlatego sądy w dalszym ciągu próbowały obciążać strony dodatkowymi kosztami, pobierając opłaty za czynności nieprzewidziane w tabeli i nakładając na uczestników postępowania i ich pełnomocników wysokie kary pod byle pretekstem. Urzędnicy kancelarii zaś, według Kitowicza, za ustawową stawkę pracowali tak opieaszale, że ten, kto chciał, by jego sprawa została załatwiona szybko i skutecznie, musiał wysupłać dodatkowo kilka złotych, dopiero wówczas zabierali się ochoczo do pracy<sup>29</sup>. Próby walki z nadużyciami nie przynosiły większych rezultatów. Dopiero kiedy w czasach stanisławowskich zarówno sędziowie, jak i pracownicy kancelarii uzyskali prawo do pobierania pensji ze skarbu państwa, a opłaty sądowe nie trafiały do ich kieszeni, udało się zapanować nad tą patologią<sup>30</sup>.

Pisząc o kosztach ponoszonych przez szlachtę w związku z jej zamiłowaniem do pieniactwa, nie możemy się ograniczać do samych opłat sądowych, które stanowiły tylko niewielką część wszystkich wydatków związanych z popieraniem sprawy. Doliczyć do tego trzeba wynagrodzenie adwokata, utrzymanie w mieście siebie i ewentualnie świadków przez wiele dni, co w sumie mogło narazić stronę na koszty rzędu tysięcy złotych<sup>31</sup>.

Porównując wydatki ponoszone przez szlachtę w związku z toczącym się postępowaniem z przeciętnymi dochodami posesjonatów w tym okresie, stwierdzić należy, że większości z nich nie stać było na taką ekstrawagancję. Pieniactwo było więc nałogiem bardzo drogim, który doprowadził do ruiny wiele majątków szlacheckich w tym okresie<sup>32</sup>.

Stanisław August Poniatowski uznał, że główną przyczyną rozwoju pieniactwa w XVIII wieku była nieskończoność toczących się procesów, wynikająca z możliwości odwoływania się od wyroków Trybunału Koronnego oraz wznawiania zakończonych już postępowania<sup>33</sup>. Intencją XVI-wiecznych reformatorów szlacheckiego sądownictwa

<sup>28</sup> Ówczesny folwark, z którego dochód był podstawą zysków szlachty, przeciętnie obejmował powierzchnię kilkudziesięciu hektarów (od 35 do 70), przy powszechnym stosowaniu systemu trójpolowego można było zasiać żyto na kilkunastu hektarach, rzadko więcej jak 20. Żyto było najczęściej uprawianym zbożem, jego wydajność z ha wynosiła wówczas ok. 800 kg, z czego na sprzedaż przeznaczano nie więcej jak 60%. Wynika z tego, że z jednego folwarku szlachcic mógł przeznaczyć na sprzedaż od 3 do 6 łasztów żyta (1 łaszt żyta = 2190 kg), co przy ówczesnej cenie ok. 100 zł pol. za łaszt dawało roczny zysk rzędu 300–600 zł pol., por. *Historia Polski*, t. II, s. 23.

<sup>29</sup> J. Kitowicz, *Opis obyczajów za panowania Stanisława Augusta Poniatowskiego*, Wrocław 1951, s. 230.

<sup>30</sup> VL., t. VII, s. 300, 322 i t. X, tab. II.

<sup>31</sup> Przykładem może tutaj służyć pewien szlachcic, który mając sprawę w trybunale, przebywał w Lublinie w 1691 roku przez kilka tygodni i wyliczył, że pobyt ten wraz z kosztami procesu naraził go na wydatki przekraczające sumę 3 tysięcy zł pol., por. *Expensa Rozne, podczas Trybunału Anno 1691 w Lublinie y na sprawowanie rzeczy*, rkps APL, sygn. 6, k. 3. Pamiętać należy, że koszty utrzymania w XVIII wieku znacznie wzrosły, choć wydatki tego rzędu ponosiły strony tylko w przypadku procesowania się przed sądami najwyższymi. Sprawa tocząca się przed sądem niższej instancji nie była aż tak kosztowna.

<sup>32</sup> Patrz K. Koźmian, *Pamiętniki*, s. 356 i J. D. Ochocki, *Pamiętniki*, t. I, s. 136.

<sup>33</sup> *Pamiętniki Króla*, t. II, s. 31.

było utworzenie sądu najwyższego, rozstrzygającego w sposób ostateczny wszelkie spory. I takim właśnie sądem dla Korony był utworzony w 1578 roku Trybunał Koronny oraz dla Litwy powołany trzy lata później Trybunał Litewski. Od ich dekrétów nie można się było odwołać do innego sądu. Zdarzało się jednak, że wyroki trybunałów były uchylane przez sąd sejmowy, gdy zapadły dekrét wydano z rażącym naruszeniem prawa lub bez podstawy prawnej. I to właśnie orzeczenia wydawane bez podstawy prawnej, mające charakter prejudykatów, zwane *vim legis sapiunt*, wzbudzały wśród szlachty najwięcej kontrowersji i w konsekwencji doprowadziły do wzmiankowanych przez Stanisława Augusta zmian. W przekonaniu szlachty trybunał, wydając dekrét bez oparcia na konkretnym przepisie prawa, dokonywał aktu stanowienia normy prawnej i przez to wkraczał w kompetencje sejmu, który był organem prawodawczym w państwie. Żądano więc, by trybunały orzekały wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Sejm dwukrotnie, w 1627 i 1638 roku, zakazał wydawania dekrétów bez podstawy prawnej, stanowiąc, że sprzeczne z tym zakazem wyroki nie mają mocy prawnej i nie podlegają egzekucji<sup>34</sup>. Jednocześnie jednak sejm nie wskazał organu uprawnionego do kasowania dotkniętych wyżej wskazaną wadą wyroków. W praktyce najczęściej czynił to sąd sejmowy, a niekiedy trybunał następnej kadencji. Brak jednoznacznego ustawowego uprawnienia do znoszenia dekrétów trybunałskich wyrokami sądu sejmowego skłaniał do protestów szlachtę, która słusznie zauważała, że nie można zastąpić jednego bezprawnia innym, i żądała, by sejm zajął się tą sprawą i jednoznacznie ją uregulował<sup>35</sup>.

Kwestią dekrétów *vim legis sapiunt* sejm zajął się po raz kolejny w 1726 roku i powtarzając po raz trzeci zakaz ich wydawania i egzekwowania, wyznaczył organ uprawniony do ich kasowania. Odtąd miały się tym zajmować trybunały następnych kadencji<sup>36</sup>. Kiedy już wskazano jednoznacznie organ uprawniony do kasowania ostatecznych wyroków trybunałskich<sup>37</sup>, ruszyła lawina pozwów, mających na celu obalenie zapadłych wcześniej dekrétów. Zarzut braku oparcia orzeczenia na wyraźnej podstawie prawnej był przy tym często pretekstem, który służył piniaczom do kontynuowania sporu, co wcześniej było bardzo utrudnione<sup>38</sup>.

Inną instytucją znaną wcześniej, ale rzadko dopuszczaną do stosowania, ze względu na niedostateczne uregulowanie ustawowe, było wznowienie procesu. Warto o niej wspomnieć, gdyż jej stosowanie na szerszą skalę zaczęło się również po uchwaleniu korektury z 1726 roku i niewątpliwie przyczyniło się do rozwoju zjawiska pieniąctwa w analizowanym okresie<sup>39</sup>. Wznowienie zakończzonego już prawomocnym wyrokiem postępowania mogło nastąpić, gdy jedna ze stron, zazwyczaj przegrana, odnalazła nowy dokument, który mógł wpłynąć na treść rozstrzygnięcia danej sprawy. Wówczas strona, która weszła w posiadanie takiego dokumentu, mogła pozwać swojego przeciwnika

<sup>34</sup> VL., t. III, s. 263 i 444.

<sup>35</sup> Por. W. Maisel, *Trybunał Koronny w świetle laudów sejmikowych i konstytucji sejmowych*, CPH 1982, nr 2, s. 91 i n., patrz też H. Lisczyk, *Trybunał Koronny w opiniach sejmików ziemskich (1578–1648)*, (w:) *Dawne sądy i prawo*, red. A. Lityński, Katowice 1984, s. 61.

<sup>36</sup> VL., t. VI, s. 224, wyjątek stanowiły dekrety wykonane i zaakceptowane przez strony.

<sup>37</sup> Por. H. Lisczyk, *Trybunał*, s. 61, który stwierdził, że stosowana wcześniej przez sąd sejmowy, zadworny i same trybunały praktyka sprawiła, iż dekrety trybunałskie nie miały charakteru ostatecznych.

<sup>38</sup> *Pamiętniki Króla*, t. II, s. 31.

<sup>39</sup> Tak J. Rafacz, *Dawny*, s. 196.

przed sąd orzekający wcześniej w danej sprawie i tenże powinien wydać nowy wyrok<sup>40</sup>.

Konstytucja z 1726 roku, wzmiankując, że do sądów trafia coraz więcej spraw wznawianych na podstawie *de noviter repertis documentis*, nakazała, by strona, która powołuje się na nowo odnalezione dokumenty, złożyła przysięgę, iż ani ona sama, ani jej patron dowodu tego nie zataili i nie mogli go wcześniej zdobyć<sup>41</sup>. Jednocześnie ustawa stanowiła, że powtórnie tej samej sprawy nie można wznowić na podstawie nowo odnalezionych dokumentów. Jednakże sądząc po liczbie protestów szlachty zawartych w laudach sejmikowych, można stwierdzić, że zarówno strona, jak i same sądy nie stosowały się do zakazu powtórnego wznowienia postępowania pomimo wysokich kar przewidzianych dla osób łamiących ten zakaz<sup>42</sup>.

Możliwość kasowania prawomocnych orzeczeń trybunalskich pod pretekstem braku oparcia dekretu na wyraźnej podstawie prawnej oraz wznowienia zakończonych już prawomocnym wyrokiem postępowania doprowadziła do wzrostu niepewności w obrocie prawnym. Wyroki szlacheckich sądów najwyższych, które dotychczas kończyły postępowanie, mogły być wzruszane przez trybunały następnej kadencji, obradujące w innym składzie. Nadzieja na zmianę niekorzystnego dekretu wpłynęła z kolei na postawę szlachty wobec prób egzekucji wyroków. Skoro pojawiła się szansa na uchylenie orzeczenia, strona przegrana robiła wszystko, by nie dopuścić do egzekucji, licząc, że następny trybunał będzie dla niej łaskawszy. W ten sposób nakręcała się spirala pieniactwa wśród szlachty.

Zjawisko to nie mogłoby się rozwinąć w pełnej krasie, gdyby nie nieprecyzyjność norm prawnych, które wielokrotnie zmieniane i uzupełniane, były często sprzeczne ze sobą, a postulat kodyfikacji prawa nie mógł doczekać się realizacji. Istotne znaczenie dla rozwoju pieniactwa miały również przewlekła i nieskuteczna egzekucja, fatalny stan archiwów oraz słaba znajomość prawa wśród znacznej części sędziów. Pisano o tym już tak wiele, że zbędne wydaje się udowadnianie wpływu tych czynników na destrukcję szlacheckiego wymiaru sprawiedliwości, a w konsekwencji również na rozwój analizowanego zjawiska. Jednakże problemy te istniały w całym okresie Rzeczypospolitej szlacheckiej, a do rozwoju pieniactwa na taką skalę doszło dopiero w XVIII wieku.

Podobnie rzecz się ma z honorem, wymienianym przez Ochockiego – szlachta w tym okresie raczej nie stała się bardziej honorowa, niż była wcześniej. Przeciwnie, współczesni publicyści narzekali na upadek wartości takich jak honor, poczucie przyzwoitości, uczciwość czy wspaniałomyślność. Zastąpiły je zawiść, zazdrość, chciwość i małostkowość<sup>43</sup>. Chociaż w rozumieniu takim, jakie nam przedstawił Ochocki – gdzie punktem honoru miało być pogńębienie przeciwnika procesowego i zwycięstwo za wszelką cenę – można uznać, że rzeczywiście ten czynnik wywierał istotny wpływ na rozwój pieniactwa. Proces stawał się w tej sytuacji polem wzajemnej rywalizacji, dostarczał emocji i rozrywki, nie tylko samym stronom, ale również obserwatorom. Na dalszy plan schodził przedmiot samego sporu, bardziej liczył się wynik konfrontacji, a zwycięzca chodził

<sup>40</sup> J. Rafacz, *Dawny*, s. 196.

<sup>41</sup> VL., t. VI, s. 224.

<sup>42</sup> Por. J. Michalski, *Reforma sądownictwa na sejmie konwokacyjnym 1764 roku, (w:) Między wielką polityką a szlacheckim partykularzem. Studia z dziejów nowożytnej Polski i Europy*, red. K. Wajda, Toruń 1993, s. 304.

<sup>43</sup> Patrz A. Rzewuski, *O formie rządu republikańskiego myśli*, Warszawa 1790, s. 145.

w glorii chwały należnej wielkim bohaterom. W czasach gdy polityka nie zajmowała już tak wiele uwagi w umysłach elit, a wojny toczyły się z dala od naszych granic, zainteresowanie salą sądową rosło i pozwalało zabić nudę dnia codziennego. Zapanowała więc moda na procesy. Osoby toczące spory sądowe stały się pożądane w towarzystwie, ich relacje z sal sądowych budziły zainteresowanie zarówno pań, jak i panów, a tematem większości rozmów były procesy – kto z kim się sędzi i o co. Im głośniejszy proces, tym lepiej, im trudniejszy przeciwnik, tym wyższa stawka, a zwycięstwo cenniejsze. O tym, jaki wpływ może mieć moda na zachowanie (nie zawsze racjonalne) dużych grup ludzi, a nawet całych społeczeństw, nie trzeba w dzisiejszych czasach nikogo przekonywać. Mechanizm, jaki oddziaływał w tym okresie na społeczność szlachecką, obserwowano wielokrotnie w dziejach ludzkości. Oto rzadka elitarna przyjemność dostępna tylko dla najpotężniejszych ludzi w kraju, jaką było obalenie wyroków trybunalskich, stała się po 1726 roku dostępna dla szerokiej rzeszy średniozamożnej szlachty. Każdy więc, kogo było stać na dobrego adwokata, mógł sobie pozwolić na coś, co do niedawna zarezerwowane było tylko dla magnatów. Rosnący popyt na usługi adwokackie sprawił zaś, że ich liczba zwiększała się, a duża konkurencja doprowadziła do podziału na tych najlepszych, których dochody rosły, i tych gorszych, oferujących usługi taniej, a przez to dostępnych dla każdego.

Trudno dziś jednoznacznie określić, która ze wskazanych przyczyn najbardziej przyczyniła się do rozwoju pieniactwa wśród szlachty w XVIII wieku. Zresztą ich katalog wydaje się niepełny, wskazani autorzy pominęli między innymi korupcję w wymiarze sprawiedliwości i związaną z tym stronniczość sędziów, które z jednej strony potęgowały u przegranych poczucie krzywdy i chęć odwetu, a z drugiej dawały nadzieję, że nawet przegraną sprawę można wygrać, wspierając swe wątle dowody odpowiednim datkiem. Można jednak zaryzykować stwierdzenie, że przełomowym wydarzeniem dla rozwoju opisywanego zjawiska było uchwalenie reformy z 1726 roku, która otworzyła furtkę umożliwiającą obalenie wyroków trybunalskich. To wydarzenie było impulsem do rozwoju pieniactwa, które bazując na niedoskonałym prawie, niewykształceniu sędziów, bałaganie w archiwach i nieskutecznej egzekucji, mogło się w pełni rozwinąć, a kiedy zapanowała moda na procesowanie się, nic już nie mogło powstrzymać sądów przed zalewem pozwów.

# Recenzje i noty recenzyjne

**Monika Całkiewicz**

*Modus operandi sprawców zabójstw*

Warszawa: Wydawnictwo Poltex 2010, ss. 418.

Zabójstwo jest tym przestępstwem, które w społeczeństwie budzi najwięcej emocji. Od organów ścigania domagamy się szybkiego działania uwieńczonego wykryciem i ukaraniem sprawcy. Jednak aby doszło do wykrycia przestępcy, konieczne jest posiadanie wiedzy o sposobie jego działania, a więc właśnie o *modus operandi*. Wiedza ta w postępowaniu karnym ma ogromne znaczenie, nie tylko przy wykryciu sprawcy, ale i jako ogniwo dowodu poszlakowego czy podstawa ustaleń karnomaterialnych, a mimo to w praktyce dotychczas nie była i nadal nie jest w wystarczający sposób doceniana.

Publikacją, która ukazuje przydatność ustaleń z zakresu *modus operandi* w postępowaniach karnych, jest właśnie książka wydana w 2010 roku, autorstwa prokurator Moniki Całkiewicz, pt. *Modus operandi sprawców zabójstw*.

Publikacja ta zdecydowanie zasługuje na uwagę szerokiego grona czytelników ze względu na rzetelną i dogłębną analizę tematu oraz imponujący warsztat badawczy Autorki. Wszelkie rozważania teoretyczne wzbogacone zostały analizą 130 akt sądowych z zakresu popełnienia przestępstw przeciwko życiu w latach 2000–2008 rozpoznawanych przez SO w Warszawie i dotyczących takich przestępstw, jak: zabójstwo, spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w wyniku którego pokrzywdzony zmarł (art. 156 § 3 k.k.) oraz pobicie ze skutkiem śmiertelnym (art. 158 § 3 k.k.), jak również analizą 160 spraw zakończonych prawomocnym postanowieniem o umorzeniu postępowania w 3 prokuraturach rejonowych: Warszawa Śródmieście, Warszawa Mokotów i Warszawa Praga Północ w latach 2000–2006. Badania przeprowadzone przez dr Całkiewicz cechują się oryginalnością. Autorka skupia się bowiem nie na ujęciu ilościowym badanych zjawisk, lecz na podejściu jakościowym, którego celem jest przede wszystkim zilustrowanie sposobu działania sprawcy.

Praca składa się z 6 rozdziałów, z których każdy podzielony został na podrozdziały, dzięki czemu opracowanie jest bardziej przejrzyste, zrozumiałe i wygodne w studio-waniu. Każdy podrozdział poprzedzony jest krótkim wstępem, dzięki czemu czytelnik wie, co znajdzie w danym rozdziale czy podrozdziale.

W pierwszym rozdziale (*Pojęcie modus operandi*) Autorka definiuje, czym jest *modus operandi*, określa jego cechy oraz determinanty o charakterze wewnętrznym (s. 40) i zewnętrznym (s. 50), mające istotny wpływ na zachowanie się człowieka. Przy określaniu



definicji powołuje się na znanych polskich i amerykańskich autorów i dokonuje ich klasyfikacji według zwolenników *modus operandi sensu stricto* oraz tych preferujących definicję *sensu largo*. Autorka formułuje również własną, stworzoną na potrzeby publikacji definicję *modus operandi* (s. 22). W rozdziale tym wskazuje również istotne różnice między „podpisem” a „wizytówką” sprawcy (s. 23), określa, czym jest perseweracja i wymienia różne jej rodzaje (s. 25). Nie pozwala również zapomnieć czytelnikowi, że oprócz tradycyjnego rozumowania *modus operandi*, opartego na działaniu sprawcy, istnieją przypadki, w których przestępcze zachowanie polega nie na działaniu, lecz na zaniechaniu działania, czego przykładem może być przestępstwo dzieciobójstwa (gdy matka zaniecha karmienia noworodka), zatem zaniechania nie można wyłączyć z zakresu *modus operandi*.

Rodziny ofiar sprawców zabójstw często zadają pytania: dlaczego? jaka była przyczyna? jaki był motyw działania sprawcy? Na te pytania można znaleźć odpowiedź, analizując drugi rozdział książki, w którym ujęte zostały przyczyny (s. 62) i motywy działania sprawcy (s. 83). Autorka uczuła, że choć w codziennym użytku te dwa pojęcia przenikają się wzajemnie, motywacja jest bowiem jedną z przyczyn, dla których sprawca popełnia przestępstwo – to w istocie nie są one tożsame, dlatego też stara się wskazać istotne różnice między nimi.

Z prezentowanych przyczyn przestępczości w rozdziale tym na szczególną uwagę zasługuje – moim zdaniem dotychczas bagatelizowany, a słusznie podkreślony przez Autorkę – wpływ mediów na wzrost przestępczości. Świat prezentowany w filmach czy grach komputerowych odbiega od rzeczywistości, nacechowany jest aktami przemocy i okrucieństwem, przez co wytwarza się mylne przekonanie, że przemoc jest sposobem na rozwiązanie konfliktu, a zabójstwo jest czymś naturalnym. Upowszechnia się również zjawisko tzw. *copycat effect*, polegające na kopiowaniu przez przestępców zachowań, które poznali za pośrednictwem środków masowego przekazu, co jest zjawiskiem bardzo niebezpiecznym. Bardzo ciekawym zabiegiem wykorzystanym przez Autorkę recenzowanej publikacji jest dokonanie konfrontacji prezentowanych w literaturze przyczyn i motywów działania sprawców z polskimi realiami. Autorka podkreśla, że w Polsce w wielu postępowaniach motyw działania w ogóle nie zostaje ustalony, a jeśli już jest wskazany, to zazwyczaj, jak wynika to z danych Komendy Głównej Policji, jest to nieporozumienie rodzinne, rzadziej motywy rabunkowe, a przypadki zabójstw o podłożu seksualnym lub na zlecenie mają charakter incydentalny.

Niezwykle interesująca jest tematyka zawarta w rozdziale trzecim recenzowanej publikacji, zatytułowanym *Rodzaje zabójców a modus operandi*. W rozdziale tym Autorka konfrontuje sposób działania zabójców jednokrotnych z wielokrotnymi. Opisuje typowe elementy zachowań poszczególnych sprawców, jak również czynniki mające wpływ na określony model zachowania przestępczego. Obszerna analiza *modus operandi* dokonana według typologii zabójców pozwala na wykreowanie wizerunku: kim jest dany zabójca, jakie cechy osobowościowe posiada, dlaczego zabija, jak wybiera ofiarę, czy jego działanie jest spontaniczne, czy może jest wynikiem przygotowania się do zbrodni oraz co motywuje dany typ zabójcy i jaki jest cel jego działania. Rozdział trzeci prezentowanej książki jest interesujący nie tylko z powodu tego, że Autorka w sposób bardzo ciekawy, wciągający, opisuje poszczególne typy zabójców i charakterystyczne dla nich sposoby zachowania, ale również dlatego, że w tym rozdziale Monika Całkiewicz, na podstawie badań własnych, tworzy profil polskiego zabójcy.

Zdaniem Autorki sprawcą zabójstwa w Polsce jest przeważnie osoba z bliskiego dla ofiary otoczenia, której działanie było wynikiem nagłego impulsu lub doznanych w danej chwili emocji. Sprawca w czasie dokonywania przestępstwa jest najczęściej pod wpływem alkoholu, a po dokonaniu zbrodni pozostawia zazwyczaj zwłoki na miejscu, w którym doszło do konfliktu. Do popełnienia zbrodni sprawca używa najczęściej noża lub dokonuje przestępstwa przez użycie siły własnego ciała. Jego głównym motywem działania jest złość wywołana kłótnią z pokrzywdzonym, wśród innych zaś motywów Autorka wymienia m.in. chęć osiągnięcia zysku, zazdrość lub zemstę. Sprawca dokonujący zabójstwa nie jest całkowicie pozbawiony uczuć moralnych, po dokonaniu czynu „rehabilituje się” bowiem i stara się pomóc ofierze, zawiadamiając np. pogotowie ratunkowe.

Jeśli czytelnika interesuje proces ustalania *modus operandi*, powinien dogłębnie przeanalizować czwarty rozdział recenzowanej publikacji (*Ustalanie modus operandi sprawcy*). W rozdziale tym precyzyjnie został określony katalog zasad (s. 191), których przestrzeganie warunkuje rzetelne ustalenie sposobu działania sprawcy. Należą do nich m.in. zasada szybkości, zasada wielości źródeł, zasada kompleksowości, zasada stałego weryfikowania wiedzy, zasada logicznego myślenia, zasada zgodnego z prawem i etycznego działania oraz zasada szczegółowego dokumentowania.

Zdaniem Autorki w każdym postępowaniu powinno się dążyć do ustalenia następujących elementów *modus operandi*: czynności przygotowawczych, jakie podjął sprawca przed dokonaniem przestępstwa, czasu dokonania przestępstwa, ustalenia, czy były osoby współuczestniczące, kryteriów wyboru ofiary, miejsca, w którym doszło do zabójstwa, sposobu dokonania przestępstwa, użytych przedmiotów oraz zachowania sprawcy w trakcie czynu i po jego dokonaniu. Wiedzę taką można czerpać z licznych źródeł informacji, dlatego też w recenzowanej pracy nie zabrakło o tym wzmianek. Według Autorki najcenniejszym źródłem wiadomości o *modus operandi* jest w pierwszej kolejności sprawca czynu, a następnie pokrzywdzony, jednak do uzyskanych informacji należy podchodzić z ograniczonym zaufaniem, sprawca może bowiem chcieć zataić fakty, a ofiara ze względu na silne emocje może wszystkiego nie pamiętać. Innym cennym źródłem informacji o *modus operandi* są również oględziny miejsca i zwłok. Jak mówi Paweł Horoszowski: „miejsce oględzin jest kopalnią wiadomości dla tych, którzy potrafią czytać w tej, pozornie tak tajemniczej księdze”<sup>1</sup>.

Nierzadko posiadanie wiedzy o sposobie działania sprawcy warunkuje możliwość jego wykrycia i – co najważniejsze – przypisania mu winy. Dlatego też w kolejnym – piątym rozdziale recenzowanej pracy w szczególny sposób podkreślone zostały wartości dowodowe i wykrywacze *modus operandi*. Mozolna praca nad zapoznaniem się ze sposobem działania sprawcy nie miałyby sensu, gdyby zdobytej wiedzy nie można było wykorzystać w postępowaniu.

*Modus operandi* jest instrumentem niezbędnym przy tworzeniu wersji kryminalistycznej, profilowaniu psychologicznym czy też przy budowie dowodu poszlakowego. Przy tworzeniu wersji kryminalistycznej *modus operandi* traktowany jest z jednej strony jako podstawa tworzenia wersji kryminalistycznej, gdyż dostarcza informacji na temat sprawcy czynu i jego motywu działania, z drugiej zaś strony jako podmiot wersji

<sup>1</sup> P. Horoszowski, *Od zbrodni do kary*, PWN, Warszawa 1966, s. 261.

kryminalistycznej, ze względu na informacje o sposobie przygotowania, o przebiegu zdarzenia czy użytych narzędziach. Wiedza i sposób działania sprawcy, jak słusznie podkreśla Autorka, wykorzystywane są również w procesie ustalania sylwetki psychologicznej sprawcy zabójstwa. Ślady pozostawione na miejscu zdarzenia i czynności podejmowane przez sprawcę są odzwierciedleniem jego osobowości, dlatego też takie informacje, jak: czas i miejsce dokonania zabójstwa, cechy przy wyborze ofiary, sposób przygotowania się do czynu przestępczego oraz sposób postępowania z ofiarą za życia i z jej zwłokami, są niezmiernie ważne przy tworzeniu przez profilera poprawnego portretu psychologicznego sprawcy. Im profil jest dokładniejszy, tym organom śledczym szybciej udaje się ująć sprawcę.

W ostatnim, szóstym rozdziale zaprezentowano wpływ *modus operandi* na ocenę prawną czynu. Sposób, w jaki sprawca działa, dokonując przestępstwa, mieści w sobie wiele informacji m.in. o motywacji sprawcy, zamiarze bądź jego braku czy stopniu społecznej szkodliwości czynu. A te informacje z kolei są podstawą do określenia kwalifikacji prawnej czynu i wymierzenia sprawcy stosownej kary. Choć posiadanie takich informacji jest bardzo istotne, to zdaniem M. Calkiewicz w praktyce organy nie przywiązują do tego należytej wagi.

Lektura książki M. Calkiewicz pozwala wyrazić przekonanie, że jest to pozycja atrakcyjna, nowatorska i niezmiernie wartościowa, która bez wątpienia wzbogaca dotychczasowy dorobek nauki. Książka ma charakter interdyscyplinarny, swoim zakresem obejmuje bowiem zagadnienia z prawa karnego materialnego, procesowego, kryminologii i kryminalistyki. W publikacji Autorka korzysta przede wszystkim z opracowań anglojęzycznych i bogatego orzecznictwa, nie zapomina również o wzbogaceniu treści pracy przeprowadzonymi przez siebie badaniami empirycznymi. Można zatem powiedzieć, że rozważania teoretyczne skonfrontowane zostały z praktyką.

Autorka nie boi się również wyrażać własnych poglądów na dany temat. Opracowanie cechuje się wysokim poziomem merytorycznym oraz ponadprzeciętnymi walorami naukowo-dydaktycznymi. Recenzowana publikacja ma ten niezaprzeczalny walor, że napisana jest prostym, zrozumiałym językiem, może być zatem ciekawą lekturą nie tylko dla prawników teoretyków i praktyków, ale również dla studentów prawa i wszystkich osób interesujących się omawianą tematyką.

Dariusz Charko

### Ronald Irving

*„The Law is a ass”. An illustrated anthology of legal quotations*

London–New York 2010, ss. 283.

Kompilację powiedzeń, powiedzonek, cytatów z literatury bardziej i mniej ambitnej oraz prawniczych anegdotek warto Czytelnikowi gorąco polecić, aczkolwiek najpierw godzi się uczciwie przestrzec, że prawnik, który chciałby zapoznać się bliżej z jej treścią, powinien spełniać dwa, nazwijmy to, kryteria. Otóż po pierwsze, musi to być osoba z dużym poczuciem humoru i dystansem do wykonywanego zawodu. Po wtóre, należy, niestety, znać angielski.

Na powyższym zasadniczo moglibyśmy recenzję niniejszą zakończyć, gdyż zbiorek w rodzaju omawianego, o ile nie zawiera rażących błędów, to niezbyt ambitne wyzwanie dla recenzenta. Tym samym jednak okazalibyśmy się nie tylko małostkowi, ale i niesprawiedliwi wobec Autora, który włożył wiele pracy w jego przygotowanie.

Ronald Irving jest angielskim prawnikiem. Za tytuł zbioru posłużył mu cytat pochodzący z powieści *Olivier Twist* Charlesa Dickensa, nie tak dawno z powodzeniem przeniesionej na ekran przez Romana Polańskiego. Praca podzielona została na osiem rozdziałów: *Sprawiedliwość (Justice)*, *Prawo (The Law)*, *Prawnicy (Lawyers)*, *W sądzie (In Court)*, *Zniesławienie (Libel)*, *Zbrodnia i kara (Crime and Punishment)*, *Testamenty (Wills)* oraz *Zdrada stanu (Treason)*.

Wykorzystany materiał został podzielony i pogrupowany w sposób dosyć przejrzysty. Jak wiadomo, z czasem każda anegdota rodzi coraz liczniejsze mutacje oraz parafrazy. Po latach często nie wiadomo już, co jest pierwowzorem, a co derywatami. Autor, za co mu chwała, powstrzymał się jednak przed włączeniem do swojego dzieła wszelkich możliwych wersji opisywanych przez siebie wydarzeń. To cenna wskazówka dla prawników-felietonistów, wydających później swoje dzieła w formie książki. Zdarza się bowiem, że ta sama myśl, opublikowana w kilku osobnych artykułach, powraca potem w *opus magnum* w tej samej formie. To nieco nużące dla czytelnika. *Decies repetita placebit* („Powtórz dziesięć razy, a będzie się podobało”) – powiada poeta Horacy. Spodoba się, spodoba, ale tylko Horacemu. Irving wie o tym. Szkoda, że niektórzy „koledzy” felietoniści nie.

Wróćmy jednak do anegdot. Autor kompilacji sięga głównie do materiałów odnoszących się do sfery angloamerykańskiego *common law*. Większość powiedzonek i facecji cechuje się lekkością i humorem. Przyznać przy tym trzeba, że równo dostaje się wszystkim: sędziom, adwokatom, prokuratorom, rzeszy prawników, bez dokładniejszego sprecyzowania ich funkcji, oraz uczestnikom procesu. Czytelnikowi oszczędzone zostały tym samym budzące odruch zwrotny „kawały z brodą” oraz komunały przepisywane bezzwrotnie z jednej kompilacji do drugiej. Irving pisze o swoim „środowisku naturalnym”, a jednak nie ma w jego książce niepotrzebnej bufonady czy zawodowego zgorzknienia, choć gdzieś tam pojawiają się również wątki i przemyślenia poważniejsze. Znakończeniem tekstu są reprodukcje grafik, głównie XIX-wiecznych, o tematyce prawniczej.

Uwag mam do Autora niewiele i w większości są to zupełne drobiazgi. Jak chociażby ten, że autorem powiedzenia „Przyznanie się do winy jest królową dowodów” (por. s. 133) był stalinowski prokurator Andriej Wyszynski. Otóż Wyszynski, choć jak wszystkim wiadomo, zasłynął jako perfekcjonista w kreatywnym wydobywaniu zeznań obciążających wszystko i wszystkich, nie był twórcą przywołanej zasady. Wywodzi się ona jeszcze ze średniowiecznych regulacji rzymsko-kanonicznych, pozostających w ścisłym związku z procesem inkwizycyjnym. Jej łacińska wersja to: *confessio est regina probationum*. Chętnie spytałbym również Autora, co nim kierowało, kiedy dokonywał podziału swojej pracy. Dlaczego zabrakło w niej na przykład osobnego rozdziału z anegdotami na temat rozwodów (jest skromniutki podrozdziałik), dlaczego zabrakło osobnej części poświęconej śledztwom i policji itd. Czy nie jest to również prawo? Czy brakuje ciekawostek z tych dziedzin?

Ale dajmy spokój. „Tak krawiec kraje, jak mu materii staje”, a przyznać przy tym

trzeba, że Ronald Irving „kraje” całkiem nieźle. Słowa uczą, przykłady pociągają. Ku zachęce warto przedstawić skromną próbkę zawartości dzieła:

s. 23: A na ile sprawiedliwości może pan sobie pozwolić? (odpowiedź adwokata na prośbę klienta o dochodzenie w jego imieniu sprawiedliwości).

s. 27: W Anglii sprawiedliwość jest dla wszystkich. Jak Hotel Ritz.

s. 29: Niekompetentny obrońca może przedłużać proces miesiącami lub latami. Kompetentny nawet dłużej.

s. 46: Za chwalebłą niepewność prawa! (toast wzniesiony przez prawnika).

s. 88: Prawnicy to jedne osoby, którym nieznanomość prawa nie szkodzi.

s. 191: Jeżeli bieda jest matką przestępstwa, to głupota jest jego ojcem.

s. 200: Powodem, dla którego preferuję sprawy karne, jest to, że jak wchodzę na salę sądową, od razu wiem, gdzie są ci źli (wyznanie obrońcy w sprawach karnych).

Zakończę dwoma powiedzonkami „na czasie”. Pierwsze ma smaczek międzynarodowy. Otóż: „W Niemczech wszystko jest zabronione, z wyjątkiem tego, co jest dozwolone. We Francji wszystko jest dozwolone, z wyjątkiem tego, co jest zabronione. W Związku Radzieckim wszystko jest zabronione, nawet to, co jest dozwolone. We Włoszech wszystko jest dozwolone, zwłaszcza to, co jest zabronione” (s. 59). Drugi z powodzeniem można odnieść do sytuacji panującej obecnie w naszym kraju: „Reforma? Reforma? Ale dlaczego? Czy sytuacja naprawdę jest już aż tak zła?” (s. 53).

Kto chce śmiać się dalej, niech sięgnie po książkę Ronalda Irvinga. Miłej lektury!

Maciej Jońca

**Jacek Janowski**

*Informatyka prawnicza w serii „Wykłady Specjalizacyjne”*

Warszawa: C.H. Beck 2011, ss. 447.

1. Recenzowane opracowanie dotyczy problematyki informatyki prawniczej. W przeciwieństwie jednak do publikacji książkowych z tego zakresu, jakie ukazały się dotychczas w Polsce, Autor wychodzi poza tradycyjne jej rozumienie i uznaje, że postęp, jaki dokonał się w ciągu ostatnich 20 lat w sferze zastosowania komputerów w prawie, pozwala na wyodrębnienie nowej dyscypliny, którą nazywa „informatyką prawa”. W skład tak rozumianej informatyki prawa ma wchodzić, jego zdaniem, informatyzacja prawa, informatyka prawnicza, prawo informatyczne (s. 7) oraz wiążące się z aplikacją komputerów na gruncie prawa zagadnienia filozoficzne, choć nie jest to *explicite* wymienione przy prezentowaniu przedmiotu dyscypliny. Koncepcja ta zbliżona jest do rozumienia „informatyki prawniczej”, zaprezentowanej już przed ponad 40 laty przez W. Steinmüllera, który uznawał, że informatyka prawnicza jest dziedziną, która powinna zajmować się wszystkimi problemami, jakie występują na styku prawa i stosowania komputerów. Definiował on informatykę prawniczą jako „(...) teorię dotyczącą możliwości, warunków i skutków przetwarzania danych w prawie (...)”<sup>1</sup>. Traktował ją przy tym jako naukę, która obejmuje wszystkie aspekty interdyscyplinarne, i przypisywał jej rangę podobną

<sup>1</sup> W. Steinmüller, *EDV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik*, Berlin 1970.



do tej, jaką ma filozofia czy też socjologia prawa. W taki sposób rozumiana informatyka prawnicza obejmowała również prawne konsekwencje stosowania komputerów (prawo informatyczne).

Akceptacja kompleksowego podejścia do problematyki stosowania komputerów w prawie nie znajduje jednak odzwierciedlenia w tytule książki. Jej tytuł *Informatyka prawnicza* jest niezbyt trafny, książka traktuje bowiem w rzeczywistości nie tylko o informatyce prawniczej, ale dotyczy także wszystkich zagadnień, jakie Autor uznaje za wchodzące w skład „informatyki prawa”. Wyraźnie przy tym stwierdza, że informatyka prawnicza powinna być uznawana za część informatyki prawa (s. 9). Jest to podejście słuszne, pojęcia „informatyka prawa” oraz „informatyka prawnicza” są bowiem pojęciami odrębnymi, a akceptacja poglądu o istnieniu informatyki prawa musi pociągać za sobą uznanie tego, że informatyka prawnicza jest częścią tej szerszej przedmiotowo dyscypliny. Obok informatyki prawniczej i prawa informatycznego Autor uznaje za odrębną część informatyki prawa tzw. „informatyzację prawa”, pod którym to pojęciem rozumie badania wiążące się z elektronicznym obrotem prawnym, elektronicznym stanowieniem prawa i elektronicznymi metodami jego stosowania. Tym samym zawęża zakres przedmiotowy informatyki prawniczej do problematyki budowania baz wyszukiwania informacji prawnej oraz zagadnień wiążących się ze stosowaniem systemów automatycznego rozstrzygania. Stanowisko takie jest, moim zdaniem, nieuzasadnione, a sama koncepcja wyodrębnienia jako nauki „informatyzacji prawa” nie jest słuszna. Tradycyjnie informatyka prawnicza zajmowała się zagadnieniami wiążącymi się ze wspomnianą wyżej budową systemów wyszukiwawczych i automatycznego rozstrzygania, a także systemów faktograficznych przetwarzających informacje istotne z punktu widzenia prawa<sup>2</sup>. Ponieważ w chwili obecnej zakres zastosowania komputerów w prawie znacznie się rozszerzył, powinno w związku z tym nastąpić rozszerzenie struktury informatyki prawniczej na nowe sfery zastosowań. Tym samym, jak się wydaje, nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać, że w skład informatyki prawniczej, obok tradycyjnych wchodzących w jej skład dyscyplin, powinny wejść dyscypliny nowe, które dotyczą tzw. informatyzacji prawa. Stąd też w skład informatyki prawa, moim zdaniem, wchodzić powinny trzy dyscypliny: informatyka prawnicza *sensu stricto* (obejmująca również to, co nazywa się informatyzacją prawa), prawo informatyczne oraz komplet zagadnień filozoficznych, socjologicznych, a także innych, np. psychologicznych czy też aksjologicznych, wiążących się ze stosowaniem komputerów w prawie. Konkludując, stwierdzić należy, że proponowana przez Autora struktura „informatyki prawa” wymaga przynajmniej w części dookreślenia i powinna być przedmiotem dyskusji. Cenne jest jednak przyjęcie przez Autora szerokiego pojmowania tej dyscypliny, z czym wiąże się obszerność i różnorodność poruszanych w omawianym opracowaniu zagadnień, co wymagało od Autora dużego zaangażowania naukowego.

Książka składa się z 4 rozdziałów, z których pierwszy ma charakter wprowadzający, kolejne zaś koncentrują się na omówieniu wielu szczegółowych zagadnień wiążących się z elektroniczną informacją o prawie (rozd. II), informatyzacją stanowienia prawa (rozd. III) oraz informatyzacją stosowania prawa (rozd. IV).

<sup>2</sup> Taka struktura informatyki prawniczej przedstawiona została w: J. Petzel, *Informatyka prawnicza. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1999, s. 28.



2. W rozdziale I, zatytułowanym *Informatyka prawnicza. Zarządzanie informacją prawną*, Autor omawia podstawowe zagadnienia wiążące się z pojmowaniem terminu „informatyka prawnicza”, a także określa zadania, które stoją przed informatyką prawniczą. Zadania tej dyscypliny są przez Autora rozumiane bardzo szeroko. Analiza wyliczonych w 8 punktach zadań (s. 11–12) wskazuje jednak na pewien brak konsekwencji i pomieszczenie zadań o różnym stopniu ogólności. Uwaga ta dotyczy w szczególności wymienienia przez Autora jako jednego z zadań informatyki prawniczej analizy funkcjonowania usług w poszczególnych zawodach prawniczych, które moim zdaniem trudno zaliczyć do naukowych zadań tej dyscypliny, a także punktu 7, który określa, że zadaniem informatyki prawniczej jest udoskonalanie interfejsów współpracy człowieka z maszyną w systemach informatycznych prawa, które to zadanie jest bez wątpienia zadaniem szczegółowym, mieszczącym się w ramach zadań o charakterze ogólnym, wymienionych m.in. w punkcie 3, wiążącym się z tworzeniem zautomatyzowanych systemów informacji prawnej opartych na bazach wiedzy. Trafne natomiast są uwagi Autora dotyczące konieczności przejścia od modelu uprawiania informatyki prawniczej, który miał charakter prywatno-badawczy, czy też komercyjny, do publicznego zastosowania informatyki prawniczej. Autor w rozdziale tym podejmuje również istotną problematykę informatyzacji zawodów prawniczych (§ 7), omawiając zagadnienia wiążące się z tworzeniem i działaniem wirtualnych kancelarii prawnych, wykorzystywaniem w pracy technologii agentowych (agent elektroniczny) oraz zagadnienia wiążące się z budową Portalu Informacyjnego Notariuszy. W przeciwieństwie do wielu autorów omawiających tę problematykę jego rozważania w tym względzie nie są oparte na twierdzeniach z pogranicza *science fiction*, lecz stanowią rzetelną analizę tego, co może być na tym polu dokonane<sup>3</sup>.

3. W rozdziale II książki, zatytułowanej *Elektroniczna informacja o prawie*, Autor podejmuje problematykę, która wiąże się z tą częścią informatyki prawa, która jest informatyką prawniczą *sensu stricto*. Autor słusznie zwraca uwagę na fakt, że problematyka tworzenia prawniczych baz danych powinna współcześnie uwzględniać również zagadnienia elektronizacji ogłaszania prawa i problematykę udostępnienia informacji na równych zasadach i bez ograniczeń, czego nie zapewniają systemy komercyjne. Za koniecznością udostępniania wszystkim na równych zasadach dostępu do baz wyszukiwania informacji prawnej przemawia implementacja do prawa polskiego tzw. dyrektywy *reuse* (Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/98/WE z 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego; Dz.Urz. UE L 345 z 31 grudnia 2003 r., s. 90), a także, co ważniejsze, to, że fundamentalna zasada równości wobec prawa nie może być realizowana bez równego dostępu do informacji o prawie<sup>4</sup>.

Przedstawienie problematyki wiążącej się z „informatyką prawniczą” ma w omawianej publikacji charakter dość ogólny, przy czym Autor nie ustrzegł się kilku błędów. Przy przedstawianiu klasyfikacji możliwych teoretycznie do stosowania systemów udostęp-

<sup>3</sup> Niektórzy autorzy twierdzą, że w ramach informatyzacji i tworzenia wirtualnych kancelarii prawnych dojdzie do kompletnego załamania rynku tradycyjnych usług prawniczych, co wydaje się jednak być twierdzeniem mocno przesadzonym, patrz R. Susskind, *Koniec świata prawników? Współczesny charakter usług prawniczych*, wyd. Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.

<sup>4</sup> Pierwszy zwrócił na to uwagę M. R. Wessel, *Komputer i społeczeństwo*, wyd. Omega, Warszawa 1986, s. 128–138, krytykując zasady funkcjonowania Lexis, będącego systemem komercyjnym.

niania informacji Autor nazywa wszystkie te systemy systemami „question-answering”, chociaż tą nazwą określane są jedynie systemy bezpośredniego informowania. Dodać należy, że twierdzenie, iż „informatyka prawnicza jest tą informatyką dziedzinową, która nie opracowała jeszcze metod i narzędzi budowy bezpośrednich systemów wyszukiwawczych, ze względu na charakter informatyzowanego przedmiotu”, jest nieprawdziwe. Jest bowiem rzeczą bezsporną, że systemy tego typu w ogóle nie mogą być na gruncie prawa stosowane, i to nie tylko z tego powodu, iż nie są przezwyciężone wskazane przez Autora problemy wiążące się z formalizacją języka prawnego, ale głównie dlatego, że stoi temu na przeszkodzie niemożność pominięcia zasady konkurencyjności metod wykładni, która jest jedną z podstawowych powszechnie akceptowanych zasad teorii prawa, wiążących się z interpretacją tekstu prawnego<sup>5</sup>. Istotą systemów bezpośredniego wyszukiwania informacji jest to, że użytkownik w odpowiedzi na pytanie informacyjne otrzymywać powinien tekst normy prawnej. Do wyinterpretowania tej normy dochodzi w wielu wypadkach, np. przy stosowaniu wykładni funkcjonalnej, poprzez uwzględnienie ocen przypisywanych ustawodawcy. Zautomatyzowanie tego procesu jest w sposób oczywisty niemożliwe.

Niezależnie od tego zauważyć należy, że określenie przez Autora systemów pełnotekstowych jako systemów, „w których dokument jest reprezentowany przez swój pełny lub skrócony tekst (w zbiorze wyszukiwawczym znajdują się pełne teksty dokumentów, na których realizowana jest operacja wyszukiwania)” (s. 83), nie jest właściwe. Podstawą do przeprowadzenia klasyfikacji systemów nie jest bowiem to, w jaki sposób są prezentowane w systemie dokumenty (system może zawierać w bazie dokumentacyjnej pełne teksty dokumentów, będąc jednocześnie indeksowym), ale rodzaj identyfikatora dokumentu i wiążąca się z tym budowa zapisów służących do przeszukania bazy danych. Systemy pełnotekstowe są systemami, w których każde ze słów występujących w tekście (z wyjątkiem słów nieinformacyjnych) jest identyfikatorem dokumentu<sup>6</sup>. To, że w bazie systemu znajdują się pełne teksty dokumentów, samo w sobie nie przesądza o tym, że system jest pełnotekstowy. Prócz tego zauważyć należy, że operacja wyszukiwania dokumentów nie jest realizowana, jak pisze Autor, na pełnych tekstach dokumentów, ale poprzez zapisy służące do przeszukania bazy danych, takie np. jak wykaz odwrócony (*inverted file*).

Rozdział ten zawiera również wiele wyliczeń, które w dobry sposób odzwierciedlają zarówno działy praktycznie i technicznie pojętej informatyki prawniczej (s. 92), jak i rodzaje programów stosowanych na tym polu (s. 90). Z podziałami, o których wyżej mowa, należy się zgodzić, tak jak też ze znajdującym się na s. 100–101 wyliczeniem elementów wchodzących w skład „systemu informacji prawnej”. Zawarte w tej części pracy wyliczenia elementów wchodzących w skład różnych zagadnień wiążących się z tworzeniem zautomatyzowanych systemów na gruncie prawa stanowią istotny wkład w porządkowanie struktury i zadań informatyki prawniczej.

Obok innych zagadnień Autor omawia również w rozdziale II wiele ważnych prob-

<sup>5</sup> Patrz M. Zieliński, *Informatyka prawnicza a pojęcie normy prawnej*, RPEiS 1975, t. 37; patrz również J. Petzel, *Informatyka prawnicza*, s. 47–55.

<sup>6</sup> Ten często powielany błąd w określaniu systemów pełnotekstowych wskazał już dawno J. Bing, *Legal Text Retrieval Systems. The Unsatisfactory States of Art, (w:) Access to Legal Data Bases in Europe, Proceedings of the 8<sup>th</sup> Symposium on Legal Data Processing in Europe, Strasbourg 1986*, s. 201–220.

lemów, m.in. zagadnienie relewancji dokumentów prawnych (§ 6, podrozdział VI–VII), metryk dokumentów, oznaczania dokumentów w informacyjnych systemach prawnych. Wskazuje również trafnie fakt podkreślany przez W. Wiewiórkowskiego i G. Wierczyńskiego<sup>7</sup>, że ogólnotechniczne uwarunkowania organizacji systemów powinny być powiązane z formalno-proceduralnymi regułami tworzenia prawa podczas projektowania systemów informacji prawnej.

W ostatniej części rozdziału II Autor podejmuje zagadnienia zasobów informacyjnych prawa, różnic występujących między ujednoczonym a jednolitym tekstem aktu prawnego oraz problematykę klasyfikacji aktów prawnych pod względem ich obowiązywania. Ostatnie z omawianych zagadnień należy uznać za niezwykle istotne przy tworzeniu systemów informacji prawnej. Podkreślić w tym kontekście należy fakt, że określenie tego, czy dany przepis prawa obowiązuje, czy też nie, w wielu wypadkach uzależnione jest od zastosowania takich, a nie innych metod wykładni prawa.

W rozdziale II Autor omawia również problematykę internetowej informacji o prawie, wskazując i omawiając wyczerpująco występujące w Polsce bazy wyszukiwania, z których część stanowią bazy komercyjne (Lex, Lex Polonica, Legalis). Pisze również o internetowych systemach informacji o prawie europejskim (EUR-Lex). Omówienie tych baz uznać należy za cenne, zwłaszcza że Autorowi udało się uniknąć przedstawiania szczegółów wiążących się z ich korzystaniem.

Mimo wskazanych wyżej wielu aspektów pozytywnych lektura rozdziału II pozostawia pewien niedosyt. Autor nie pisze w nim bowiem o wielu niezwykle istotnych zagadnieniach wiążących się z tworzeniem systemów informacji prawnej. Między innymi nie jest poruszona w nim w ogóle tematyka tworzenia tezaurusów, brak jest omówienia systemów konceptualnych, marginesowo potraktowane jest zagadnienie anafor w tekstach prawnych. Autor nie zajmuje się również w sposób bardziej szczegółowy problematyką systemów decyzyjnych czy też wspomagających wydawanie decyzji (*support decision systems*), o których wspomina jedynie w rozdziale IV (s. 338–339). Wydaje się jednak, że biorąc pod uwagę rozmiary opracowania i szerokie traktowanie przedmiotu informatyki prawa przez Autora, być może nie uwzględnił on wskazanej wyżej problematyki, zdając sobie sprawę z tego, że jej podjęcie wymagałoby rozbudowania rozdziału II do rozmiarów, jakie ma cała książka.

4. Rozdział III książki, pt. *Informatyzacja stanowienia prawa*, poświęcony jest zagadnieniom wiążącym się z informatyzacją procesu legislacyjnego. Autor omawia w nim najpierw zagadnienia ogólne, wiążące się z informacyjnym procesem legislacyjnym (§ 1 podrozdział I), cybernetycznym modelem stanowienia prawa (§ 1 podrozdział VI), a następnie koncentruje się na zagadnieniach prawnych i technicznych, wiążących się z zakresem informatyzacji czynności stanowienia prawa (§ 3, § 4).

Omawiane w rozdziale III zagadnienia informatyzacji procesu legislacyjnego Autor wiąże z problematyką dotyczącą utrudnień w dostępie obywatela do informacji prawnej (§ 3, podrozdział IV), na co ma wpływ wielokrotne nowelizowanie aktów prawnych<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> Patrz W. R. Wiewiórkowski, G. Wierczyński, *Informatyka prawnicza. Technologia informacyjna dla prawników i administracji publicznej*, wyd. Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.

<sup>8</sup> Jak wskazuje A. Malinowski w książce *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2006, ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych była tylko w 2003 r. nowelizowana 15 razy, a do roku 2006 miała ogółem 41 nowelizacji.

a także hermetyczność tekstów prawnych. Wskazuje przy tym słusznie, że występowanie takich utrudnień mogłoby być, przynajmniej w części, rozwiązane poprzez informatyzację procesu legislacyjnego. Zgodzić się przy tym należy z Autorem, że istotnym elementem takiego procesu musi być doprowadzenie do sytuacji, w której akt prawny ogłoszony elektronicznie miałby charakter pierwotny, a nie wtórny.

Omawiając zadania informatyki prawniczej w Polsce (s. 231), Autor wskazuje, że słusznie, iż istotne jest właściwe rozwiązanie sfery funkcjonowania publicznych systemów informacji prawnej, w której to sferze państwo nie przeciwdziała równoległemu utrzymywaniu wielu formalnie zróżnicowanych źródeł tych samych treści, znajdujących się jednocześnie np. w Biuletynie Informacji Publicznej, w Elektronicznej Platformie Udostępniania Usług Administracji Publicznej, a także w serwisach własnych podmiotów publicznych. Tymczasem, i tu trzeba zgodzić się z Autorem, powinna być realizowana zasada koncentracji, jednolitości i oficjalności informacji.

W dalszej części rozdziału III Autor szczegółowo analizuje problematykę wiążącą się z elektronicznym ogłaszaniem aktów normatywnych, wskazując jednocześnie, że „obywatel będzie miał zaufanie do działania organów państwa, jeśli one zapewnią mu jeden oficjalny i jednolity elektroniczny dostęp do potrzebnych mu informacji i obowiązujących go dokumentów”. W rozdziale tym Autor dokonuje szczegółowej analizy wielu uregulowań prawnych. Omawia też aspekty techniczne, dotyczące formatów, w jakich akty normatywne powinny być ogłaszane, wskazując, że właściwym formatem tworzenia i publikowania aktów powinien być XML. Format ten zapewnia bowiem możliwość nanoszenia poprawek, co przy założeniu elektronizacji całego procesu legislacyjnego jest niezbędne. Nie oznacza to oczywiście, że nie należy tworzyć wersji w formacie PDF, ale już po zakończeniu prac nad projektem, jego przegłosowaniu, zaakceptowaniu i podpisaniu.

Dość należy, że swoje rozważania dotyczące zagadnień praktycznych Autor wzbogaca bardziej ogólną analizą elektronicznego tworzenia prawa i jego wpływu na demokratyzację tego procesu, a także jego wagi dla rozwoju tzw. *e-governance*. Autor omawia również dalsze proponowane zmiany w zakresie ogłaszania aktów normatywnych, które zakładają ogłaszanie aktów normatywnych w formie dokumentu elektronicznego i wydawanie dzienników urzędowych jedynie w postaci elektronicznej. Autor wskazuje przy tym, że w wielu krajach, np. Austrii, Belgii, Danii, Hiszpanii, Portugalii i na Węgrzech, nie ma w ogóle oficjalnej papierowej wersji dzienników urzędowych.

Za istotne uznać należy również uwagi Autora dotyczące konieczności podjęcia prac nad stworzeniem Kodeksu prawa informatycznego. Istniejący obecnie stan, polegający na występowaniu wielu, często zmienianych, regulacji prawnych, posługujących się, co jest szczególnie negatywnym zjawiskiem, niejednorodną terminologią, prowadzi do sytuacji braku jasności co do rozumienia przepisów.

5. Rozdział IV książki, pt. *Informatyzacja stosowania prawa*, dotyczy niezwykle istotnej problematyki zastosowania komputerów do usprawnienia postępowań sądowych i administracyjnych. Autor pisze o problemach informatyzacji wymiaru sprawiedliwości oraz omawia koncepcję cybersądów (§ 1, podrozdział II). Przedstawia również w 13 punktach zestawienie problemów, które konieczne są do rozwiązania, jeśli chce się dokonać informatyzacji wymiaru sprawiedliwości (s. 298). Opisuje stan elektronizacji postępowań sądowych w Polsce (§ 2, podrozdział IV), koncentrując się na elektronicz-

nym postępowaniu upominawczym, które jako jedyne w Polsce, jak na razie, realizuje ideę e-sądu. Wskazuje przy tym inne istniejące możliwości automatycznego podejmowania decyzji w sferze stosowania prawa, uznając określenie zakresu możliwości ich stosowania za jedno z ważnych zadań informatyki prawniczej. Omawia też w § 4 zagadnienia wiążące się z elektronicznymi aktami spraw i wiążące się z tym problemy prawne, a także problematykę uwierzytelniania dokumentów elektronicznych. Jest to szczególnie istotne wobec faktu, że przepisy ustawy o podpisie elektronicznym nie są stosowane w wymiarze sprawiedliwości. Jak słusznie wskazuje Autor, poza kilkoma wyjątkami w sądowej procedurze karnej, a także administracyjnej, nie można posługiwać się dokumentami elektronicznymi.

W ostatniej części rozdziału IV Autor pisze o informatyzacji rejestrów sądowych (§ 9) i omawia istniejące w Polsce rejestry elektroniczne, takie jak: Rejestr Zastawów i KRS. Pisze również o informatyzacji ksiąg wieczystych oraz Krajowego Rejestru Karnego. Wskazuje też niezbędność konsolidacji prac wiążących się z elektroniczną rejestracją i wynikającą z tego konieczność współdziałania między resortami.

6. W zakończeniu omawianej książki Autor dokonuje krytyki zakresu przedmiotowego, jakim zajmowała się dotychczas informatyka prawnicza, wskazując w 11 punktach jej mankamenty, mające zarówno ogólny, jak i szczegółowy charakter. Z olbrzymią większością tych uwag należy się zgodzić. W szczególności z występującym w Polsce pomijaniem przez tradycyjnie uprawianą informatykę prawniczą problematyki komunikacji w obrocie prawnym, zagadnień elektronicznego ogłaszania aktów normatywnych i braku odpowiedniego powiązania z prawem informatycznym. Istotna i słuszna jest też uwaga wskazująca, że dotychczasowy rozwój informatyki prawniczej odbywał się przy niedostatecznym zrozumieniu strategicznej roli państwa w tym zakresie i wiązał się głównie z rozwiązaniami o charakterze komercyjnym. Stan taki, bez wątplenia, ulec musi zmianie, jeżeli ma dojść do zapewnienia obywatelom równego dostępu do informacji prawnej i elektronicznej sfery sądownictwa i administracji.

7. Recenzowana pozycja jest, w moim przekonaniu, jedną z najważniejszych publikacji z zakresu informatyki prawniczej, jaka w ostatnim czasie ukazała się w Polsce. Stąd też, choć wydana została ona w serii „wykłady specjalizacyjne”, co sugeruje, że skierowana jest głównie do studentów, uznać należy, iż powinna trafić do szerszego kręgu odbiorców, wśród których powinny znaleźć się osoby odpowiedzialne za informatyzację legislacji i wymiaru sprawiedliwości w Polsce.

*Jacek Petzel*

# Sympozja, konferencje

## **Trzecia Polsko-Niemiecka Konferencja „Dialog Prawniczy”, Gdańsk, 20–22 października 2011 r.**

W dniach 20–22 października 2011 r. w Gdańsku odbyła się Trzecia Polsko-Niemiecka Konferencja „Dialog Prawniczy”. Współorganizatorami byli Hanseatische Rechtsanwaltskammer Hamburg (Hanzeatycka Izba Adwokacka w Hamburgu), Deutsch-Polnische Juristen-Vereinigung (Niemiecko-Polski Związek Prawników) oraz Naczelna Rada Adwokacka. Honorowy Patronat nad imprezą objął Prezydent Miasta Gdańska Paweł Adamowicz.

Pod koniec 2008 r. Pomorska Izba Adwokacka i Hanzeatycka Izba Adwokacka w Hamburgu nawiązały współpracę, mającą na celu zintegrowanie środowiska prawniczego Polski i Niemiec. W jej ramach organizowane są m.in. wspólne konferencje pod nazwą „Dialog Prawniczy”. Spotkania, w których biorą udział praktycy i teoretycy prawa z obu krajów, są doskonałym pretekstem do dyskusji na temat podobieństw i różnic obu systemów prawnych, umożliwiając wymianę doświadczeń w zakresie tworzenia i stosowania prawa, a także sprzyjają nawiązywaniu współpracy między prawnikami. Trzecia z kolei edycja projektu miała miejsce w Gdańsku w październiku ubiegłego roku. Wykłady odbywały się w reprezentacyjnej Sali Białej (Wielka Sala Wety) Ratusza Głównego Miasta, w której w przeszłości obradował Sąd Ławy Miejskiej.

Konferencję otworzył dziekan Pomorskiej Izby Adwokackiej w Gdańsku adwokat Jerzy Glanc. Powitał przybyłych gości: adwokata Andrzeja Zwarę – prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej, Wiesława Bielawskiego, zastępcę Prezydenta Miasta Gdańska, sędzię Annę Skupną – prezesa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, prokuratora Dariusza Popieniuka – zastępcę prokuratora apelacyjnego w Gdańsku, sędziego Ryszarda Milewskiego – prezesa Sądu Okręgowego w Gdańsku, r.pr. Ewę Jezierewską – dziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych w Gdańsku, notariusza Henryka Mizaka – prezesa Izby Notarialnej w Gdańsku. Równie serdecznie powitani zostali goście z Niemiec: Rechtsanwalt Hansjörg Staehle – wiceprezydent Federalnej Izby Adwokackiej i jednocześnie prezydent Monachijskiej Izby Adwokackiej, Rechtsanwalt Dr Christian Lemke – wiceprezydent Hanzeatyckiej Izby Adwokackiej w Hamburgu oraz Rechtsanwalt Dr Jan Schürmann – członek Zarządu Niemiecko-Polskiego Związku Prawników.

Dziekan adw. Jerzy Glanc podkreślił, że cykliczna organizacja konferencji oraz fakt uczestniczenia w jej obradach tak znakomitych gości świadczą o bardzo dużym zainteresowaniu wydarzeniem i o rosnącej potrzebie rozwijania kontaktów polsko-niemieckich



właśnie w ramach dialogu prawniczego. Projekt jest wprawdzie młody, ale ma szansę zostać na stałe wpisany do kalendarza wydarzeń naukowo-kulturalnych. Istnienie wielu interesujących zagadnień natury prawnej w obu porządkach prawnych powinno zachęcić organizatorów i uczestników do dalszej współpracy. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że współorganizatorem projektu jest Hanzeatycka Izba Adwokacka w Hamburgu, a konferencja odbywa się w Gdańsku. Tym samym organizatorzy odnoszą się do historii i szczególnej roli, jaką odegrała współpraca miast hanzeatyckich, w tym Gdańska i Hamburga, dla rozwoju stosunków gospodarczych, politycznych, kulturalnych, a także prawnych w Europie.

Adwokat Andrzej Zwara, prezes Naczelnej Rady Adwokackiej, zwrócił uwagę na ogólną, europejską tendencję, polegającą na zacieśnianiu współpracy przez adwokatów w ramach Unii Europejskiej. Fakt odbywania się już po raz trzeci konferencji polsko-niemieckiej dowodzi, że adwokaci niemieccy i polscy w tej materii zdecydowanie wiodą prym. Potrzeba organizowania wspólnych spotkań jest ogromna. Takie spotkania umożliwiają lepsze poznanie się środowiska prawniczego, wymianę doświadczeń, dyskusję na temat podobieństw i różnic systemów prawnych poszczególnych krajów, a także stwarzają niepowtarzalną możliwość nawiązania współpracy.

Prezydenci Hansjörg Staehle i Dr Christian Lemke, witając zgromadzonych gości, wyrazili nadzieję, że dzięki konferencji po raz kolejny możliwe będzie wspólne debatowanie nad rozwiązywaniem problemów w relacjach prawnych pomiędzy Polską a Niemcami. Podkreślili także, że wspólne spotkania są szansą na zacieśnianie kontaktów pomiędzy adwokatami polską i niemiecką oraz stanowią doskonały pretekst do wymiany wzajemnych doświadczeń.

Sędzia Anna Skupna, prezes Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, podkreśliła, że tego typu projekty sprzyjają doskonaleniu zawodowemu, a co za tym idzie – przyczyniają się do podnoszenia profesjonalizmu całego wymiaru sprawiedliwości.

Następnie zebrani wysłuchali wykładu prof. dr. hab. Jerzego Zajadły – kierownika Katedry Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Uniwersytetu Gdańskiego. Prelegent wprowadził zgromadzonych gości i uczestników konferencji w świat filozofii Gustava Radbrucha. Wskazał *polonica* związane z życiem i twórczością filozofa, a także jego kluczowe osiągnięcie, jakim jest tak zwana formuła Radbrucha. Zgodnie z nią prawo musi być bezpieczne, mieć cel i być sprawiedliwe. W przypadku konfliktu między bezpieczeństwem a prawem, gdy ustawodawca świadomie dąży do naruszenia sprawiedliwości, obywatele nie muszą być takiemu prawu posłuszni i takiego działania ustawodawcy w ogóle nie można traktować jako stanowienia prawa. Profesor przedstawił również wpływ myśli niemieckiej na polskie prawo, zwłaszcza handlowe, wekslowe i czekowe, ale także karne i konstytucyjne.

Drugi dzień konferencji wypełniły trzy panele tematyczne. Po każdym z nich nastąpiła ożywiona dyskusja.

Pierwszy panel traktował o prawnych aspektach otwarcia praktyki adwokackiej przez adwokatów zagranicznych w Niemczech i w Polsce. Prelegentami byli Rechtsanwalt Hansjörg Staehle oraz adwokat Andrzej Zwara. Obaj zwrócili uwagę, że podjęte w ramach Wspólnoty Europejskiej działania prawne umożliwiające świadczenie usług prawnych przez adwokatów z jednego państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim sięgają lat 70. ubiegłego wieku. W 1977 r. przyjęto dyrekty-

wę mającą na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez adwokatów ze swobody świadczenia usług (Dyrektywa Rady 77/249/EEC). Kolejnym krokiem na drodze ku integracji była obowiązująca od 1988 r. dyrektywa dotycząca ogólnego systemu uznawania dyplomów szkół wyższych, przyznanych na zakończenie przynajmniej 3-letniego kształcenia i doskonalenia zawodowego, zwana inaczej dyrektywą w sprawie uznawania dyplomów szkół wyższych (Dyrektywa Rady 89/48/EEC). Proces zakończono w 1998 r., kiedy to Parlament Europejski i Rada przyjęły wspólnie dyrektywę w sprawie ułatwienia stałego wykonywania zawodu prawnika w innym państwie członkowskim niż to, w którym zostały uzyskane kwalifikacje (Dyrektywa 98/5/EC) – *Die Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte*. Ma ona zastosowanie wyłącznie do osób wykonujących profesję prawniczą pod określonym tytułem zawodowym w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej. W związku z obowiązkiem implementacji przepisów unijnych dyrektywa została włączona do porządku prawnego Niemiec – *Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland* (EuRAG), jak również Polski – ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Konsekwencją tego procesu jest fakt, że regulacje obu krajów są bardzo zbliżone. Nieliczne różnice wynikają ze specyficznych dla danego kraju regulacji wewnętrznych samorządu adwokackiego. Prelegenci przybliżyli obecnym zasady i uwarunkowania świadczenia usług przez prawników na terenie państw członkowskich, zawarte w obu tych aktach prawnych, wskazując jednocześnie pewne odmienności.

W myśl przepisów obu aktów prawnych prawnik europejski jest uprawniony do świadczenia usług transgranicznych – jednorazowych lub mających charakter przejściowy czynności z zakresu pomocy prawnej – przy użyciu tytułu zawodowego uzyskanego w państwie macierzystym, wyrażonego w języku urzędowym tego państwa – adwokat (radca prawny) i *Rechtsanwalt*. Prawnik europejski ma te same prawa co polski adwokat (radca prawny) czy niemiecki *Rechtsanwalt*, ale i obowiązują go te same standardy, przede wszystkim w zakresie etyki zawodowej. Ma prawo wykonywać wszelkie czynności sądowe i pozasądowe, do których uprawniony jest prawnik państwa przyjmującego. Zobowiązany jest jednak przy pierwszej czynności w postępowaniu sądowym dołączyć do akt sprawy dokument stwierdzający, że jest zarejestrowany w państwie macierzystym jako uprawniony do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych, uzyskanych w państwie członkowskim UE, oraz poinformować odpowiednio władze izby adwokackiej (izby radców prawnych) i *Rechtsanwaltskammer*, właściwej ze względu na siedzibę sądu, o podjęciu świadczenia usługi transgranicznej. Ponadto w postępowaniu, w którym ustawa wprowadza przymus adwokacki, ma obowiązek współdziałać z prawnikiem państwa przyjmującego. Jest to porozumienie, w którym prawnik państwa przyjmującego staje się gwarantem przestrzegania przez prawnika europejskiego reguł prawnych. Umowę należy przedłożyć organowi prowadzącemu postępowanie przy pierwszej podejmowanej czynności.

Na zasadzie wzajemności prawnicy europejscy są uprawnieni do wykonywania stałej praktyki w państwie przyjmującym. Warunkiem jest uzyskanie wpisu na jedną z list prawników zagranicznych, prowadzoną odpowiednio przez izby adwokackie (izby radców prawnych) i *Rechtsanwaltskammer*. Wpis na listę następuje na wniosek zainteresowanego, złożony odpowiednio do izby adwokackiej (izby radców praw-

nych) lub *Rechtsanwaltskammer*, właściwej ze względu na wskazaną we wniosku przyszłą siedzibę zawodową. Z chwilą wpisu na listę prawnik europejski staje się w Polsce członkiem właściwej izby adwokackiej (izby radców prawnych), a w Niemczech właściwej *Rechtsanwaltskammer*. W konsekwencji wykonuje wszystkie obowiązki i prawa przysługujące członkom samorządu zawodowego, z wyjątkiem biernego prawa wyborczego do organów samorządu. Ma takie same prawa i obowiązki, jak polski adwokat (radca prawny) czy niemiecki *Rechtsanwalt*. Działalność zawodową prowadzi w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii indywidualnej, spółkach. Tak samo, jak w przypadku usług transgranicznych, używa tytułu zawodowego uzyskanego w państwie macierzystym, wyrażonego w języku urzędowym tego państwa, a także jest zobowiązany do współdziałania z prawnikiem państwa przyjmującego. Podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy świadczeniu pomocy prawnej, na zasadach obowiązujących w obu krajach, chyba że objęty jest ubezpieczeniem lub gwarancją zgodnie z przepisami swojego państwa macierzystego, a warunki i zakres tego ubezpieczenia lub gwarancji są równoważne warunkom i zakresowi ubezpieczenia.

Zgodnie z przepisami obu państw prawnik europejski może starać się o dopuszczenie do zawodu odpowiednio adwokata (radcy prawnego) oraz *Rechtsanwalt*. Warunkiem jest spełnienie wskazanych w ustawach samorządowych wymogów co do charakteru, postawy, władanie odpowiednio językiem polskim lub niemieckim, w mowie i piśmie, a także zdanie testu umiejętności. Ponadto jeżeli kwalifikacje zawodowe prawnik uzyskał w wyniku kształcenia, które w całości lub w przeważającej części miało miejsce poza terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej, do wpisu wymagane jest dodatkowo co najmniej trzyletnie wykonywanie zawodu przy użyciu jednego z tytułów, potwierdzone przez właściwy organ państwa członkowskiego Unii Europejskiej, które uznało te kwalifikacje.

Właściwa izba adwokacka (izba radcowska) czy właściwa *Rechtsanwaltskammer* może zwolnić prawnika europejskiego, na jego wniosek, od wymogu zdania testu umiejętności, jeżeli wykaże on, że przez okres co najmniej 3 lat wykonywał aktywnie i nieprzerwanie stałą praktykę w zakresie prawa obowiązującego odpowiednio w Rzeczypospolitej Polskiej i Republice Federalnej Niemiec, w tym prawa Unii Europejskiej.

Drugi panel traktował o prawnych uwarunkowaniach swobodnego przemieszczania się oraz delegowania polskich pracowników do Niemiec. Prelegentami byli: sędzia Dr Helmut Nause – prezes Okręgowego Sądu Pracy w Hamburgu i adwokat dr Sebastian Samol – adiunkt w Katedrze Prawa Pracy i Prawa Socjalnego Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Dr Nause rozpoczął swój wykład od podkreślenia, że ze względu na upływ 7-letniego okresu przejściowego od 1 maja 2011 r. Republika Federalna Niemiec otworzyła granice dla polskich pracowników i przedsiębiorców, na zasadzie swobodnego przepływu osób i kapitału, gwarantowanego przez prawo Unii Europejskiej. Istotne kwestie związane z tym faktem uregulowane zostały w przyjętym w dniu 17 czerwca 2008 r. rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Na podstawie przepisów rozporządzenia określa

się, jakie prawo – polskie czy niemieckie – ma zastosowanie do danego stosunku pracy. Zgodnie z art. 11 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (WE) Nr 883/2004 polski pracownik, który pracuje regularnie w Niemczech, jest objęty prawem ubezpieczeń społecznych, zgodnie z niemieckim prawem. Chodzi w tym miejscu w szczególności o prawo do emerytury, opieki zdrowotnej, ubezpieczenia na wypadek bezrobocia i NNW. Jednocześnie prelegent zaznaczył, że w zakresie ochrony i standardów pracy w każdym państwie członkowskim obowiązują przepisy wewnętrzne. Respektowanie przepisów niemieckich ustaw o czasie pracy, o bezpieczeństwie pracy, regulaminu pracy wobec obywateli innych państw członkowskich może być weryfikowane przez niemiecką inspekcję pracy we wszystkich przypadkach.

Jak zaznaczył dr Samol, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (WE) Nr 96/71 określa szczegółowo warunki świadczenia usług w ramach delegowania pracowników. Ma ona zastosowanie do przedsiębiorstw prowadzących działalność w państwie członkowskim, które w ramach świadczenia usług poza swoimi granicami deleguje pracowników na terytorium innego państwa członkowskiego. Minimalne warunki zatrudnienia obowiązują w stosunku do delegowanych pracowników niezależnie od tego, jakie prawo ma zastosowanie do ich stosunków pracy. Dlatego w przypadku delegowania pracowników w ramach świadczenia usług przez pracodawcę polskiego do Niemiec pracodawca ten jest zobowiązany zapewnić im w powyższym zakresie warunki nie mniej korzystne niż wynikające z przepisów prawa niemieckiego. Zachowanie tych standardów może zostać zweryfikowane przez Niemiecką Inspekcję Pracy. Istotne znaczenie ma również kwestia wynagrodzenia. Pracownik delegowany podlega przepisom prawa pracy, obowiązującym zarówno w państwie pochodzenia, jak i w państwie przyjmującym. W praktyce należy stosować wobec pracownika przepisy tego kraju, które są dla niego korzystniejsze. Dla celów dyrektywy pojęcie minimalnej stawki płacy, o której mowa w ust. 1 lit. c, zostało zdefiniowane przez prawo krajowe i/lub przez praktykę państwa członkowskiego, na którego terytorium pracownik jest delegowany.

Prelegenci zwrócili uwagę, że w Niemczech, inaczej niż w Polsce, nie obowiązuje jedyna minimalna stawka wynagrodzenia. Układy zbiorowe przewidują minimalne stawki płacy dla wybranych zawodów i branż, przy czym inne stawki obowiązują na terenie Niemiec wschodnich, a inne na terenie Niemiec zachodnich – różnią się od kilku do kilkudziesięciu procentami. Z dniem 1 maja 2011 r. weszły w życie przepisy o minimalnym wynagrodzeniu oferowanym przez niemieckie agencje zatrudnienia. Zgodnie z tymi przepisami stawka minimalna wynosi 7,79 euro za godzinę w regionach zachodnich i 6,89 euro we wschodnich. Takie same stawki musi zapewnić również polska agencja pracy świadcząca usługi wynajmu pracowników w Niemczech. Niemieckie prawo nie przewiduje żadnych dodatków za nadgodziny ani za pracę w dni ustawowo wolne od pracy. Prawo dopuszcza jednak zagwarantowanie dodatków w umowie o pracę bądź w układach zbiorowych. Najczęściej stosuje się 25% dodatek za nadgodziny i 50% dodatek za pracę w niedzielę i święta.

Zgodnie z dyrektywą przepisów regulujących wymogu dostosowania wynagrodzenia pracownika do wynagrodzenia minimalnego w danym kraju nie stosuje się, gdy pracownik udaje się za granicę w celu wstępnego montażu i/lub pierwszej instalacji

wyrobów stanowiących nieodłączną część umowy na dostawę wyrobów, a które są niezbędne do uruchomienia dostarczonych wyrobów i wykonywane przez wykwalifikowanych i/lub wyspecjalizowanych robotników z przedsiębiorstwa dostawczego, jeśli okres delegowania nie przekracza ośmiu dni, a także gdy przepisy wewnętrzne danego państwa dopuszczają wykonywanie pracy przez pracowników delegowanych na warunkach dotychczasowych, gdy okres delegowania nie przekracza miesiąca. Dłuższe okresy oddelegowania nakładają na pracodawcę obowiązek zapewnienia pracownikowi warunków pracy obowiązujących w danym kraju.

Na zakończenie Dr Nause wskazał, że zgodnie z raportem IAB 10/2011 przewidywana roczna liczba pracowników udających się do pracy w Niemczech ze wszystkich krajów członkowskich przyjętych do Unii Europejskiej w 2004 r. (tzw. EU-8) nie przekroczy liczby 100 000 pracowników. Liczba ta jest wielokrotnie niższa od przewidywanej, co w dobie kryzysu i znacznie większego zapotrzebowania na wyspecjalizowanych pracowników w Niemczech nie jest dobrą informacją. Swobodny przepływ pracowników stwarza więc większe szanse niż ryzyko i sprzyja rozwojowi gospodarki.

Trzeci panel dotyczył zagadnień prawa materialnego i procesowego w kontekście obowiązku alimentacyjnego i postępowania w sprawie o rozwód. Prelegentami byli: adwokat dr Magdalena Sykulska-Przybysz, adiunkt w Zakładzie Praw Człowieka Uniwersytetu Gdańskiego i sędzia Henning Huusmann z Hanzeatyckiego Sądu Apelacyjnego w Hamburgu.

Sędzia Huusmann wprowadził obecnych w zagadnienie, przybliżając systematykę niemieckiego prawa cywilnego. Przepisy materialnego prawa rodzinnego zawarte są w IV księdze Bürgerliches Gesetzbuch (Kodeks cywilny). Zasady procedowania uregulowane są w kilku aktach prawnych, m.in. *Zivilprozessordnung* (Kodeks postępowania cywilnego), *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (ustawa o postępowaniu w sprawach rodzinnych i sprawach niespornych). Niemiecka procedura cywilna wyróżnia dwa zasadnicze rodzaje postępowań. Pierwsze jest kształtowane przez zasadę rozporządzalności przez strony materiałem dowodowym (*Beibringungsgrundsatz*). Obowiązuje w szczególności w prawie alimentacyjnym i małżeńskim prawie majątkowym. W tym postępowaniu sąd wychodzi od faktów, które strony przedstawiły i które są między nimi niesporne. Drugie postępowanie charakteryzuje się tym, że sąd przejmuje władztwo nad procesem i kieruje się zasadą śledczą (*Ermittlungsgrundsatz*). Jest ono właściwe w szczególności dla spraw związanych z opieką nad dziećmi i uregulowaniem kontaktów z nimi.

Oboje prelegenci stwierdzili, że zarówno w świetle prawa niemieckiego, jak i polskiego małżeństwo może zostać rozwiązane tylko w drodze orzeczenia sądowego. Warunkiem orzeczenia rozwodu jest ustalenie rozpadu małżeństwa, z tym że niemiecki ustawodawca nie wymaga, aby rozpad ten był trwały. Dla jego udowodnienia ogromne znaczenie mają skonstruowane przez ustawodawcę dwa niewzruszalne domniemania. Pierwsze z nich zakłada, że rozpad małżeństwa następuje w momencie, gdy małżonkowie nie współżyją ze sobą od co najmniej roku oraz obydwójce wnoszą o orzeczenie rozwodu. W tej sytuacji procesowej, po złożeniu stosownych oświadczeń stron przed sądem, sąd *meriti* odstępuje od postępowania dowodowego w danej sprawie. Drugie z nich stanowi, że kiedy małżonkowie zgodnie oświadczą,



iz nie żyją ze sobą od trzech lat, sąd wyrokiem potwierdza rozwiązanie małżeństwa. W wypadku gdy małżonkowie nie żyją osobno przez co najmniej rok, małżeństwo może zostać rozwiązane, jeżeli kontynuowanie tego związku stanowiłoby dla wnioskodawcy rażącą dolegliwość, a źródło tej dolegliwości związane jest bezpośrednio z osobą współmałżonka. Ma tutaj miejsce wyjątkowa sytuacja, mająca zasadniczy wpływ na dalsze istnienie małżeństwa, a więc przypadki znęcania się fizycznego i psychicznego nad współmałżonkiem bądź innym członkiem rodziny, nadużywania alkoholu, opuszczenia współmałżonka w potrzebie, rażącej niewdzięczności, a także niemożności obcowania płciowego.

Podobnie jak polska ustawa, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Kodeks cywilny) przewiduje wystąpienie ujemnych przesłanek orzeczenia rozwodu. Zgodnie z klauzulą dotyczącą uniknięcia rażącej dolegliwości któregoś z małżonków sąd nie może rozwiązać małżeństwa, pomimo że nastąpił rozpad, jeżeli jego utrzymanie leży w interesie pochodzących z małżeństwa małoletnich dzieci stron lub jeżeli z powodu nadzwyczajnych okoliczności rozwód stanowi dla współmałżonka tak dużą dolegliwość, że utrzymanie małżeństwa jest wskazane. Ugruntowane orzecznictwo niemieckich sądów przywołuje tu przypadki ciężkiej choroby, zazwyczaj zagrażającej życiu, oraz potrzebę stałej opieki dla osób jej wymagających. Sytuacje te nie dotyczą współmałżonka, który nie zgodził się na rozwód, kiedy można mu przypisać odpowiedzialność za wysoce naganne zachowanie, chyba że znajduje się on w wyjątkowej sytuacji psychicznej, z powodu której nie może odpowiedzialnie kierować swoim postępowaniem.

Sędzia Huusmann wskazał, że rozwiązując małżeństwo stron przez rozwód, sąd orzeka jednocześnie w sprawach towarzyszących. *Bürgerliches Gesetzbuch* (Kodeks cywilny) wskazuje enumeratywnie grupę spraw towarzyszących, będących następstwem rozwiązania małżeństwa przez rozwód (*Folgesachen*). Są to zagadnienia wyrównania z tytułu utraty przyszłego prawa do zaopatrzenia (*Versorgungsanspruch*) – instytucja specyficzna dla prawa niemieckiego, obowiązku alimentacyjnego wobec współmałżonka i małoletnich dzieci, wspólnego mieszkania byłych małżonków, małżeńskiego prawa majątkowego, kontaktów z dziećmi. Wszystkie te sprawy z procesowego punktu widzenia traktowane są jako oddzielne postępowania i podlegają osobnym regułom. Sądy zakładają osobne akta dla sprawy rozwodowej i towarzyszących jej spraw. Adwokat i pełnomocnicy stron zobowiązani są do wnoszenia pism procesowych oddzielnie do poszczególnych spraw. Z urzędu sąd rozstrzyga tylko kwestię wyrównania z tytułu utraty przyszłego prawa do zaopatrzenia. Pozostałe sprawy rozpatruje wyłącznie na wniosek stron. Zgodnie z ustawą dokonuje tego w miarę możliwości w jednym orzeczeniu.

Ze słów prelegentów wynikało, że w obu systemach prawnych małżonkowie razem sprawują opiekę nad wspólnymi dziećmi. Sąd *meriti* orzeka w kwestii prawa do opieki nad małoletnimi dziećmi stron wyłącznie na ich wniosek. Przychyła się do wniosku, jeżeli drugi rodzic wyrazi na to zgodę, chyba że – i to jest kwestia sporna w orzecznictwie – można oczekiwać, iż odebranie jednemu z rodziców prawa do opieki i przyznanie drugiemu odpowiada dobru dziecka. W tych wypadkach sąd korzysta z opinii biegłych psychologów, ewentualnie psychiatrów, jako wiadomości specjalnych. Doktor Sykulska-Przybysz zauważyła, że w Polsce sąd zwraca się o opinię do Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego (RODK), ewentualnie wykorzystuje wywiad kuratora



sądowego do spraw rodzinnych, który jest obowiązkowy w każdej sprawie dotyczącej małoletnich dzieci.

W przypadku gdy dziecko nie urodziło się w małżeństwie, opiekę nad nim sprawuje matka, chyba że rodzice złożyli wspólne, notarialnie poświadczony oświadczenie o opiece albo wstąpili w związek małżeński. Tym samym ojciec pozamałżeńskiego dziecka, co do zasady, ma prawo uczestniczyć w opiece nad dzieckiem, jeżeli matka dziecka wyrazi na to zgodę. Sąd na wniosek stron orzeka o kontaktach między małoletnim dzieckiem a rodzicem, u którego dziecko na stałe nie przebywa. Ustawa wyraźnie stanowi, że dziecko ma prawo utrzymywać kontakty z każdym z rodziców, a każde z rodziców ma uprawnienie, ale i obowiązek, utrzymywać kontakty z dzieckiem. W tym kontekście sędzia Huusmann zaznaczył, że niemieckie ustawodawstwo przewiduje powołanie przez sąd kuratora, jeżeli wymaga tego dobro małoletniego dziecka. Taka sytuacja ma miejsce wtedy, gdy interesy dziecka nie są tożsame z interesami jego przedstawiciela ustawowego oraz gdy zachodzą przesłanki do pozbawienia prawa do opieki albo gdy należy odebrać dziecko osobie, pod której pieczęcią się ono znajduje. Kurator reprezentuje interesy dziecka przed sądem. Najczęściej do roli kuratora powołuje się adwokata, ewentualnie psychologa lub pedagoga.

Doktor Sykulska-Przybysz zwróciła uwagę obecnych, że odmiennie niż w polskim prawie, zasadą prawa niemieckiego nie jest wspólność majątkowa małżonków. Jeżeli małżonkowie nie zawarli umowy majątkowej małżeńskiej, to w trakcie związku istnieje między nimi wspólnota dorobku majątkowego (*Zugewinnngemeinschaft*). Wraz z rozwiązaniem małżeństwa przez rozwód strony mogą dochodzić wyrównania powstałych w trakcie małżeństwa dorobków. W tym celu ustala się początkowy i końcowy majątek małżonków. Kwota, w jakiej majątek końcowy przekracza początkowy małżonka, stanowi jego dorobek. Małżonek z większym przyrostem majątku musi wypłacić drugiemu małżonkowi kwotę w wysokości połowy różnicy pomiędzy jego przyrostem a przyrostem majątku drugiego małżonka.

W kwestii obowiązku alimentacyjnego sędzia Huusmann wskazał, że w przeciwieństwie do ustawodawcy polskiego, ustawodawca niemiecki uregulował sposób określania wysokości świadczeń alimentacyjnych dzieci i byłego współmałżonka w sposób bardzo abstrakcyjny, poprzez nakazanie odwoływania się tylko i wyłącznie do stopy życiowej uprawnionego. Dlatego też w Sądzie Apelacyjnym w Düsseldorfie stworzono tzw. tabelę dyseldorfską. Tabela nie ma mocy prawnej ustawy, mimo to orzeczenia niemieckich sądów w dużej mierze się na niej opierają. Lewa szpalta tabeli wskazuje pogrupowane dochody netto zobowiązanego do świadczenia alimentów. W środkowej części podany jest wiek dziecka, w czterech przedziałach. Kwota alimentów, przy dochodzie nieprzekraczającym 1500 euro, pokrywa zgodnie z ustawą minimalne potrzeby dziecka w tym przedziale wiekowym. Wraz ze wzrostem dochodów proporcjonalnie zwiększa się obowiązek alimentacyjny. Podstawą określenia wysokości alimentów jest dochód zobowiązanego. Ustalenie dochodu osoby mającej umowę o pracę nie jest skomplikowane. Inaczej sprawa wygląda w przypadku prowadzących własną działalność. Sąd bierze wtedy pod uwagę przeciętny dochód z ostatnich trzech lat, na podstawie deklaracji podatkowych, bilansów zysków i strat. Nierzadko korzysta się z pomocy biegłych. Zdarza się, że zobowiązany wykazuje brak dochodów lub dochody niższe niż te, które byłby w stanie uzyskać. Ugruntowane orzecznictwo sądów niemieckich w takich przypadkach

dopuszcza możliwość ustalenia przez sąd, że przy większym staraniu zobowiązany znalazłby pracę, z której uzyskiwałby dochód wystarczający do świadczenia alimentów w takiej wysokości. Sąd powinien wskazać konkretną, zalecaną formę zatrudnienia, uwzględniając warunki rynku pracy. Podobne rozwiązania stosują sądy polskie.

Ponadto w związku z dużymi wątpliwościami interpretacyjnymi sędziowie sądów apelacyjnych stworzyli i opublikowali tzw. dyrektywy alimentacyjne. Mimo znacznych różnic w konkretnych przypadkach sądy wypracowały jednolite reguły, pomocne sądom orzekającym w konkretnych sprawach. Zasady te nie mają mocy ustawy i nie są też orzecznictwem w dosłownym tego słowa znaczeniu. Nie są wiążące, są wyrazem praktyki sądowniczej. Pozwalają zorientować się w miarę szybko w stanowisku poszczególnych sądów apelacyjnych.

Doktor Sykulska-Przybysz zauważyła, że prawo niemieckie w przeciwieństwie do prawa polskiego rozróżnia obowiązek alimentacyjny względem współmałżonka w okresie po faktycznym rozstaniu, ale przed prawomocnym orzeczeniem rozwodu oraz po rozwiązaniu małżeństwa. Sędzia Huusmann podkreślił, że zasadą jest odpowiedzialność za siebie, co oznacza, iż po rozwodzie każdy z byłych małżonków jest zobowiązany utrzymywać się samodzielnie. Obowiązek alimentacyjny względem byłego współmałżonka powstaje wyłącznie wtedy, jeżeli spełnione zostaną wskazane enumeratywnie w ustawie przesłanki, do których należą: opieka nad dzieckiem, wiek, kalectwo, ułomność, bezrobocie, kształcenie, względy słuszności. Rozwiedziony małżonek, który sprawuje opiekę nad wspólnym małoletnim dzieckiem stron, może żądać renty alimentacyjnej przez trzy lata od urodzenia dziecka. Ten okres może ulec wydłużeniu, jeżeli przemawiają za tym względy słuszności. Należy brać przy tym pod uwagę dobro dziecka oraz istniejące możliwości sprawowania opieki. Ostatnia nowelizacja prawa rodzinnego wprowadziła obowiązek dla sądu żądania od uprawnionego rodzica, którym najczęściej jest matka, żeby wraz z osiągnięciem przez dziecko wieku trzech lat był on ponownie w pełni czynny zawodowo. Orzecznictwo zaleca badanie przez sąd w konkretnym przypadku, czy rzeczywiście powrót matki do pracy stoi w sprzeczności z dobrem dziecka i sprawowaniem nad nim opieki.

Wysokość alimentów sąd ustala na podstawie warunków bytowych z czasów małżeństwa. Miarodajne w tym przypadku są dochody małżonków, służące zaspokojeniu ich ogólnych potrzeb życiowych w trakcie trwania małżeństwa. Roszczenie o przyznanie alimentów ma na celu zapewnienie współmałżonkowi standardu życia, jaki miał podczas trwania małżeństwa. Ta zasada znajduje swoje ograniczenia. Zgodnie z nimi wysokość alimentów ulegnie obniżeniu stosownie do usprawiedliwionych potrzeb, jeżeli orzeczenie alimentów na podstawie warunków bytowych z czasów małżeństwa, biorąc pod uwagę interesy powierzonego uprawnionemu dziecku, sprzeciwiałoby się względom słuszności. Wystąpienie z roszczeniem jest ograniczone w czasie, jeżeli nieograniczone czasowo roszczenie byłoby niezgodne z zasadą słuszności. Tym samym ustawodawca odszedł od długoletniej gwarancji utrzymania standardu życia z czasów małżeństwa.

Uczestnicy Konferencji podkreślali, że Wspólna Europa nie może być rozumiana wyłącznie w kategoriach gospodarki i polityki. O integracji i współpracy należy mówić również w innych obszarach. Jednym z nich jest niewątpliwie prawo. Gwarantowane

w ramach Unii Europejskiej wolności w różnych dziedzinach życia obywateli generują potrzebę znajomości prawa nie tylko własnego kraju, ale i państw sąsiednich. Większość europejskich systemów prawnych ma swoje korzenie w prawie rzymskim. Naturalną konsekwencją jest więc przewaga podobieństw nad różnicami. Ewentualne odmienności wynikają ze specyfiki danego kraju, jego kultury, mentalności obywateli. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby poznać te różnice i poruszać się w materii prawnej państw unijnych swobodnie. Wymaga to jednak posiadania wiedzy, wymiany doświadczeń. O rosnącej potrzebie współdziałania świadczy fakt organizowania spotkań, w czasie których praktycy i teoretycy prawa dyskutują na temat różnic i podobieństw europejskich systemów prawnych. Ponadto przepisy unijne, regulujące transgraniczne świadczenie usług prawnych, sprzyjają przenikaniu się prawodawstw poszczególnych państw członkowskich. Wszystkie te elementy składają się na proces integracyjny, którego konsekwentna realizacja zapewni sukces.

*Magdalena Trzebicka, Maciej Czerwiński*

## **Konferencja Izby Adwokackiej we Wrocławiu „Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego”, Wrocław, 2 grudnia 2011 r.**

W dniu 2 grudnia 2011 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w sali Unii Europejskiej odbyła się konferencja „Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego”. Konferencję zorganizowała tradycyjnie już Okręgowa Rada Adwokacka we Wrocławiu przy współpracy z dziekanem Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego prof. dr. hab. Włodzimierzem Gromskim.

Obrazy otworzyła prodziekan Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii dr hab. prof. nadzw. Wiesława Miemieć. Witając wiceministra sprawiedliwości Zbigniewa Wrone, prezesa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Andrzeja Niedużaka, prokuratora Apelacyjnego we Wrocławiu Dariusza Szyperskiego, adwokatów i profesorów Uniwersytetu Jagiellońskiego Zbigniewa Cwiakalskiego, Piotra Kardasa i Andrzeja Kubasa, a także prorektora Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie adw. prof. dr. hab. Jarosława Majewskiego i prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Andrzeja Zwarę, pani dziekan stwierdziła, że obowiązkiem adwokatury jest uczestniczenie zarówno w procesie tworzenia prawa, jak i w aktywnym, praktycznym i twórczym jego stosowaniu. Ta konferencja wpisuje się w tradycję czterech poprzednich, z których ostatnia poświęcona była pozycji adwokatury wobec innych zawodów prawnych.

Z konferencji wydawane są przez Wydawnictwo Wolters Kluwer materiały pod redakcją adwokata prof. dr. hab. Jacka Giezka. Artykuły oraz referaty zamieszczone w poszczególnych tomach zawierają cenny i twórczy wkład ze strony środowiska adwokatów – teoretyków oraz praktyków – we wzbogacenie wiedzy prawniczej. Stanowią one uzupełnienie prawa o te wartości, które są zauważane przez obrońców i pełnomocników w praktyce wykonywania zawodu.

Następnie gości konferencji powitał dziekan ORA adw. Andrzej Malicki, podkreślając udział w niej wiceministra sprawiedliwości Zbigniewa Wrony, prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Andrzeja Zwary, prezesa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Andrzeja Nieduzaka, dziekana Okręgowej Izby Radców Prawnych Barbary Kras, księdza prałata prof. dr. hab. Wiesława Wenza, księdza prałata Stanisława Pawlaczka, sędziego Sądu Okręgowego Tadeusza Szewioly – prezesa Zarządu Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia, dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie adw. Jana Kuklewicza, dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Siedlcach adw. Wojciecha Troszkiewicza, dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Opolu adw. Cezarego Goryszewskiego, dziekana Izby Adwokackiej w Częstochowie Witolda Pospiecha, wiceprezes Izby Notarialnej we Wrocławiu Jolanty Ołpińskiej, Małgorzaty Klaus, prokuratora Apelacyjnego we Wrocławiu Dariusza Szyperskiego. Słowa powitania skierował do przedstawicieli środowisk – sędziów, prokuratorów, adwokatów, aplikantów adwokackich, doktorantów oraz studentów prawa – stanowiących bardzo liczne audytorium.

Mówca przypomniał, że zadaniem adwokatury jest nie tylko świadczenie bieżącej pomocy prawnej w ramach zawieranych przez adwokatów umów z klientami, ale jej podstawową powinnością – jako samorządu zawodu zaufania publicznego – jest współudział w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa.

Zadania te są ustawowym obowiązkiem samorządu adwokackiego, a nie środowiskową ambicją. Zauważył, że rola środowiska adwokackiego jest dość często marginalizowana w pracach Komisji Ustawodawczej. Większość składów tych komisji stanowią przedstawiciele środowiska sędziowskiego i akademickiego, co może mieć wpływ na jednostronne postrzeganie zagadnień legislacji, na jej zubożenie, mogą one bowiem realizować interesy zawodowe określonych grup prawników pod pozorem prymatu interesu społecznego, wyrażającego się w preferowaniu zasady szybkości postępowania.

Z gości konferencji głos zabrali:

– wiceminister sprawiedliwości Zbigniew Wrona, który dziękując za zaproszenie, z uznaniem wypowiedział się o Izbie Adwokackiej we Wrocławiu jako organizatorze kolejnej konferencji naukowej, której temat pozostaje w związku z aktualnie toczącymi się pracami Ministerstwa Sprawiedliwości, Rządu i Sejmu, dotyczącymi nowelizacji m.in. procedury karnej i cywilnej;

– prezes NRA adw. Andrzej Zwara, który w swoim wystąpieniu podkreślił, że adwokatura aktywnie uczestniczy w przedstawianiu projektów prawa, powołując się m.in. na opracowania adw. prof. Piotra Kardasa i adw. prof. Jacka Giezka w zakresie nowelizacji art. 585 k.s.h, który wprowadzie w wyniku procesu legislacyjnego został ostatecznie uchylony, jednakże założenia konstrukcyjne projektu przygotowanego przez NRA w znaczącej części wykorzystano w nowej regulacji prawnej.

Adwokatura włączyła się także w opracowanie projektów nowelizacji procedury karnej, proponując zwiększenie znaczenia zasady kontradyktoryjności procesu i ograniczenie działań sądu z urzędu, często podejmowanych jedynie na korzyść rzecznika oskarżenia publicznego;

– prezes Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Andrzej Nieduzak, który w swoim wystąpieniu podkreślił wartość poznawczą i praktyczną organizowanych przez Izbę Adwokacką we Wrocławiu konferencji naukowych. Waleń ten wyraża się głównie w możliwości

poznawania wzajemnych stanowisk w dziedzinie praktyki stosowania prawa i jego zmian prezentowanych przez środowiska sędziowskie, akademickie i adwokackie.

Pierwszy panel, którego temat został sformułowany przez opiekuna naukowego konferencji adw. prof. dr. hab. Jacka Giezka, dotyczył zmian procesu karnego w kierunku jego pełnej kontrydiktoryjności. Moderator zasugerował, aby przedmiotem dyskusji uczynić zagadnienia, które dałoby się ująć w postaci wielu następujących pytań: czy polski proces karny jest – w każdym z jego stadiów – wystarczająco kontrydiktoryjny, czy projektowane zmiany zmierzają we właściwym kierunku, a także czy zwiększona kontrydiktoryjność to ograniczenie uprawnień sądu na rzecz rozszerzenia zakresu obowiązków stron, w tym zwłaszcza prokuratora. Kwestią nader istotną, poruszaną w każdym niemal wystąpieniu, stała się również próba odpowiedzi na pytanie, czy zwiększenie kontrydiktoryjności procesu karnego pozostaje w sprzeczności z zasadą prawdy materialnej.

Adwokat dr hab. prof. nadzw. Zbigniew Ćwiąkalski z Uniwersytetu Jagiellońskiego (były minister sprawiedliwości) podkreślił, że trudność w realizacji metody kontrydiktoryjności wynika z przyczyn nieprawidłowej pracy prokuratury. Zdarza się bowiem, że na rozprawach sądowych występują różni prokuratorzy, którzy nie znając akt, pozostają bierni, oczekując ze strony sądu na aktywność w poszukiwaniu prawdy materialnej. Stan taki sprawia, że realizacja zasady kontrydiktoryjności doznaje faktycznych ograniczeń w praktyce.

Adwokat prof. dr hab. Piotr Kardas (Uniwersytet Jagielloński) przedstawił różne modele kontrydiktoryjności oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego, w którym preferuje się zdecydowaną wyższość zasady prawdy materialnej nad zasadą pełnej kontrydiktoryjności, w związku z tym na konieczność podejmowania działań przez sąd z urzędu.

Z kolei adw. prof. dr hab. Jarosław Majewski (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), odnosząc się do zagadnień proceduralnych z punktu widzenia logiki formalnej, podkreślał wykluczanie się zasady prawdy materialnej z zasadą kontrydiktoryjności. Z tego powodu oczekuje się od ustawodawcy rozwiązań jednoznacznych. Wystąpienie to wywołało ożywioną dyskusję.

Polemizując ze stanowiskiem prof. Jarosława Majewskiego, prof. dr hab. Jerzy Skorupka, sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, podniósł, że zasada prawdy materialnej z uwagi na przepisy Konstytucji RP, a w szczególności art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, musi być utrzymana, jako zasada priorytetowa, gdyż każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy. W tej sytuacji kontrydiktoryjność powinna być traktowana jako metoda dochodzenia do prawdy materialnej.

Adwokat dr Jacek Kruk zwrócił uwagę na fakt, że w postępowaniach sądowych w praktyce występuje nierówność stron na korzyść prokuratora, a także na pomijanie, a przynajmniej umniejszanie, roli tzw. opinii prywatnych.

Kolejny panelista – adw. dr Tomasz Razowski, omawiając orzecznictwo Sądu Najwyższego odnoszące się do zasad prawdy materialnej i kontrydiktoryjności, podkreślał obowiązywanie względności zasady kontrydiktoryjności.

Adwokaci Mirosław Gadziński i Andrzej Malicki, podkreślając potrzebę równości stron w toku rozprawy, postulowali konieczność eliminacji procesu „odczytywanego” oraz zasadność dopuszczenia dowodu z opinii prywatnej. Wiceminister dr Zbigniew Wrona stwierdził, że Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego w swoich pracach nad pro-



cesem karnym nie może wyeliminować zasady prawdy materialnej i jej poszukiwania w postępowaniu jurysdykcyjnym, na plan pierwszy wysuwając przede wszystkim zasadę kontrydiktoryjności. Inne stanowisko zaprezentował sędzia Wojciech Kociubiński (przewodniczący Wydziału Karnego Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu), który opowiedział się za pełną zasadą kontrydiktoryjności, również w postępowaniu karnym odwoławczym, co wiązałoby się między innymi z uchynieniem przepisu art. 440 § 1 k.p.k. (traktującego o rażącej niesprawiedliwości badanego orzeczenia).

Moderatorem kolejnego panelu był adw. prof. dr hab. Andrzej Kubas z Uniwersytetu Jagiellońskiego, były wiceprezes Naczelnej Rady Adwokackiej.

Nawiązując do ogólnego tematu konferencji, podniósł, że ostatnie zmiany ustawodawcze dotyczące roli pełnomocnika w postępowaniu cywilnym i administracyjnym są restrykcyjne dla pełnomocników i stwarzają jedynie podstawę dla rozstrzygnięć formalnych, a nie merytorycznych. Referent uznał reformę k.p.c. za zbyt jednostronną, podyktowaną pozornie zasadą szybkości postępowania, a faktycznie stanowiącą zbyt daleko idące ułatwienie w pracy sądów.

Z jednej strony znosi się postępowanie gospodarcze, natomiast z drugiej wszystkie jego dotychczasowe rygory wprowadza się do postępowania cywilnego. Zdaniem profesora Andrzeja Kubasa dochodzi do zbyt dużej ingerencji sądów w prawa strony, na którą nakłada się obowiązki, których niedochowanie przez profesjonalnego pełnomocnika powoduje utratę prawa do sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Na szczególną krytykę zasługuje wprowadzenie możliwości składania zażaleń do Sądu Najwyższego od wyroków sądów odwoławczych w postępowaniu cywilnym, uchylających wyroki sądów pierwszej instancji. Może to w konsekwencji oznaczać pozbawienie strony prawa do skargi kasacyjnej.

Wojciech Hermeliński, sędzia Trybunału Konstytucyjnego, zwrócił uwagę, że Trybunał wielokrotnie uznawał niektóre przepisy procesowe za niekonstytucyjne. Dotyczyło to m.in. pełnomocnictwa, niektórych wymogów skargi kasacyjnej lub apelacji.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego spotkało się ze stanowczą krytyką prof. Tadeusza Erecińskiego, prezesa Izby Cywilnej. Podkreślił on istotę zasady szybkości postępowania oraz poparł wprowadzenie przepisów mających dyscyplinować adwokatów i radców prawnych. Przyznał, że wprowadzone zmiany nie są aprobowane przez wszystkich przedstawicieli doktryny, którzy zwracają uwagę, iż w praktyce może dojść do sytuacji, w której strona zastępowana przez adwokata lub radcę prawnego ponosić będzie większe ryzyko przegrania procesu, niż gdyby działała samodzielnie bądź korzystała z „pokątnej” pomocy prawnej.

Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Andrzej Zwara w swoim wystąpieniu przedstawił rolę i status pełnomocnika w postępowaniu administracyjnym.

Swoje tezy ilustrował kazusami z zakresu inwestycji, zatwierdzenia projektu budowlanego i pozwolenia budowlanego. Zwrócił uwagę, że choć w postępowaniu administracyjnym nie ma wymogu zastępstwa procesowego przez prawników zawodowych, to przepisy proceduralne są dość rygorystyczne.

Adwokat dr Monika Strus-Wołos, członek Naczelnej Rady Adwokackiej, poddała krytyce preferowanie jedynie zasady szybkości w procesie cywilnym. Zwróciła uwagę, że przejście restrykcji z postępowania gospodarczego do postępowania cywilnego może w konkretnym układzie rzeczy prowadzić stronę do niesprawiedliwego rozstrzygnięcia.



cia. Wskazała także, że kontradiktoryjność procesu powinna prowadzić do eliminacji uprawnień sądu do działania z urzędu w kontekście przepisów o prekluzji dowodowej. Postulowała pozostawienie prekluzji sądowej, a rezygnację z prekluzji ustawowej.

Profesor dr hab. Jacek Gołaczyński odniósł się do koncepcji e-protokołu, wskazując, że przy jej przyjęciu będziemy mieli do czynienia z końcem ery protokołu papierowego i że spełniony zostanie postulat utrwalania przebiegu procesu cywilnego za pomocą urządzeń rejestrujących dźwięk i obraz. Jednak stosowanie tego sposobu zapisu przebiegu rozprawy spowodować może wiele kłopotów natury technicznej. Przy opracowaniu tej koncepcji myślano przede wszystkim o sędziach, a mniej o sytuacji pełnomocników i obrońców. Takie uwagi mogą się nasunąć po wysłuchaniu informacji o stosowaniu elektronicznych urzędzeń w rejestrowaniu przebiegu rozprawy (e-protokole).

Trzeci panel poświęcony był tematowi stanowiska adwokatury wobec zmian postępowania cywilnego. Moderator tego panelu – dziekan ORA we Wrocławiu adw. Andrzej Malicki stwierdził, że wprowadzane zmiany postępowania cywilnego, dyscyplinujące przede wszystkim adwokatów i radców prawnych, mogą doprowadzić do restytucji instytucji logografii.

Oznaczać to może odsunięcie adwokatów i radców prawnych od prowadzenia procesów cywilnych.

Prowadzone restrykcje w związku z zasadą szybkości postępowania nie mogą obciążać skutkami negatywnymi tylko strony obciążonej licznymi obowiązkami. Być może wprowadzone zmiany wywołane zostały nieuprawnionym poglądem, że to przeważnie z winy adwokatów lub radców prawnych dochodzi do przewlekłości postępowania.

Nie ma w tym zakresie żadnych badań ani innych dowodów, orzeczenia zaś Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu przeciwko rządowi RP poglądu takiego nie potwierdzają.

Radca prawny Krystyna Stoga, występująca w imieniu dziekan OIRP Barbary Kras, powołując się na doświadczenie KIRP, stwierdziła, że pisemne opinie wypracowane przez środowisko radcowskie nie były uwzględniane przez komisje kodyfikacyjne. Postulowała wspólne wystąpienia samorządu radcowskiego i samorządu adwokackiego w sprawach projektów legislacyjnych dotyczących praw i wolności obywatelskich. Być może wówczas głos naszych środowisk będzie wysłuchany i częściej uwzględniany.

Adwokat Andrzej Michałowski w swoim wystąpieniu wielokrotnie podkreślał, że pomimo iż w środowisku adwokackim jest wielu mądrych i wykształconych ludzi, to zgłaszane przez nich uwagi służące interesowi społecznemu, nie adwokatom, nie są uwzględniane.

Prelegent zadawał sobie pytanie, dlaczego tak się dzieje. Udzielając odpowiedzi, zwrócił uwagę na badania prowadzone na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, dotyczące preferencji sędziów. W świetle tych badań okazało się, że podstawowym priorytetem tej grupy zawodowej jest życie rodzinne, a nie zawodowe czy publiczne. Mówca zaznaczył, że być może faktem tym można uzasadnić niechęć do uwzględniania słusznych postulatów środowiska adwokackiego.

Prezes Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Andrzej Niedużak, odnosząc się do nowych rozwiązań w k.p.c., stwierdził, że niezrozumiałe jest wprowadzenie zażalenia na rozstrzygnięcie kasatoryjne – orzeczeń uchylających wyroki sądu pierwszej instancji, z uwagi na znikomą ich liczbę (6% orzeczeń uchylających wyroki sądów pierwszej in-

stancji). Faktycznie nie stanowią one przesłanki opóźnienia w postępowaniu. Nic nie stoi na przeszkodzie, ażeby ustawodawca zniósł możliwość uchylania wyroków pierwszej instancji przez sąd odwoławczy. Tak byłoby prościej.

Jako ostatni w dyskusji zabrał głos adw. Dariusz Wnuk, który poparł zasadę kontryktoryjności w postępowaniu cywilnym, uznając ją za nadrzędną i krytycznie odnosząc się do podejmowania przez sąd działań dowodowych z urzędu, w tym dopuszczania dowodów sprekludowanych przez sąd. Zasada kontryktoryjności w przekonaniu adw. Dariusza Wnuka prowadzi do wydania prawidłowego wyroku w świetle danej wiedzy stron i sądu. Natomiast pojęcie wyroku sprawiedliwego i słusznego jest pojęciem nieostrym.

Konferencja zakończyła się koncertem Stanisława Soyki w Teatrze Współczesnym we Wrocławiu, obejmującym utwory Czesława Miłosza, Wisławy Szymborskiej i Agnieszki Osieckiej. Stanisław Soyka podkreślił, że utwór Czesława Miłosza pt. *Który skrzywdziłeś* jest bardzo ważny dla wszystkich, z wielkim przejęciem śpiewał słowa laureata Nobla:

„Który skrzywdziłeś człowieka prostego,  
Śmiechem nad krzywdą jego wybuchając,  
Gromadę błaznów koło siebie mając,  
Na pomieszanie dobrego i złego (...)”.

Te właśnie słowa mogą nawiązywać także do szeroko rozumianej tematyki konferencji „Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego”.

*Andrzej Malicki, Anna Malicka*

## **Konferencja „Pomoc prawna z urzędu w postępowaniu karnym w Unii Europejskiej”, Warszawa, 5–6 grudnia 2011 r.**

Polska prezydencja w Radzie UE wśród wielu ambitnych wyzwań, jakie ze sobą niosła, podjęła również obowiązek kontynuowania prac nad kolejnymi etapami uzgadniania europejskich standardów w zakresie postępowania karnego. W szczególności dotyczy to problemu przyjęcia jednolitego standardu w zakresie pozycji procesowej oskarżonego (odpowiednio na każdym etapie postępowania) w postępowaniach karnych państw członkowskich UE. Zakres poszczególnych działań jest obecnie formułowany w ramach określonych tzw. Programem Sztokholmskim<sup>1</sup>. W związku z tym, że jednoczesne wprowadzenie całego pakietu rozwiązań okazało się niemożliwe, przyjęto politykę „małych kroków”, zmierzającą do stopniowego ujednoczenia poszczególnych elementów postępowania. Dyskusji nad kolejnym etapem podejmowanych działań w ramach tego procesu została poświęcona konferencja nt. „Pomoc prawna z urzędu w postępowaniu karnym w Unii Europejskiej”. Odbyła się ona w dniach 5–6 grudnia 2011 r. w Warszawie i została zorganizowana w ramach polskiej prezydencji w Radzie UE we współpracy z Komisją Europejską, ERA, CCBE oraz Ministerstwem Sprawiedliwości. Wśród prele-

<sup>1</sup> Program Sztokholmski – otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli, Rada Europejska, Dz.Urz. UE (2010/C 115/1), 4 maja 2010 r.

gentów oraz pozostałych uczestników konferencji reprezentowani byli przedstawiciele prawodawców, doktryny oraz praktyki postępowania karnego z całej Europy.

Powitania gości oraz otwarcia konferencji dokonał wiceminister sprawiedliwości Piotr Kluz. Następnie w formie przygotowanego wcześniej przekazu audiowizualnego głos zabrała komisarz ds. sprawiedliwości, wymiaru sprawiedliwości i obywatelstwa w Komisji Europejskiej Viviane Reding. W obydwu wystąpieniach podkreślono wagę niesienia rzeczywistej pomocy prawnej z urzędu uczestnikom procesu karnego dla zapewnienia jego rzetelności oraz wagę kolejnych działań podejmowanych przez instytucje wspólnotowe, związanych z realizacją postulatów Programu Sztokholmskiego. Komisarz dodatkowo wskazała konieczność zapewnienia odpowiedniego dostępu do pomocy prawnej z urzędu niezależnie od sytuacji materialnej zainteresowanych. Podkreślano również słuszność koncepcji „małych kroków”, jaką przyjęto dla ujednolicania standardów procesowych w ramach UE.

Dalsza część konferencji została przygotowana i przebiegała w ramach czterech kolejnych sesji, poświęconych odrębnym aspektom związanym z niesieniem pomocy prawnej z urzędu. W ramach każdej z sesji prowadzone były również dyskusje nad problemami poruszonymi przez prelegentów. Pierwsza sesja dotyczyła zagadnienia „sześciu kroków w kierunku wspólnych praw procesowych w UE – aktualny stan prac nad mapą drogową”. Obejmowała wystąpienia Caroline Morgan (Wydział Współpracy Sądowej w Sprawach Karnych, Dyrekcja Generalna ds. Sprawiedliwości, Komisja Europejska) oraz Stevena Crasa (Sekretariat Generalny Rady Unii Europejskiej). Przedstawiono „mapę drogową” działań zmierzających do standaryzacji normowania praw procesowych w państwach członkowskich oraz założenia proponowanej dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu (przygotowywanej zasadniczo podczas polskiej prezydencji). Podkreślano, że wskazana dyrektywa reguluje jedną z wielu sfer składających się na sumę uprawnień procesowych oskarżonych, a przewidywanych do implementacji przez państwa członkowskie UE. Kolejność poszczególnych kroków w tej mierze jest podyktowana stopniem ich złożoności – od najprostszych po najbardziej złożone propozycje – oraz wagą poszczególnych zagadnień i skłonnością poszczególnych państw do kompromisu w konkretnych sprawach. Caroline Morgan podkreślała rolę dostępu do pomocy prawnej z urzędu w postępowaniu karnym jako swoistego „klejnotu w koronie”, jeśli chodzi o cały pakiet proponowanych rozwiązań. Postulowano urzeczywistnienie możliwości kontaktu z prawnikiem (obrońcą) już na zupełnie wczesnym stadium postępowania karnego, bezpośrednio po zatrzymaniu osoby – niezależnie od dalszych kroków organów ścigania wobec tej osoby. Dodatkowym uprawnieniem obrońcy miałyby być możliwości osobistego zweryfikowania warunków przetrzymywania osoby pozbawionej wolności, na każdym etapie postępowania – w uzasadnionych przypadkach. Wywołało to ożywioną dyskusję wśród uczestników konferencji. Jednocześnie prelegenci podkreślili konieczność zagwarantowania obszernego katalogu uprawnień fachowego obrońcy, również na wczesnych etapach postępowania. Wśród nich wymieniano zwłaszcza możliwość konsultacji z klientem z całkowitym wyłączeniem udziału osób trzecich, a także aktywny udział obrońcy w przesłuchaniu prowadzonym przez organ ścigania. Dyskutowano również ideę bezwzględnego zakazu dowodowego co do materiałów zgromadzonych z naruszeniem uprawnień składających się na prawo do

obrony. W trakcie dyskusji podsumowującej sesję ujawniły się dwie zasadnicze kwestie. Pierwsza z nich dotyczyła planów organów UE wobec braku zgody państw członkowskich w kwestii przyjęcia poszczególnych propozycji. Jako drugi problem wskazywano kwestie związane z finansowaniem uprawnień obrończych, zwłaszcza w dobie kryzysu finansowego, przypominając, że w trakcie dyskusji nad Programem Sztokholmskim również podnoszono ten problem – mimo korzystniejszej wówczas sytuacji gospodarczej w Europie. Caroline Morgan zwróciła uwagę na starania związane z wypracowaniem kompromisu możliwego do przyjęcia przez wszystkie państwa członkowskie, względnie na możliwość odegrania w przyszłości większej roli przez Parlament Europejski w zakresie wprowadzania nowych propozycji. Odnotowano również konkluzję Sevena Crasa, który określił docelowe przyjęcie wszystkich propozycji przygotowywanych przez organy UE jako „wielkie marzenie”.

Drugą sesję konferencji poświęcono „pomocy prawnej z urzędu w narodowych i międzynarodowych systemach wymiaru sprawiedliwości”. Jako pierwszy wystąpił profesor Ed Cape (Uniwersytet Wschodniej Anglii), omawiając wymogi orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące standardu pomocy prawnej z urzędu. Wskazał przede wszystkim pochodny charakter formalnego aspektu prawa do obrony. Zasygnalizował problem zgody zainteresowanego na świadczenie mu pomocy prawnej z urzędu. Odmowa przyjęcia takiej pomocy powinna być wyrażona w warunkach pełnej świadomości jej prawnych konsekwencji. Problematiczne pozostaje również określenie katalogu podmiotów uprawnionych do korzystania z takiej przysługującej obligatoryjnie pomocy – zwłaszcza osób, które zostały początkowo wezwane jedynie w charakterze świadka przez organ ścigania. W każdym wypadku o warunkach przyznania prawa do pomocy prawnej z urzędu bądź uwzględnienia odmowy jej przyjęcia powinna decydować indywidualna sytuacja jednostki. Jednocześnie prawo do pomocy prawnej powinno obejmować zapewnienie niezbędnego czasu na nieskrępowane konsultacje z prawnikiem. W dalszej kolejności głos zabrał Esteban Peralta Losilla (Międzynarodowy Trybunał Karny – Sekretariat Trybunału, szef Counsel Support Section), który przedstawił aspekty dotyczące pomocy prawnej z urzędu z perspektywy Międzynarodowego Trybunału Karnego. Zwrócił przede wszystkim uwagę na gwarancje minimalnego prawa oskarżonego do otrzymania pomocy prawnej świadczonej z urzędu (art. 55 ust. 2 rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17 lipca 1998 r., Dz.U. z 2003 r. nr 78, poz. 708) oraz na analogiczne stosowanie tego wymogu względem „świadków”, którym nie przedstawiono żadnych zarzutów. Ponadto zasygnalizowano problem wyznaczenia przez Trybunał obrońcy, ale i pełnomocnika pokrzywdzonego (lub grupy pokrzywdzonych) oraz możliwości rezygnacji uprawnionych z przysługującego im prawa. Jako ostatni z prelegentów, Roger Smith (dyrektor JUSTICE, Wielka Brytania) omówił stan obecny świadczenia pomocy prawnej z urzędu w krajach UE. W ramach swojego wystąpienia zwrócił uwagę na duże zróżnicowanie w poszczególnych państwach, jeżeli chodzi o wynagrodzenie przysługujące z tytułu świadczenia pomocy prawnej przysługującej z urzędu. Podjął też temat specjalizacji zawodowej w obrębie pełnomocników i nieuchronność jej pogłębiania. Podkreślił również charakter prawa do pomocy prawnej jako uprawnienie do oczekiwania wysokiej jej jakości i rezultatu w postaci kompleksowej informacji o sytuacji prawnej. W ramach dyskusji podsumowującej wystąpienia prelegentów zwrócono uwa-

gę zwłaszcza na kwestię jakości prawa (systemu prawa jako całości) jako podstawowego źródła problemów również w zakresie pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Szeroko dyskutowano zróżnicowanie zasad wynagradzania prawników świadczących pomoc prawną z urzędu w poszczególnych krajach UE.

Pierwszy dzień obrad zamknęła trzecia sesja konferencji (nt. „Pomoc prawna z urzędu – perspektywa obywatela i państwa”), zaplanowana jako dwa oddzielne panele dyskusyjne. W ramach pierwszego z nich poruszono problem „warunków przyznania pomocy prawnej z urzędu”. Pani Elena Antonescu (poseł sprawozdawca dyrektywy o dostępie do prawnika, Parlament Europejski) wskazała tutaj przede wszystkim postrzeganie procesu karnego jako pola „kontrydiktoryjności profesjonalistów” (przy uwzględnieniu stopnia inkwizycyjności w procesie, występującego z różnym nasileniem w poszczególnych państwach). Takie postrzeganie procesu ma prowadzić do wzajemnego zaufania profesjonalnych prawników występujących po przeciwnych stronach, ale również być podstawą zaufania oskarżonego względem profesjonalizmu i kompetencji jego obrońcy. Taki cel powinna również umacniać i realizować zasada prawa do pomocy prawnej z urzędu oraz rozsądne reguły jej przyznawania, a także powszechna znajomość tych norm. Również zaufanie jako wartość nadrzędną, która powinna przyświecać kształtowaniu reguł dostępu do pomocy prawnej z urzędu, wskazywali pozostali paneliści – Holger Matt (przewodniczący ECBA, profesor prawa karnego, obrońca) oraz Miguel Carmona Ruano (członek Generalnej Rady Sądownictwa Hiszpanii i przewodniczący Komitetu Spraw Zagranicznych, prezes Europejskiej Sieci Rad Sądowniczych ENCJ). Podkreślano również decydującą postawę pełnomocników co do jakości samej pomocy prawnej, ale i rzetelności całego postępowania karnego. Zdaniem prelegentów środkiem poprawy jakości świadczonej pomocy prawnej jest ciągła troska o odpowiedni poziom edukacji obecnych i przyszłych pełnomocników i obrońców. Zaostrzenie kontroli nie pozwala na osiągnięcie oczekiwanych rezultatów. Z kolei jako granicę obowiązkowego świadczenia pomocy prawnej z urzędu wskazano obstrukcję procesową (kwestia ciągłych prób zmiany obrońców). Granica możliwości skutecznego działania miałyby być jednocześnie granicą obowiązku państwa w zakresie zapewnienia pomocy prawnej świadczonej z urzędu. W ramach dyskusji podsumowującej podkreślano, że fachowa pomoc prawna powinna być pojmowana jako realizacja fundamentalnego interesu „sprawiedliwości” jako takiej, nie zaś instytucjonalnie rozumianego interesu „wymiaru sprawiedliwości”. Podkreślano również konieczność faktycznego zagwarantowania właściwej pomocy prawnej, w szczególności poprzez uniknięcie sytuacji „wypaczania” pierwotnej intencji postanowień aktów wyższego rzędu przez regulacje (często czysto techniczne) zawarte w przepisach wykonawczych. Drugi panel tej samej sesji obejmował planowo wystąpienia Martijna Muldera (radca prawny, Ministerstwo Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Holandii), profesora Beaty Gruszczyńskiej (Instytut Wymiaru Sprawiedliwości), Matthiasa Kiliana (starszy wykładowca Uniwersytetu w Kolonii) oraz Jamesa McGuilla (członek Komitetu Prawa Karnego CCBE). Podejmowane w tej części tematy były dyskutowane również w ramach następnej sesji. Prelegenci skupili się głównie na przedstawieniu reguł wynagradzania prawników świadczących pomoc prawną z urzędu w wybranych państwach europejskich. W ramach prowadzonej dyskusji podkreślano konieczność zapewnienia odpowiedniego finansowania przez państwa pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Podnoszono również argumenty na



rzecz zbliżania regulacji obowiązujących w tym względzie na obszarze całej UE. Zwrócono uwagę, że pod pojęciem kosztów pomocy prawnej należy uwzględnić nie tylko wynagrodzenie prawnika, ale również koszty społeczne i indywidualne w przypadku braku takiej pomocy lub nienależytego jej świadczenia.

Drugi dzień obrad obejmował czwartą i ostatnią sesję konferencji poświęconą problematyce „obrony obligatoryjnej”. Również w tym wypadku prowadzono dyskusję w ramach dwóch paneli. Pierwszy z nich skupiał się na zagadnieniu „obrona obligatoryjna a prawo wyboru obrońcy”. Debata objęła wystąpienia: Holgera Matta (przewodniczący ECBA, profesor prawa karnego), Iliasa Anagnostopoulou (przewodniczący Komitetu Prawa Karnego the Council of Bars and Law Societies of Europe CCBE), Taru Spronken (profesor prawa karnego i postępowania karnego Uniwersytetu Maastricht) oraz Mikołaja Pietrzaka (adwokat, Warszawa). W ramach prowadzonych rozważań i dyskusji zwracano uwagę zwłaszcza na element poufności jako zasadniczy warunek skutecznej obrony, w tym obrony obligatoryjnej świadczonej z urzędu. Stawiano pytania o stopień sformalizowania wymogów przewidzianych do złożenia przez zainteresowanego oświadczenia o odmowie korzystania z obrońcy ustanowionego w ramach obrony obligatoryjnej oraz o warunki dopuszczalności podejmowania takich decyzji. Komentowano również zasadność sformułowania jednolitego dla całej UE wymogu uzasadniania postanowień odmawiających przyznania obrony z urzędu. Pojawił się również w dyskusji problem etapu postępowania, na którym udział obrońcy miałby być obligatoryjny, oraz kwestia organu dokonującego wyznaczenia obrońcy z urzędu. Sformułowano w tym zakresie postulat wzorowania się na państwach, w których wskazania takiego obrońcy dokonuje niezależna od sądu i organów ścigania organizacja. Ostatni panel dyskusyjny miał służyć poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie „jak zapewnić wysoką jakość pomocy prawnej z urzędu?” Jako prelegenci wystąpili: Martijn Mulder (Ministerstwo Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Holandii), Margarete Gräfin von Galen (członek Komitetu Prawa Karnego CCBE) oraz profesor Ed Cape (Uniwersytet Wschodniej Anglii). Dyskutowano przede wszystkim o mechanizmach kontroli zarówno uprawnienia do korzystania z obrony świadczonej z urzędu, jak i wykonywania obowiązków przez obrońców w jej ramach. Podkreślano również, że zaostrożenie działań kontrolnych nie jest skutecznym środkiem do zapewnienia należytego poziomu obrony świadczonej z urzędu. Kontrola nie może zastąpić odpowiednich szkoleń i specjalizacji wśród prawników. Wskazano również charakter obrony obligatoryjnej z urzędu jako politycznej (w istocie) decyzji państwa, mającej zapewnić obywatelom należytą opiekę prawną w określonych sytuacjach. W kontekście sposobów zapewnienia należytego wykorzystania środków przeznaczanych na obronę obligatorką z urzędu, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego systemu motywacji dla obrońców (oraz umożliwieniu wyboru obrońcy przez zainteresowanego), moderujący dyskusję profesor Zbigniew Ćwiakalski (Uniwersytet Jagielloński) wskazał koncepcję bonów na pomoc prawną. Bony takie, reprezentujące określoną pulę środków pieniężnych, miałyby być przyznawane uprawnionemu przez ośrodki pomocy społecznej (wyłączenie roli sądu w wyznaczaniu obrońcy z urzędu). Ostatecznie poruszono również kwestie finansowe, jako nieodłączny element motywujący do świadczenia wysokiej jakości pomocy prawnej niezależnie od społecznej misji zawodowej obrońcy. Jak stwierdził przysłowiem profesor Ed Cape: „if you pay peanuts, you get monkeys”.



Podsumowując dwa dni obrad składających się na konferencję, należy wskazać, że była to znakomita okazja do wymiany myśli, uwag i spostrzeżeń oraz spotkania się różnych punktów widzenia na problem pomocy prawnej świadczonej z urzędu w postępowaniu karnym. Niezaprzeczalnym atutem konferencji był udział w niej wielu przedstawicieli urzędów, organów wymiaru sprawiedliwości oraz ciał szeroko rozumianego prawodawstwa z całej Europy. W trakcie obrad ujawniło się wiele istotnych kwestii, wymagających rozstrzygnięcia w związku z planowaniem jednolitego dla całej UE standardu prawa do pomocy prawnej świadczonej z urzędu oraz pozostałych elementów, składających się na harmonizację w zakresie sytuacji procesowej oskarżonych. Do najważniejszych należy zaliczyć problem zróżnicowania, niekiedy głębokiego, poszczególnych rozwiązań w różnych państwach członkowskich i wynikające z tego silne przywiązanie do własnych praktyk. Drugim problemem pozostaje niewątpliwie kwestia finansowa, nierozzerwalnie związana z realizacją postulatu powszechnej, świadczonej z urzędu i wysokiej jakości pomocy prawnej. W odniesieniu do samej konferencji na odnotowanie zasługuje fakt, że w powszechnej, głośno wyrażanej opinii zagranicznych gości przedmiotowa konferencja została zorganizowana w sposób niespotykany sprawny i obligujący do najwyższego uznania wobec organizatorów.

*Paweł Libertowski*

## **Konferencja „Skuteczna ochrona prawna przeciwko dyskryminacji kobiet”, Warszawa, 10 grudnia 2011 r.**

– Moją ambicją jest ożywienie środowiska adwokackiego, aby przestało ono milczeć i stało się bardziej wrażliwe społecznie – powiedział adw. Andrzej Zwara, prezes NRA, otwierając konferencję naukową, która odbyła się 10 grudnia w Warszawie. Szef Adwokatury podkreślił, jak istotną rolę pełni adwokat w walce obywateli z dyskryminacją. Uznał, że nadal powszechnym problemem jest zjawisko „szklanego sufitu”, a brak szacunku dla pracy kobiet zauważalny jest na stanowiskach zarówno niższego, jak i wyższego szczebla.

Adwokat Mikołaj Pietrzak, przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy NRA i organizator konferencji, przypomniał, że celem adwokata jest służenie społeczeństwu oraz zabezpieczanie i chronienie praw obywateli poprzez świadczenie skutecznej pomocy prawnej.

Pierwsza część spotkania poświęcona była konstytucyjnym i międzynarodowym standardom ochrony przed dyskryminacją kobiet. Dyskusję moderował adw. Wieńczyśław Grzyb, który przypomniał słowa Martina Luthera Kinga: „I have a dream” i dodał: – Słowa te przenoszę dziś na grunt polski w odniesieniu do dyskryminacji kobiet.

O dyskryminacji kobiet w aspekcie równości w Konstytucji RP mówiła prof. Ewa Łętowska. Stwierdziła ona, że w ustawie zasadniczej istnieje potencjał, który w związku z brakiem prób wytworzenia przyzwoitego standardu pozostaje uspijony i niewykorzystany. Konstytucja, definiując zakaz dyskryminacji, posługuje się katalogiem otwartym, co otwiera ją na możliwości tkwiące w strukturach multicentrycznego prawa. Standar-

dy europejskie, zarówno luksemburskie, jak i strasburskie, wykazują dużą dynamikę i dotyczą kwestii kobiecych w bardzo różnych aspektach, np. przemoc domowa czy życie gospodarcze, a Polska mogłaby te standardy zaabsorbować, gdyby miała odpowiednio do tego mechanizmy.

O zakazie dyskryminacji w świetle Konwencji ONZ w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet mówiła dr Anna Śledzińska-Simon z WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego. Uznała, że nie uda się w pełni zlikwidować dyskryminacji, ale należy zrobić wszystko, żeby ją zniwelować. Stwierdziła, że Konwencja ONZ jest postrzegana jako autorytet prawny, którym można podeprzeć argumenty rządu, ale bardzo rzadko jest traktowana jako wiążące źródło prawa. Zdaniem prelegentki pozytywną stroną Konwencji jest progresywność i logika, ale jej potencjał nie jest należycie wykorzystany np. na poziomie krajowym.

Radca prawny Magdalena Mierzewska z Europejskiego Trybunału Praw Człowieka mówiła o zakazie dyskryminacji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wskazała zmiany na poziomie mentalności w odniesieniu do dyskryminacji kobiet.

Kwestię zakazu dyskryminacji ze względu na płeć w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej omówiła prof. Justyna Maliszewska-Niehartowicz z UMK. W swojej wypowiedzi skoncentrowała się na równości szans oraz równym traktowaniu kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy w kontekście dyrektywy 2006/54 z 5 lipca 2006 r. Omówiła kwestie dyskryminacji w dziedzinie wynagradzania i wyjątki od zasady sformułowanej w prawie pierwotnym, jakie istnieją w prawie wtórnym (np. gdy stanowisko pracy wymaga od pracownika pewnych cech fizycznych lub psychicznych, które charakteryzują konkretną płeć). Poruszyła również kwestię pracy kobiet w nocy oraz specyfikę ochrony kobiet w ciąży i na urlopie macierzyńskim. Przypomniała, że dyrektywa 92/85/EWG wyklucza możliwość zwolnienia z pracy lub odmowy przyjęcia do pracy kobiety na podstawie przesłanek dotyczących jej naturalnych cech macierzyńskich. Wskazała także kontrowersje związane z równością płci w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, które sprowadzają się do tendencji wyrównania wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn.

Drugi panel, pt. „Skuteczność prawnych instrumentów ochrony przed dyskryminacją w Polsce”, poprowadziła adw. Katarzyna Szoda-Wolska, wiceprzewodnicząca Komisji Praw Człowieka przy NRA.

Na temat postępowania dowodowego w sprawach dyskryminacji przed sądami polskimi mówiła sędzia SN Katarzyna Gonera. Zwróciła uwagę na luki w edukacji sędziów, adwokatów i prokuratorów w zakresie kształtowania standardów i metod wykładni. Zauważyła m.in., że pracodawcy niechętnie ujawniają informacje dotyczące wysokości wynagrodzenia pracowników różnych płci, choć SN stwierdził, że klauzula poufności zawarta w kontraktach, obowiązująca wewnątrz pracownika i pracodawcę, nie przenosi się na wymiar procesowy.

Adwokat Bartłomiej Raczkowski zajął stanowisko w kwestii dochodzenia sądowej ochrony przed dyskryminacją. Zwrócił uwagę na istniejące w społeczeństwie przekonanie, że to kobiety są lepszymi pracownikami. Mimo to pracodawcy niechętnie zatrudniają kobiety ze względu na obawę przed zbyt daleko posuniętą ich ochroną, np. związaną z macierzyństwem i wychowywaniem dzieci. Prelegent poddał też analizie sytuację kobiety ze względu na wykonywany zawód oraz poziom wykształcenia. Podniósł też,

że istnieją formy dyskryminacji pośredniej (pozornie etyczne i legalne zachowanie dla osiągnięcia celu nielegalnego), np. premia pracownicza za dyspozycyjność.

Radca prawny Karolina Kędziora, wiceprzewodnicząca Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego (dalej: PTPA), omówiła sposoby dowodzenia dyskryminacji przed polskimi sądami. Kontynuując myśl przedmówcy, rozpoczęła wypowiedź od podkreślenia roli stereotypów w dyskryminacji płciowej, szczególnie jeżeli dyskryminacja jest związana z rodzicielstwem, czym zajmuje się w znacznej mierze reprezentowane przez nią stowarzyszenie. Wskazała na sytuację kiedy to kobiety po urlopie wychowawczym postanowiły skorzystać z ograniczonego wymiaru godzin pracy, do czego mają prawo, a w odpowiedzi na to pracodawcy sięgali po regulację z ustawy o zwolnieniach grupowych, powołując się na kwestie ekonomiczne jako przyczynę zwolnienia.

Dr Kinga Wysieńska z Instytutu Spraw Publicznych zaprezentowała metodę udowadniania dyskryminacji, polegającą na przeprowadzaniu odpowiednich testów. Jest to nowa metoda w Polsce, ale sprawdzona już w innych państwach. Testy na dyskryminację to technika eksperymentalna, która była równolegle rozwijana zarówno przez naukowców, jak i przez pracowników zaangażowanych w działania na rzecz równego traktowania i ochrony praw człowieka. Testy są prowadzone poprzez dobieranie w pary osób o identycznych, równoważnych cechach aparycyjnych i osobowościowych. Różni je jedynie aspekt mogący być przedmiotem dyskryminacji, np. płeć, kolor skóry czy brak pełnej sprawności. Istnieją ściśle procedury zarówno w systemach europejskich, jak i pozaeuropejskich dotyczące zasad przeprowadzania testów, aby mogły być one stosowane jako dowody sądowe, np. testerzy nie mogą być ze sobą emocjonalnie związani, nie mogą się znać i nie mogą wiedzieć, że biorą udział w tym samym eksperymencie. Wytyczne są również zasady przeprowadzania treningów. – Nie trenuje się ich na zasadzie „udowodnij dyskryminację”, ale instruuje się ich w myśl teorii „idź, zrób, powiedz co się stało” – podkreśliła prelegentka.

W ostatnim panelu uczestnicy konferencji zastanawiali się, czy ustawa „O równym traktowaniu” zdała egzamin. Dyskusję moderowała adw. Magdalena Sykułska-Przybysz.

Krzysztof Śmiszek, przewodniczący PTPA, przyznał, że ustawa ma wiele wad. Wyjaśnił, że kluczową rolę we wprowadzeniu tego aktu do systemu prawa polskiego odegrała Unia Europejska. Prawo europejskie wprowadziło instrumenty ochrony przed dyskryminacją. Jednym z tych instrumentów jest wymóg utworzenia organu lub organów ds. równego traktowania, których zadaniami byłoby wspieranie ofiar dyskryminacji, formułowanie rekomendacji dotyczących przeciwdziałania dyskryminacji oraz prowadzenie niezależnych badań nad dyskryminacją i opracowywanie raportów. Kraje UE w bardzo indywidualny sposób potraktowały ten obowiązek, co w efekcie doprowadziło do wytworzenia szerokiego i zróżnicowanego spektrum organów ds. równego traktowania.

Mirosław Wróblewski, dyrektor Zespołu Prawa Konstytucyjnego i Międzynarodowego Biura RPO, mówił o ustawie w świetle działalności Rzecznika Praw Obywatelskich. Zauważył, że ocena ustawy będzie możliwa w połowie 2012 r., bo wtedy Ministerstwo Sprawiedliwości otrzyma statystyki sądowe z całego kraju. Dodał, że jak dotąd Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich nie odnotowało wielu skarg w zakresie naruszenia praw równości. Wskazał, że w Polsce niezależnym organem do badania spraw równego traktowania został wyznaczony RPO. Do jego nowych zadań należy analizowanie, monitorowanie i wspieranie równego traktowania oraz prowadzenie niezależnych badań,

w tym zakresie i publikacja raportów. Prelegent zwrócił uwagę, że wraz z przekazaniem RPO ww. kompetencji nie przekazano dodatkowych środków finansowych, a ponadto w praktycznym ujęciu rola Rzecznika sprowadza się do udzielania wnioskodawcy informacji o przysługujących mu środkach prawnych, mimo że dyrektywa i ustawa wymagają od Rzecznika interwencji oraz podejmowania działań z zakresu pomocy bezpośredniej.

Profesor Magdalena Środa z UW przedstawiła rozwiązania instytucjonalne w przeciwdziałaniu dyskryminacji w zestawieniu z rozwiązaniami stosowanymi w praktyce. Pani profesor określiła ustawę jako „ogryzek” w stosunku do wartościowego projektu owej ustawy, zmienionego ze względów politycznych i ideologicznych. Prelegentka podkreślała znaczenie współpracy pomiędzy RPO a Ministerstwem Edukacji Narodowej, którego funkcją jest budowanie poziomu świadomości obywateli. W opinii prof. Środy Polska jest jedynym krajem w Europie, który nie dokonuje weryfikacji podręczników ze względu na stereotypy, bo: „nawet książki do nauki matematyki mają charakter dyskryminujący – dziewczynka nieudolnie licząca pączki to nie tylko dziewczynka niezdolna do matematyki, ale także dziewczynka, która powinna dbać o linię. Na kolejnej stronie podręcznika widzimy chłopca w sytuacji z życia publicznego, np. obliczającego pieniądze, jakie tatuś musi wydać na samochód. Mamusia natomiast zajmuje się kupowaniem środków czyszczących, co również wzbudza skojarzenia stereotypowe”.

Adwokat Marcin Górski mówił o ustawie z 3 grudnia 2010 r. *o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania na tle ustawodawstwa unijnego*. Jego zdaniem ustawa jest w wielu aspektach niezgodna z prawem UE. Wątpliwości dotyczą już samego tytułu ustawy, który nie odpowiada wymogom § 17 rozporządzenia o zasadach techniki prawodawczej, a także nie jest do zaakceptowania w warstwie aksjologicznej, bo zasada niedyskryminacji nie jest w polskim systemie prawnym zasadą nową.

Podsumowując przebieg konferencji, adw. Mikołaj Pietrzak zaznaczył, że tak rozległy temat jak dyskryminacja kobiet zawsze będzie pozostawał niedosyt. Dodał, że spotkanie spełniło funkcję edukacyjną oraz dowiodło, że problem dyskryminacji kobiet dotyczy całego społeczeństwa.

Konkludując, wypada wskazać, że główny mankament w przeciwdziałaniu dyskryminacji kobiet stanowią nieświadomość prawna i brak solidnej edukacji całego społeczeństwa, a przede wszystkim prawników – sędziów, adwokatów, prokuratorów, legislatorów – i polityków.

*Aleksandra Zalewska*

## **Konferencja „Unijne podsumowanie roku 2011 – The EU Summary of the year 2011”, Kraków, 13–15 stycznia 2012 r.**

W „Palestrze” numer 11–12 z 2011 r. w dziale „Varia” zamieszczona została informacja zapowiadająca konferencję „Unijne podsumowanie roku 2011 – The EU Summary of the year 2011”. Konferencja, której partnerem była m.in. „Palestra”, zorganizowana

została przez Sekcję Prawa Unii Europejskiej Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ i odbyła się w dniach 13–15 stycznia 2012 r. w murach Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Pierwszy dzień konferencji, w trakcie którego dyskusje odbywały się w pięknej auli Collegium Novum Uniwersytetu Jagiellońskiego, poświęcony został spotkaniom z ekspertami, podczas których w ramach dwóch paneli dyskusyjnych poruszone zostały zagadnienia związane z polską prezydencją oraz podsumowanie roku 2011 jako roku zmian w Unii Europejskiej.

W panelach eksperckich uczestniczyli: barrister Jonathan Tomkin z Wydziału Prawa Uniwersytetu w Dublinie; dr Małgorzata Kożuch z Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego – opiekun Sekcji Prawa Unii Europejskiej Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ; prof. Maciej Szpunar – podsekretarz stanu ds. prawnych i traktatowych w Ministerstwie Spraw Zagranicznych; pan Filip Skawiński, pracownik Przedstawicielstwa Komisji Europejskiej w Polsce, a także dr hab. Krzysztof Szczerski z Katedry Współczesnych Systemów Politycznych Instytutu Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych na Wydziale Stosunków Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego.

W związku z uczestnictwem w konferencji gości zagranicznych dyskusje w trakcie paneli eksperckich zarówno w pierwszym dniu konferencji, jak i podczas drugiego i trzeciego dnia konferencji, kiedy to swoje wystąpienia zaprezentowali studenci i doktoranci, odbywały się w języku angielskim.

Konferencję rozpoczęło uroczyste powitanie uczestników i przedstawienie gości, jak również odczytanie listu skierowanego do uczestników przez posła do Parlamentu Europejskiego pana Bogusława Sonika, któremu obowiązki zawodowe nie pozwoliły na uczestniczenie w konferencji.

W trakcie pierwszego panelu dyskusyjnego podsumowującego polską prezydencję zaproszeni goście mówili o stopniu realizacji założeń strategicznych, z jakimi Polska rozpoczęła wykonywanie prezydencji, tj. integracji europejskiej jako źródła wzrostu, bezpiecznej Europy (w zakresie żywności, energii i obronności), a także Europy korzystającej na otwartości.

Przedstawiciel Komisji Europejskiej, pan Filip Skawiński, podkreślił, że Polska bardzo dobrze współpracowała z Komisją podczas prezydencji.

Natomiast z irlandzkiego punktu widzenia pozytywny wizerunek polskiej prezydencji budowało w szczególności sprawne wykonywanie zadań administracyjnych, a w warstwie politycznej poszukiwanie kompromisu. Barrister Jonathann Tomkin podkreślił również, że bardzo ważne było przyjęcie tzw. „sześciopaku”, jak i dobre tempo prac w zakresie prawa patentowego.

Profesor Maciej Szpunar, po pierwsze, opisał proces ustanawiania priorytetów, które Polska chciała zrealizować podczas prezydencji, oparty na trzech założeniach – kontynuowania tych zadań, które zostały już rozpoczęte przez poprzednie prezydencje, realnej możliwości wykonania planowanych zadań, jak i wyboru tematu przewodniego, który mógłby definiować polską prezydencję. Jednocześnie prof. Szpunar podkreślił, że rolą prezydencji jest nie tylko wykonywanie zadań wcześniej zaplanowanych, ale przede wszystkim odpowiednia reakcja na różne sytuacje, które zaistnieją podczas trwania prezydencji, gdyż nie wszystko jest możliwe do zaplanowania. Ponadto prof. Szpunar



zasygnalizował, że *de facto* efektywny czas wykonywania prezydencji to cztery i pół miesiąca, choć formalnie trwała ona sześć miesięcy.

Odnosząc się do realizacji założeń prezydencji w pierwszym obszarze, prof. Szpunar wskazał, że jego zdaniem rynek wewnętrzny nie jest przyczyną kryzysu, a wręcz przeciwnie – powinien być używany jako narzędzie do jego przezwyciężania i poprawienia kondycji finansowej Unii Europejskiej. Ponadto prof. Szpunar pozytywnie odniósł się do prac w obszarze prawa patentowego, w szczególności podkreślił dyskusję nad takimi zagadnieniami, jak opłaty za udzielenie ochrony patentowej oraz rozważanie zagadnienia zakresu prawa wynikającego z patentu. W trzecim obszarze priorytetowym, który prof. Szpunar dookreślił, używając miana partnerstwa wschodniego, za sukces polskiej prezydencji uznać można negocjacje z Ukrainą, mimo że z oczywistych względów umowa nie została podpisana. Jako ważne w omawianym tu kontekście prof. Szpunar uznał także negocjacje z Gruzją i Mołdawią, a także zamknięcie pewnych obszarów negocjacji i utworzenie nowych w rozmowach z Islandią.

Do najważniejszych wydarzeń mających miejsce podczas polskiej prezydencji w obszarze priorytetu bezpiecznej Europy prof. Szpunar zaliczył ustalenie planu czynności legislacyjnych dotyczących dywersyfikacji źródeł energii oraz rozpoczęcie rozmów o nowych gazociągach z Azerbejdżanu i Tadżykistanu.

Doktor Małgorzata Kożuch podkreśliła, że największym sukcesem polskiej prezydencji był fakt, iż polska kultura była widoczna i promowana w Unii Europejskiej, jakkolwiek Unia Europejska nie była w takim stopniu, jak polska kultura w Unii, promowana w Polsce. Bardzo ważnym osiągnięciem polskiej prezydencji było też ukończenie na czas prac nad budżetem Unii Europejskiej, a nie tylko nad jego proorzem. Ponadto dr Kożuch zwróciła uwagę na zaawansowanie prac legislacyjnych dotyczących prawa patentowego i projekt utworzenia wspólnego unijnego sądu patentowego.

Odnosząc się do spraw, które wymagają dalszego monitorowania w przyszłości, dr Kożuch podkreśliła, że Rumunia i Bułgaria w dalszym ciągu nie są w strefie Schengen.

Po dokonaniu podsumowania polskiej prezydencji przez zaproszonych gości rozpoczęła się dyskusja z udziałem publiczności. Zgromadzeni uczestnicy chcieli przede wszystkim zapoznać się z opinią zaproszonych gości na temat partnerstwa wschodniego.

Profesor Szpunar podkreślił, że największą trudność w negocjacjach z tymi państwami sprawia to, że każde z nich jest inne pod względem rozwoju demokracji, a także systemu politycznego. Przedstawiciel Komisji, pan Filip Skawiński, potwierdził natomiast, że negocjacje z Ukrainą były bardzo trudne, a Białoruś w ocenie Komisji nie akceptuje standardów demokracji.

Odnosząc się do podniesienia poziomu demokracji w państwach partnerstwa wschodniego, dr Kożuch wskazała, że Unia Europejska utworzyła specjalny system pomocy finansowej, który ma pomóc w budowaniu standardów demokratycznych w tych państwach.

Kolejnym zagadnieniem poruszonym podczas dyskusji była reakcja polskiej prezydencji na wydarzenia na świecie, w szczególności zaś na afrykańską „Wiosnę Ludów”. Profesor Szpunar podkreślił, że relacje zewnętrzne Unii Europejskiej nie należą do zakresu zadań rotacyjnej prezydencji. Jednakże, mimo że Polska nie ma historycznych powiązań z Afryką, nasz kraj ma duże doświadczenie w zakresie transformacji z reżimu totalitarnego w demokrację, jak i w zakresie transformacji ku gospodarce rynkowej.



Zgromadzeni uczestnicy pytali ponadto o współpracę pomiędzy polskim ministrem spraw zagranicznych a wysokim przedstawicielem Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa. Profesor Szpunar podkreślił, że współpraca ta układała się bardzo pomyślnie, a minister Radosław Sikorski zastępował lady Ashton przy rozmaitych okazjach.

Dużym zainteresowaniem cieszył się również tzw. koncept trio, zgodnie z którym prezydentę pełnią kolejno po sobie trzy państwa, z których jedno jest państwem dużym – Polska, jedno państwem starej Unii – Dania i jedno państwem nowej Unii – Cypr. Profesor Szpunar podkreślił, że istotne jest ustalenie wspólnych punktów programu, w szczególności tych irrelevantnych politycznie, które ma zrealizować trio, ponieważ ma to duże znaczenie praktyczne, gdyż każde państwo obejmujące prezydentę kontynuuje prace rozpoczęte przez prezydentę poprzednią, a w swoich działaniach zajmuje się również sprawami, które będą kontynuowane przez prezydentę następną. Odnosząc się do współpracy z ostatnim krajem z poprzedniego trio, tj. Węgrami, po których Polska przejęła prezydentę, prof. Szpunar podkreślił, że współpraca układała się pomyślnie i nastąpiło płynne przejście do kontynuowania zadań.

Bardzo interesujące pytanie zadał również prof. dr hab. Stanisław Biernat, kierownik Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego i wiceprezes Trybunału Konstytucyjnego, który zapytał o to, w jaki sposób powinna wyglądać równowaga pomiędzy ogólnymi interesami Unii jako całości a interesami Polski, kraju, który obejmuje prezydentę. W odpowiedzi prof. Szpunar wskazał, że kluczowym w trakcie prezydentury zadaniem państwa, które ją obejmuje, jest działanie w roli moderatora dyskusji, odpowiedzialnego za osiągnięcie kompromisu. Jako kraj obejmujący prezydentę Polska, nawet dbając o własne interesy, nie mogła zatem prezentować skrajnego stanowiska, z którym wiązałyby się nieosiągnięcie kompromisu.

W trakcie drugiego panelu dyskusyjnego z udziałem ekspertów jednym z dyskutowanych zagadnień była idea stworzenia wspólnego unijnego kodeksu cywilnego. Odnosząc się do tego pomysłu, prof. Strzecki podkreślił, że jest to obecnie kwestia odległej przyszłości, gdyż problemy zaczynałyby się już na poziomie ustalenia wspólnej dla wszystkich krajów Unii definicji danej instytucji, a na obecnym etapie integracji o wiele ważniejsze byłoby urzeczywistnienie prawa obywateli do dobrej administracji.

Z kolei dr Kożuch podkreśliła, że z praktycznego punktu widzenia ważniejsze od kodyfikacji prawa materialnego jest wprowadzenie wspólnych procedur.

Podsumowanie pierwszego dnia dyskusji stanowiły rozważania nad kierunkiem dalszego rozszerzania Unii i ewentualnym przyjęciem w jej poczet nowych państw członkowskich. Polem do kontynuacji dyskusji uczestników konferencji stał się natomiast wieczorny bankiet.

W trakcie drugiego i trzeciego dnia konferencji referaty podsumowujące wydarzenia w Unii Europejskiej w 2011 roku wygłaszali studenci i doktoranci. Prezentacje były skupione wokół paneli tematycznych, takich jak: podsumowanie polskiej prezydentury, partnerstwo wschodnie: podsumowanie funkcjonowania i dalsze perspektywy; zmiany w prawie Unii Europejskiej dotyczące funkcjonowania rynku wewnętrznego: prawo konsumenckie, akt o jednolitym rynku; prawo własności intelektualnej; finanse Unii i unijne prawo podatkowe; unijne prawo konkurencji.

W trakcie drugiego dnia konferencji wykład na temat „Obywatelstwo w orzeczeni-

ctwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”, podczas którego zaprezentowane zostały wybrane sprawy dotyczące w szczególności obywatelstwa Unii Europejskiej, wygłosił również barrister Jonathan Tomkin.

Konferencja stanowiła doskonałe pole do podsumowania polskiej prezydencji i dyskusji nad przyszłością Unii Europejskiej, a uczestnicy wyrazili nadzieję ponownego spotkania w przyszłym roku na konferencji podsumowującej wydarzenia w Unii Europejskiej w roku 2012.

*Katarzyna Szczepańska*

# Kronika adwokatury

## Z posiedzeń Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej

### I. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 25 STYCZNIA 2012 R.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko zreferował problematykę spraw wynikających z nadesłanych protokołów obrad ORA w: Białymstoku, Koszalinie, Łodzi, Siedlcach, Katowicach. Poinformował, że ORA w Katowicach podjęła uchwałę kontestującą kierunek proponowanych zmian co do rozszerzenia uprawnień radców prawnych.

Prezes A. Zwara poinformował, że spotkał się z wiceministrem sprawiedliwości Michałem Królikowskim. Ministerstwo Sprawiedliwości nie podjęło żadnej decyzji w tej sprawie, jednak trzeba liczyć się z tym, że procedura legislacyjna zostanie rozpoczęta. Prezydium NRA będzie monitorować sytuację.

Adwokat prof. P. Kardas przygotowuje materiały merytoryczne dla Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, które przedstawione zostaną w imieniu NRA. Z kolei zespół medialny NRA przygotowuje harmonogram działań wspierających ewentualną akcję adwokatury skierowaną przeciwko proponowanym zmianom. Stanowisko NRA wesprą uchwały podejmowane przez ORA. Są to na razie tylko przygotowania, ponieważ żadna oficjalna procedura jeszcze się nie toczy. Dodał, że projekt przedstawiony przez radców prawnych zawiera zmianę przepisu, który daje uprawnienia obrońcy w sprawach karnych wszystkim radcom, niezależnie od formy wykonywanego przez nich zawodu.

Adwokat K. Boszko poinformował, że ORA w Warszawie (w związku z żądaniem osoby postronnej o upublicznienie listy adwokatów podlegających obowiązkowi lustracyjnemu) zwróciła się do NRA z prośbą o wypracowanie stanowiska adwokatury co do zakresu danych o adwokatach udostępnianych w trybie informacji publicznej. Opracowanie stanowiska w tej sprawie Prezydium zleciło adw. R. Dębowskiemu.

Uchwałą nr 76/2012 Prezydium powołało nowy skład komisji ds. zagranicznych pod przewodnictwem adw. M. Łaszczuka (członkowie adwokaci A. Czekaj-Dancewicz, R. Klos, dr M. Kożuch, G. Majewski, R. Małecki, M. Pietrzak, M. Radwan-Röhrenschef, L. Rydzewski, J. Składowska, B. Sochański, E. Stawicka, M. Supera, M. Synoradzki, J. Szpara, M. Woliński, apl. adw. A. Kliczewska).

Prezydium powołało na wniosek prezesa A. Zwary adw. K. Łukawskiego na sta-

nowisko prezesa Sądu Polubownego Adwokatury oraz w skład komisji doskonalenia zawodowego adw. M. Karczmarczyka.

Uchwałą nr 78/2012 Prezydium powołało adw. K. Przyłuską-Ciszewską na stanowisko prezesa Centrum Mediacyjnego przy NRA. Wiceprezes adw. Z. Marciniak przedstawił sprawozdanie z dotychczasowych prac powołanego przez NRA zespołu ds. ubezpieczenia OC adwokatów. Zaproszony na posiedzenie Prezydium adw. H. Stabla dodał, że będzie wydłużony termin składania przez adwokatów deklaracji ubezpieczeniowych. Wiceprezes Z. Marciniak oświadczył, że termin ten został przesunięty na koniec marca br.

Prezydium NRA omówiło priorytety działań NRA na 2012 r. oraz związane z nimi założenia budżetowe. Adwokat K. Komorowski poinformował, że na stronie internetowej adwokatury pojawi się odnośnik do strony Centrum Mediacyjnego, na której zostaną zamieszczone informacje i formularze do pobrania oraz lista adwokatów mediatorów z poszczególnych izb.

Prezes A. Zwara przypomniał, że niebawem odbędą się szkolenia dla przyszłych mediatorów. Zaplanowano również skierowane do adwokatów szkolenia z prawa europejskiego, które odbędą się w Krakowie i będą dotyczyć praktycznych aspektów stosowania prawa europejskiego przez adwokatów.

Adwokat M. Pietkiewicz poinformowała, że Towarzystwo Opieki nad Ociemniałymi w Łaskach nadesłało na piśmie bardzo serdeczne podziękowania dla NRA za wsparcie finansowe, tradycyjnie przekazywane w okresie świątecznym.

Prezydium postanowiło uwzględnić wniosek ORA w Bielsku-Białej, Katowicach, Płocku i Warszawie o bezzwrotną pomoc finansową.

## II. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 8 LUTEGO 2012 R.

Sekretarz NRA adw. K. Boszko zreferował sprawy wynikające z protokołów posiedzeń ORA w: Bielsku-Białej, Gdańsku, Katowicach, Kielcach, Lublinie, Łodzi, Olsztynie, Opolu (2 protokoły), Płocku, Radomiu, Rzeszowie (2 protokoły), Siedlcach, Szczecinie, Toruniu, Wrocławiu, Zielonej Górze.

Prezydium NRA powołało w skład Komisji Praw Człowieka adw. K. Burską, a w skład Komisji Komunikacji Społecznej NRA adw. K. Mierzejewską.

Odbyła się dyskusja nad ewentualnymi zmianami na stronach adwokatura.pl. Potwierdzono, że Krajowy Rejestr Adwokatów i Aplikantów Adwokackich jest ważnym instrumentem informacji na temat całej adwokatury w podstawowych aspektach jej działalności (np. specjalizacja adwokatów).

Prezes adw. A. Zwara zaproponował, aby adwokaci K. Boszko i R. Dębowski podjęli kroki w celu zorganizowania dyskusji panelowej na temat dalszej informatyzacji adwokatury. Prezydium zaakceptowało tę propozycję. Omówiono ponadto strategię działań komunikacyjnych NRA oraz kalendarium projektowanych akcji na rok 2012.

Adwokat M. Pietkiewicz poinformowała, że w porozumieniu z PZU zostanie opracowany komunikat do wszystkich ORA w sprawie warunków ubezpieczenia OC dla adwokatów. Dodała, że informacje zostaną zamieszczone również na stronie adwokatura.pl oraz że wynik rozmów z ubezpieczycielem jest korzystny dla adwokatów.

Adwokat J. Trela przedstawił informacje o działaniach podjętych w celu zorganizowania szkoleń dotyczących postępowania przed Sądem Najwyższym. Poinformował, że

I Prezes SN S. Dąbrowski odniósł się przychylnie do tej inicjatywy, proponując jednocześnie, aby nawiązać kontakty bezpośrednio z kierownikami wydziałów oraz sędziami w stanie spoczynku. Na wiosnę ma się odbyć 4-5 szkoleń dla adwokatów.

Adwokat K. Komorowski poinformował, że adw. J. Steć, przewodniczący Komisji Doskonalenia Zawodowego, w najbliższym czasie spotka się z prezesem Naczelnego Sądu Administracyjnego w celu omówienia szczegółów szkolenia z procedury przed NSA.

Adwokat K. Komorowski poinformował o bieżącej sytuacji dotyczącej współpracy z organizacją adwokacką z Ukrainy w ramach UEFA EURO 2012. Dodał, że powstał również pomysł, aby korzystając z pomocy UEFA, przygotować krótki tekst w kilku językach z informacją, jak zachowywać się w razie problemów prawnych, który UEFA mogłaby rozsyłać do kibiców logujących się po bilety.

Adwokat K. Boszko stwierdził, że polscy adwokaci nie otrzymają zezwolenia na występowanie przed sądami ukraińskimi. Będą mogli być asystą dla ochrony prawnej polskich obywateli. Podobnie może to funkcjonować z drugiej strony.

Wiceprezes adw. J. Trela zapowiedział, że w marcu 2012 r. w „Tygodniku Powszechnym” ukaże się wkładka, przygotowana przez NRA, dotycząca kontradiktoryjności procesu karnego, zadań adwokatów w Polsce po 1989 r. oraz problemów związanych z ACTA.

Zastępca sekretarza NRA adw. K. Komorowski poinformował, że stowarzyszenie ELSA Poland organizuje we Wrocławiu w dniach 26-27 kwietnia 2012 r. ogólnopolski konkurs krasomówczy im. adw. Joanny Agackiej-Indeckiej. Poruszył jednocześnie sprawę kosztów i nagród związanych z tą imprezą. Prezydium delegowało adw. K. Komorowskiego na powyższy konkurs.

Sekretarz NRA K. Boszko będzie delegowany do sądu konkursowego „Mistrzowie Mediacji”, organizowanego również przez stowarzyszenie ELSA.

Prezydium delegowało adw. dr M. Strus-Wołos jako przedstawiciela adwokatury na Nadzwyczajny Zjazd Lekarzy w dniach 24-25 lutego 2012 r.

### III. POSIEDZENIE PREZYDIUM NRA W DNIU 16 LUTEGO 2012 R.

#### W KRYNICY-ZDROJU

Prezes adw. A. Zwara podziękował dziekanowi Izby w Kielcach za bardzo dobrą organizację XXIX Narciarskich Mistrzostw Adwokatury w Krynicy-Zdroju i umożliwienie przy tej okazji odbycia posiedzenia Prezydium NRA.

Adwokat K. Boszko, sekretarz NRA, omówił sprawozdanie ORA w Białymstoku i Wałbrzychu. Adwokat M. Gruszecka przedstawiła memorandum w sprawie przyszedłego egzaminu na aplikację adwokacką, przebiegu aplikacji i egzaminu adwokackiego. Prezydium zapowiedziało dyskusję na ten temat po zapoznaniu się z treścią memorandum przez wszystkie ORA.

Adwokat M. Pietkiewicz, skarbnik NRA, poinformowała, że w dniu 16 lutego 2012 r. doszło do podpisania aneksu do umowy generalnej dotyczącej ubezpieczenia OC adwokatów.

Prezydium przeanalizowało założenia do budżetu NRA na 2012 r. i zaaprobowало przeprowadzenie audytu za rok 2011 przez firmę, która robiła ten przegląd w ubiegłym roku.

Kończy się sprawa przekazania DPTA w Grzegorzewicach odpowiednim organom administracyjnym.

Adwokat dr M. Strus-Wołos przedstawiła założenia obchodów 30-lecia uchwalenia Prawa o adwokaturze. Poinformowała, że do majowo-czerwcowego zeszytu „Palestry” dołączone zostaną płyty DVD zawierające wywiady z nestorami adwokatury.

Dla uczczenia rocznicy wybuchu Powstania Warszawskiego odbędzie się bieg uliczny adwokatów i aplikantów adwokackich. W Łodzi zostanie natomiast zorganizowana konferencja dotycząca problemów młodych adwokatów, rozpoczynających wykonywanie zawodu.

Prezydium NRA delegowało adw. dr M. Strus-Wołos do rozmów z mediami na tematy dotyczące adwokatury, np. w programie *Kawa czy herbata?*

Prezes adw. A. Zwara poinformował, że Komisja Legislacyjna Adwokatury przygotowała stanowisko co do zmian k.p.k. i niektórych innych ustaw. Stanowisko zostało na piśmie przekazane na ręce ministra sprawiedliwości.

Prezydium zdecydowało, że na najbliższym posiedzeniu plenarnym NRA zostanie przedstawiony projekt dotyczący walki z nieuczciwą konkurencją. Opracowanie tego projektu zostanie powierzone adw. dr K. Zawiślakowi, a opiekę nad projektem obejmie adw. dr M. Strus-Wołos.

Prezes NRA adw. A. Zwara poinformował, że Ministerstwo Spraw Zagranicznych zwróciło się do NRA z prośbą o zgłaszanie propozycji kandydatów na stanowisko sędziego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Naczelna Rada Adwokacka wraz z Komisją Praw Człowieka przy NRA zgłosiła kandydaturę adw. Marka Antoniego Nowickiego.

*Andrzej Bąkowski*

## Przegląd wydarzeń (styczeń–marzec 2012)

Tradycyjnie już na początku roku Naczelna Rada Adwokacka zorganizowała **Spotkanie Noworoczne**. Odbędzie się ono 11 stycznia w pałacu Sobańskich w Warszawie. Liczne przybyli adwokaci działający w samorządzie, przedstawiciele samorządów zawodów zaufania publicznego i sądownictwa oraz politycy z ministrem sprawiedliwości Jarosławem Gowinem na czele. Wieczór otworzyli adw. Andrzej Zwara, prezes Naczelnej Rady Adwokackiej i adw. Jacek Trela, wiceprezes NRA. Prezes Zwara podsumował pracę adwokatury w roku 2011 i przedstawił plan działań na rok 2012. Podkreślił, że samorząd adwokacki kładzie nacisk głównie na działalność społeczną i legislacyjną. Poinformował zebranych o porozumieniu, jakie NRA zawarła z Adwokaturą Ukrainką w sprawie udzielania przez adwokatów polskich i ukraińskich bezpłatnej pomocy prawnej dla kibiców podczas UEFA EURO 2012. Tego wieczoru zaprezentowano również książkę pt. *Historia Adwokatury* autorstwa Adama Redzika i Tomasza J. Kotlińskiego. Spotkanie umilił koncert zespołu Dagadana.

\*

Początek roku obfitował w konferencje naukowe poświęcone wymiarowi sprawiedliwości. 20 stycznia Redakcja „Dziennik Gazeta Prawna” zorganizowała dyskusję pt. „Siedem najpilniejszych reform wymiaru sprawiedliwości”. Głos zabrali prezes NRA



adw. Andrzej Zwara, I prezes Sądu Najwyższego Stanisław Dąbrowski, przedstawiciel MS Grzegorz Wałejko, poseł Ryszard Kalisz oraz prokurator Prokuratury Generalnej Krzysztof Karsznicki.

\*

25 stycznia prezes A. Zwara wziął udział w konferencji pt. **„Przyszły model polskiej prokuratury”**.

\*

21 lutego prezes A. Zwara uczestniczył w spotkaniu organizowanym przez Krajową Radę Sądownictwa na temat: **„Niezależność sądów i niezawisłość sędziów gwarancją praworządności i praw człowieka”**.

\*

23 lutego odbyła się debata **„Okragły Stół dla sądownictwa”**, której gospodarzem było Stowarzyszenie Sędziów Polskich „Iustitia”. Obok prezesa NRA Andrzeja Zwary w spotkaniu tym uczestniczył również wiceprezes NRA Jacek Trela.

Zabierając głos w sprawach dotyczących sądownictwa, prezes NRA przestrzegał przed pomysłem resortu sprawiedliwości dotyczącym likwidacji sądów w małych miejscowościach. „Są ostoją prawa i bezpieczeństwa – i nie można, w imię cięć budżetowych, pozbawiać ludzi tego symbolu” – powiedział. Wyraził wątpliwość, czy tak szeroka ingerencja władzy wykonawczej jest zasadna i zgodna z Konstytucją RP. Prezes NRA wskazał natomiast na pilną potrzebę reformy prokuratury. Mówił, że prokurator powinien utożsamiać się z prowadzoną sprawą, a można to osiągnąć poprzez prowadzenie sprawy od początku do końca – od zbierania materiałów dowodowych, przez sporządzanie aktu oskarżenia, aż po uczestniczenie w rozprawach sądowych. Ułatwiłoby to także ewentualne pociągnięcie do odpowiedzialności konkretnej osoby, a nie urzędu.

\*

5 marca na Uniwersytecie Warszawskim Helsińska Fundacja Praw Człowieka zorganizowała konferencję na temat: **„Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka”**. Wśród panelistów znaleźli się: adw. Andrzej Michałowski, członek NRA, Michał Królikowski z Ministerstwa Sprawiedliwości, Mirosław Wróblewski z biura Rzecznika Praw Obywatelskich, r.pr. Dariusz Sałajewski, wiceprezes KRRP, dr Adam Bodnar, SSN Wiesław Kozielowicz, adw. Wojciech Marchwicki z Komisji Etyki NRA, dr Paweł Skuczyński oraz Piotr Józwiak z UAM w Poznaniu. Uczestnicy konferencji byli zgodni, że przy tak szerokim dostępie do zawodów prawniczych konieczna jest skuteczna kontrola zachowań etycznych prawników. Przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości i Rzecznika Praw Obywatelskich byli zdania, że pierwsza instancja sądownictwa dyscyplinarnego powinna być kierowana przez samorządy zawodowe, drogą odwoławczą powinny być zaś sądy apelacyjne. Adam Bodnar zaproponował, aby druga instancja opierała się na składzie: dwóch sędziów sądów powszechnych i jeden adwokat. Zauważył, że funkcja rzecznika dyscyplinarnego powinna być funkcją zawodową. Odmienne opinie mieli przedstawiciele adwokatury i radców prawnych. Adwokat Andrzej Michałowski tłumaczył, że obecna procedura składania kasacji do Sądu Najwyższego w swojej formie jest zbliżona do apelacji. Wskazane byłoby wyznaczenie dodatkowych zastępców rzecznika dyscyplinarnego i sędziów sądów dyscyplinarnych. Rozwiązanie zmierzające do odciążenia sądownictwa dyscyplinarnego

widzi również w rozstrzygnięciu sporów w pierwszej instancji na zasadach zbliżonych do postępowania administracyjnego – wyłącznie w formie pisemnej, bez powoływania składów orzekających. Radca prawny Dariusz Sałajewski uznał, że propozycje przekazania drugiej instancji sądom powszechnym wykraczają poza granice norm konstytucyjnych. Podkreślił, że sądownictwo dyscyplinarne to jeden z ostatnich instrumentów sprawowania pieczy nad wykonywaniem zawodu przez samorząd.

Głos w dyskusji zabierali obecni na sali adwokaci: Jacek Trela (wiceprezes NRA), Rafał Dębowski (członek NRA), Krzysztof Boszko (sekretarz Prezydium NRA), Mikołaj Pietrzak (przewodniczący Komisji Praw Człowieka NRA) i Ziemisław Gintowt (dziekan ORA w Warszawie). A uczestnikami konferencji byli ponadto adwokaci: Monika Strus-Wołos (członek Prezydium NRA), Anna Sobocińska-Lorenc (sędzia WSDA), Tomasz Kapliński (sędzia WSDA), Grzegorz Majewski (prezes SD Izby Adwokackiej w Warszawie), adw. Jacek Brydak (rzecznik dyscyplinarny ORA w Warszawie), Jakub Jacyna (przewodniczący Komisji Etyki NRA) i Martyna J. Mierzejewska (członek Komisji Komunikacji Społecznej NRA).

\*

W trakcie trzech sesji weekendowych, w styczniu i lutym, 60 adwokatów z całej Polski szkoliło się z zakresu **postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym**. Celem szkoleń było przybliżenie adwokatom problemów, z jakimi mogą się spotkać, występując w charakterze pełnomocników osób składających skargi konstytucyjne, czy też pełnomocników podmiotów inicjujących kontrolę o charakterze abstrakcyjnym. Szkolenia prowadziła prof. Ewa Łętowska, sędzia w stanie spoczynku TK, oraz pracownicy TK.

Seminarium zorganizowała Komisja Praw Człowieka NRA, przy udziale Komisji Doskonalenia Zawodowego NRA.

\*

Okazją do spotkania integracyjnego adwokatów i aplikantów adwokackich były **XXIX Mistrzostwa Narciarskie Adwokatury**. (zob. s. 262–264).

\*

Po raz kolejny adwokaci wykazali się wrażliwością na ludzkie dramaty. Już w poniedziałek, po sobotniej katastrofie kolejowej w Szczekocinach na Śląsku, Okręgowe Rady Adwokackie w Katowicach i Częstochowie uruchomiły akcję udzielania bezpłatnej pomocy prawnej poszkodowanym i rodzinom ofiar wypadku. Wielu adwokatów i aplikantów adwokackich włączyło się też w akcję **Tygodnia Pomocy Ofiarom Przestępstw**, którą w tym roku przeprowadzono w dniach 20–25 lutego.

\*

**I Ogólnopolskie Konfrontacje Aplikantów Adwokackich** zgromadziły ponad 100 aplikantów z całej Polski. Na spotkaniu, które odbyło się w dniach 9–11 marca w Augustowie, najmłodszy członkowie adwokatury dyskutowali o praktycznych problemach związanych ze szkoleniami aplikanckimi. Gros czasu poświęcono na rozmowy o tzw. deregulacji. Efektem rozmów był list otwarty do Ministra Sprawiedliwości, w którym aplikanci sprzeciwiają się pomysłowi skrócenia aplikacji adwokackiej, argumentując, że w tak krótkim czasie nie zdobędą odpowiedniego doświadczenia i wiedzy. Młodzi palestranci zwrócili też uwagę na doprecyzowanie przepisów dotyczących możliwości podpisywania przez aplikanta adwokackiego pism procesowych w zakresie udzielonego mu przez adwokata upoważnienia do zastępowania w sprawie oraz na status aplikanta po odbyciu aplikacji. Uczestnicy Konfrontacji zauważyli też, że wielu aplikantów

nieposiadających umowy o pracę nie ma ubezpieczenia zdrowotnego. Wnioskowali do NRA o podjęcie negocjacji z firmami posiadającymi w swojej ofercie zdrowotne ubezpieczenia grupowe.

Joanna Sędek

Szczegółowe relacje z powyższych wydarzeń znajdują się na stronie [www.adwokatura.pl](http://www.adwokatura.pl)

## Wieczór magii Galicyjskiej Adwokatury, sztuki i kultury w Warszawie

W dniu 11 stycznia 2012 r. Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie, po zakończeniu obrad Plenarnego Posiedzenia NRA, przy nieocenionej pomocy adw. Stanisława Kłysa, Kolegi i Przyjaciela z Krakowskiej Adwokatury, zorganizowała wspólnie z Naczelną Radą Adwokacką spektakl teatralny sztuki Romana Brandstaettera pt. *Ja jestem Żyd z „Wesela”*.

Sala im. adw. Henryka Krajewskiego w siedzibie ORA w Al. Ujazdowskich 49 wypełniona była po brzegi znakomitą publicznością ze sfer adwokackich, sądowych i osób bliskich warszawskiej adwokaturze. Wyczuloną na odbiór dobrego widowiska teatralnego. Zanim jednak przejdę do relacji z tego wydarzenia z kręgu wysokiej kultury, tak ożywczej i wszystkim nam adwokatom dla wykonywania profesji niezbędnej, pozwolicie, że przypomnę Wam postać i osiągnięcia autora sztuki, już nieco przesłoniętą mgiełką szybko biegnącego czasu. Twórca, który przydał blasku okresowi sięgającemu jeszcze krakowsko-galicyjskiej adwokatury i Młodej Polski.

A zatem *ab ovo*. Roman Brandstaetter. Jeden z najwybitniejszych polskich pisarzy XX wieku, poeta, filozof, dramatopisarz, dyplomata. Jego niezwykle życiowe losy, decyzje, dramaty osobiste i przeżycia duchowe skreślił w zwartym, skondensowanym eseju Stanisław Stabro (w omówieniu sztuki *Ja jestem Żyd z „Wesela”*, dołączonym we wkładce do wydanej przez NRA płyty DVD).

Roman Brandstaetter urodzony w 1906 r. w Tarnowie, w ortodoksyjnej rodzinie o chasydzkim profilu religijnym. Od początku swej linii życiowej związany był z najszerzej pojmowaną polsnością. Ukończył świetne Gimnazjum w Tarnowie im. K. Brodzińskiego. Takie uczelnie średnie (świadomie używam słowa uczelnie) swoje zadania naukowe, wychowawcze, i przede wszystkim narodowe, mogły w owym czasie wykonywać tylko w Galicji, która od początku II połowy XIX wieku korzystała z niewątpliwych dobrodziejstw szerokiej autonomii politycznej. Galicja ówczesna, zarówno ta wschodnia ze Lwowem, jak i zachodnia z Krakowem, w swoich uczelniach wyższych stała się kuźnią dla przyszłej, niepodległej państwowości Polski wybitnych kadr: uczonych, polityków, administratorów, wojskowych – znakomicie i wszechstronnie wykształconych.

Roman Brandstaetter ukończył Wydział Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego, po czym wyjechał na stypendium rządowe do Paryża, gdzie uzyskał doktorat z filozofii w 1932 r. Jesienią 1939 r. znalazł się w Wilnie, skąd po wielu przygodach dotarł do Palestyny. Okres pobytu w Jerozolimie miał dla niego przełomowe znaczenie, gdyż wówczas przeszedł na wiarę katolicką. Dodać musimy, że w czasie wojny cała jego rodzina została wymordowana przez Niemców. Aktu konwersji religijnej na

katolicyzm dokonał w Rzymie w 1946 r. W latach 1947–1948 pracował we Włoszech, jako *attaché* kulturalny Ambasady Polskiej. Zainspirowany postacią św. Franciszka i pięknem Asyżu napisał wówczas prozatorskie *Kroniki Asyżu* (1947) oraz misterium *Teatr Świętego Franciszka* (1947). Po powrocie do Polski zamieszkał w Poznaniu, gdzie obejmował kolejno funkcję kierownika literackiego Teatru Polskiego, Opery im. Stanisława Moniuszki. Był już wówczas znanym pisarzem, członkiem Związku Literatów Polskich, potem Pen Clubu. Spuściznę literacką i dramatopisarską pozostawił obszerną i bardzo znaczącą.

Brandstaetter opublikował 27 sztuk, ponadto 14 tomów poezji, z debiutem poetyckim – tomikiem pt. *Jarzma*, wydanym w 1928 roku, w których żywa jest tradycja wynikająca z judaizmu, jak i chrześcijaństwa. Twórczość dramatyczna zaczęła się natomiast od utworu *Kupiec warszawski*, napisanego w latach 1940–1941 i wystawionego po raz pierwszy w Tel Awiwie w 1941 roku.

W wielu dziełach manifestowała się wyraziście podwójna tożsamość autora. Jak pisze Stanisław Stabro, pierwotna żydowska i wtórna polska, czego przykładem są *Pieśń o moim Chrystusie* i *Hymny Maryjne*. W latach 1967–1973 Brandstaetter napisał czterotomową powieść *Jezus z Nazaretu*, potem przetłumaczył cztery *Ewangelie*, *Dzieje Apostolskie*, *Apokalipsę* i *Listy św. Jana*. Jednym słowem gigant intelektualny tworzący utwory o różnej tematyce, w tym religijnej. Wynikało to zapewne z jego głębokich przeżyć osobistych.

Roman Brandstaetter, pisząc sztukę *Ja jestem Żyd z „Wesela”*, zauroczony był poezją Wyspiańskiego, jego *Weselem* w szczególności. Chciał mocno podkreślić związki łączące kulturę polską z kulturą żydowską. Uczynił to w znakomitych tekstach, malarsko obrazujących przebieg wesela poety Lucjana Rydla z dziewczyną z ludu, toczącego się początkowo w karczmie starego Hirscha Singera, a później w dworku szlacheckim. Problematyka *Wesela* była przedmiotem sporów paru pokoleń Polaków.

Czy *Wesele* było tylko satyrą na ówczesne społeczeństwo, drwiną z chłopomanstwa wykształconych sfer, czy poważną lekturą ubraną w poetycką formę, kreślącą los Polski i charakteryzującą Polaków? Zdając w czerwcu 1946 r. we Wrocławiu maturę, *Wesele* musiałem znać wszechstronnie. Dziś zapewne tak nie jest, a *Wesele* ginie wśród wielu innych lektur gimnazjalno-licealnego stopnia. Ongiś mieszkańcy Krakowa, i nie tylko, mówili *Weselem* całymi zdaniem. Nam, współczesnym, pozostał z *Wesela* przede wszystkim wyrazisty werset: „Miałeś, chamie, złoty róg, miałeś, chamie, czapkę z piór: czapkę wicher niesie, róg huką po lesie, ostał ci się ino sznur”. Jeżeli będzie tak, jak to się dzisiaj w szkołach dzieje, że programiści ministerialni okrawają nauki humanistyczne, historię sprowadzając prawie do zera, a liczy się tylko to, co tu i teraz, to w przyszłości możemy zapłacić za to gorzką cenę.

Sztuka *Ja jestem Żyd z „Wesela”* prawdopodobnie oparta została na prawdziwej historii, przekazanej autorowi przez poznanego w Jerozolimie podczas II wojny światowej adwokata pochodzącego z Krakowa nazwiskiem Waschütz. Ważny jest jednak pomysł sztuki, bo postać wspomnianego adwokata może być fikcyjna. Tu Brandstaetter nie zapomniał o doniosłej roli Adwokatury i adwokata w społeczeństwie.

Rozmowa koncypianta adwokackiego (aplikanta) Waschütza ze starym karcmarzem z Bronowic Małych odbyta parę lat po wystawieniu *Wesela* (1901 r.). Jest ona historią osobistego dramatu Hirscha Singera, który przyszedł do kancelarii adwokackiej z prośbą o pomoc prawną. Karcmarz oskarżył Wyspiańskiego, że ten *Weselem* odebrał mu do-

robek całego życia, jego godność osobistą, zrujnował go materialnie, zniszczył relację z ukochaną córką Pepą (pieszczotliwie zwaną przez ojca Pepką), z żoną Deborą, która całkowicie podzieliła racje Pepy. Wedle ojca Pepa na punkcie *Wesela* Wyspiańskiego, gdzie występuje pod postacią Racheli, całkowicie zwariowała. Była dumna, że wraz z ojcem „weszła do literatury”. W relacji ojca Pepa zrujnowała również siebie, „przestając z bohemą krakowską”. Paliła papierosy i piła alkohol z poetami, literatami, aktorami. Bywała z nimi w Jamie Michalikowej. Poila tych wydrwigroszy „na borg” (na kredyt) w karczmie, dokąd masowo się zjeżdżali z pobliskiego Krakowa. Owego kredytu nigdy nie zwracali, rujnując w ten sposób dorobek ojca. I wreszcie najgorsze – Pepa chciała się ochrzcić. Według karczmarza czekała jedynie z dokonaniem tego aktu na śmierć ojca, bo nie chciała mu zrobić przykrości. A to w relacji karczmarza, pobożnego Żyda żyjącego zgodnie z Pismem, stanowiło już o zatraceniu duszy. Stary karczmarz, rozmawiając o swoim dramacie z koncypieniem adwokackim, prosi go o wniesienie sprawy o rozwód. Wyjaśnia, że opuści rodzinę, zostawiając jej resztki majątku, i pójdzie do krakowskiego domu starców na Kazimierzu, gdzie dokona żywota.

Nie nam sądzić dramat Hirscha Singera. Była to na pewno największa klęska w życiu starego karczmarza, który nie godził się z „wejściem do literatury”. Po co mu ta literatura, ten cały Wyspiański? – żali się. Koncypient nawet rozważał, czy w świetle ówczesnego prawa austriackiego Wyspiański mógł za życia karczmarza umieścić go w roli *dramatis personae* swojego poematu.

Stary karczmarz Hirsch Singer zmarł w 1916 roku w Krakowie w domu opieki. Pepa Singer po wybuchu I wojny światowej wstąpiła do Legionów Polskich, została sanitariuszką i pielęgniarką w szpitalu wojskowym w Krakowie. Według jednego z autorów piszących na temat *Wesela* Pepa przyjęła chrzest w 1919 r., dla uczczenia powstania Polski Niepodległej. Przeżyła Zagładę, zmarła w Krakowie w 1955 r.

Ten genialnie opisany dramat rozgrywający się w kancelarii adwokackiej godzien jest obejrzenia przez każdego, a w szczególności adwokata. Rolę karczmarza gra znakomity aktor Narodowego Teatru Starego w Krakowie Jerzy Nowak, a koncypienta równie znakomity aktor Tadeusz Malak, jednocześnie reżyser.

Sztuka Brandstaettera od wielu lat grana jest w teatrach Warszawy oraz Krakowa i jest dobrze przyjmowana przez publiczność.

Na oczach widzów tego spektaklu, odegranego w siedzibie Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, w ciągu kilku minut zorganizowana została kancelaria adwokacka z wiszącym na ścianie portretem Najjaśniejszego Cesarza Franciszka Józefa. Rozpoczęła się godzinna rozmowa dwóch wyżej wspomnianych postaci. Jakiz to był popis gry aktorskiej najwyższej klasy. Jakimi głosami, gestami dramatycznymi okraszona. Zrozpaczony stary klient, któremu zawalił się świat, i racjonalny, bardzo delikatny adwokat. Czuło się w tym spektaklu, w sposób absolutnie ewidentny, klimat epoki Młodej Polski i ducha starej, dobrej, galicyjskiej adwokatury. Było w tym spektaklu nawet, jakby mimo woli, trochę humoru wpasowanego idealnie w koncepcję sztuki. Myślę, że dobrze zobaczyć ten spektakl nagrany sumptem Naczelnej Rady Adwokackiej. Płyta zawiera wzruszającą rozmowę śp. Pani Prezes Joanny Agackiej-Indeckiej z wicedyrektorem Teatru Starego w Krakowie.

Drugą część tego naprawdę magicznego wieczoru w siedzibie izby warszawskiej,



wypełniły występy artystów scen krakowskich. Koncert znakomity w wykonaniu Edyty Piaseckiej – sopran (Opera Krakowska), Stanisława Kufluka – baryton (Opera Krakowska), Doroty Imielowskiej – wiolonczela (Akademia Muzyczna w Krakowie), Marioli Cieniawy – fortepian (prof. Akademii Muzycznej w Krakowie), Łukasza Pawlikowskiego – wiolonczela. Artyści zagrali utwory Mozarta, Moniuszki i Wieniawskiego. Z uwagi na poświęteczny okres zaśpiewali też kilka kolęd. Koncert zakończyli wesołym oberkiem (jak pamiętamy, w *Weselu* tańczonym przez wszystkie stany).

We wkładce do wydanej przez NRA płyty znajduje się obszerna wypowiedź adwokata Andrzeja Michałowskiego, ówczesnego p.o. prezesa NRA. Zapewnia on, podobnie jak i śp. prezes NRA Joanna Agacka-Indecka, że sztuka teatralna *Ja jestem Żyd* z „*Wesela*” pokazuje wysoki poziom ideowy adwokatury i adwokata polskiego w szerokim wymiarze społecznym.

Ocieramy się ciągle o dramaty ludzkie, takie jak w sztuce Brandstaettera. Bierzymy udział w ich rozwiązywaniu i dlatego jako adwokaci jesteśmy społeczeństwu niezbędni.

*Andrzej Bąkowski*

## **XXIX Narciarskie Mistrzostwa Adwokatury, Krynica-Zdrój, 16–19 lutego 2012 r.**

W dniach 16–19 lutego 2012 r. w Krynicy-Zdroju już po raz XXIX odbyły się Narciarskie Mistrzostwa Adwokatury. Mistrzostwa narciarskie od kilku lat stanowią największą imprezę sportową Adwokatury. W poczuciu miłego i zaszczytnego obowiązku kontynuowania tradycji zimowych spotkań środowiska adwokackiego z całej Polski po raz trzeci organizatorem imprezy został dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Kielcach adw. Jerzy Zięba we współpracy z Komisją Integracji Środowiskowej, Sportu, Turystyki i Wypoczynku NRA, której przewodniczy adw. Stanisław Estreich.

Honorowy patronat nad Mistrzostwami objął prezes Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Andrzej Zwara. Miłym akcentem dla uczestników, podkreślającym rangę tej imprezy, była obecność członków Prezydium NRA.

Krynica-Zdrój, położona we wschodniej części Beskidu Sądeckiego, zwana jest „Perłą Uzdrowisk”. Otaczają ją zalesione wzgórza Góry Parkowej, Krzyżowej oraz Jasiennika. W okolicach znajduje się aż 16 rezerwatów przyrody. Głównym bogactwem naturalnym tej ziemi są wody mineralne. Klimat Krynicy-Zdroju ma cechy klimatu podalpejskiego, toteż wybór miejscowości na zawody narciarskie nie był przypadkowy. Szczególne walory tego niezwykłego miejsca na mapie Polski sprzyjają uprawianiu sportów zimowych i turystyki, a tym samym – świadomemu inwestowaniu we własne zdrowie.

W czasie mistrzostw panowały znakomite warunki narciarskie, zachwycały ośnieżone stoki Jaworzyny i Słotwin.

Uczestnicy Mistrzostw ogarnięci sportowymi emocjami rywalizowali w dwóch konkurencjach narciarskich: slalom gigant oraz bieg narciarski. Zawody zostały rozegrane na stokach Jaworzyny Krynickiej oraz na trasie biegowej w Słotwinach.

Pierwszego dnia na stoku Jaworzyny Krynickiej został rozegrany slalom gigant



w trzech grupach wiekowych kobiet, pięciu grupach wiekowych mężczyzn oraz grupach dla gości, podzielonych na dzieci, kobiety i mężczyzn.

Wśród pań najlepsze wyniki w swoich grupach wiekowych osiągnęły: adw. Lidia Znamirowska (Kraków), adw. Beata Woś (Rzeszów) i adw. Magdalena Brzozowska (Olsztyn). W slalomie z udziałem mężczyzn najlepsi w swoich kategoriach wiekowych byli: adw. Janusz Długopolski (Kraków), adw. Tomasz Karnkowski (Warszawa), adw. Rafał Kos (Kraków), adw. Przemysław Grzyb (Bielsko-Biała). Szczególny puchar trafił w ręce adw. Andrzeja Banaszkiwicza (Lublin), najstarszego uczestnika konkurencji narciarskich. Wśród gości sukcesy odnotowali: Daria Ratymirska i Tomasz Nawrot.

Najlepszy czas zawodów w slalomie gigancie wśród kobiet uzyskała adw. Lidia Znamirowska (49,66 sekundy) natomiast wśród mężczyzn adw. Rafał Kos (42,68 sekundy).

W slalomie gigancie konkurowały również dzieci, przy czym na szczególne wyróżnienie zasługują bliźniaczki z Kielc, Natalia i Aleksandra Kaleta, które mając zaledwie po 8 lat, osiągnęły znakomite czasy przejazdu. Nie sposób nie wspomnieć o równie dobrych rezultatach sportowych osiągniętych w tej kategorii wiekowej przez Katarzynę Indecką, Włodzimierza Mikke i Michała Jaroszczyka.

Slalom gigant zorganizowano również dla miłośników snowboardu. Najszybszą snowboardzistką była apl. adw. Julia Mlost (Kraków), a wśród panów najlepszy był adw. Wojciech Wyroba (Kraków). Wśród gości najlepszymi snowboardzistami okazali się Iga Banaszkiwicz i Stanisław Estreich jr., obydwójce z Lublina.

Kolejny dzień sportowcy spędzili na trasach biegowych Słotwin. W konkurencji biegowej najlepsze wyniki osiągnęły panie: adw. Agnieszka Schoen, adw. Beata Lorkowska i Justyna Mazur. Wśród mężczyzn do zwycięzców należeli adwokaci: Piotr Jasiejko, Cezary Lipko, Bartosz Łuć i Piotr Dorniak.

W klasyfikacji dwuboju najwięcej punktów w swoich kategoriach wiekowych uzyskali: adw. Agnieszka Joanna Schoen z izby krakowskiej, adw. Beata Lorkowska i adw. Justyna Mazur z izby bydgoskiej, adw. Andrzej Wosiński z izby łódzkiej, adw. Cezary Lipko z izby lubelskiej oraz adw. Bartosz Łuć i adw. Piotr Dorniak, obaj z izby wałbrzyskiej.

W klasyfikacji drużynowej Izba Adwokackich zwyciężyła puchar trafił do rąk dziekana ORA w Krakowie adw. Jana Kuklewicza. Warto zaznaczyć, że reprezentacja izby krakowskiej zasłużyła na I miejsce drużynowo. Następne medalowe miejsca w klasyfikacji drużynowej przypadły zespołom z izby lubelskiej i izby warszawskiej. W tegorocznych zmaganiach narciarskich łącznie zostało sklasyfikowanych 18 izb adwokackich.

W programie Mistrzostw poza zawodami sportowymi oraz imprezami o charakterze towarzyskim znalazło się również miejsce na szkolenie zawodowe. Osoby zainteresowane poszerzeniem swojej wiedzy z zakresu prawa miały możliwość wysłuchania interesujących wykładów adwokat Małgorzaty Gruszeckiej i profesora Krzysztofa Indeckiego.

W atmosferze karnawałowych zabaw wieńczących sportową rywalizację, przy muzyce, niedawni rywale i kibice, przebrani w wieczorowe stroje, uczestniczyli w ceremonii ogłoszenia wyników zawodów sportowych oraz wręczenia medali i pucharów. Zwycięzcy zawodów otrzymali nagrody rzeczowe ufundowane przez wydawnictwa C.H. Beck i Wolters Kluwer. Miłą niespodzianką dla wszystkich uczestników było uhonorowanie ich sportowych pasji okolicznościowym, zawieszonym na szarfie medalem ze słowami wyrażającymi ducha sportowej rywalizacji: „**dopóki walczysz – jesteś zwycięzcą**”.

Ta ogólnopolska impreza integrująca, a także propagująca sporty zimowe oraz ak-

tywny wypoczynek i zdrowy styl życia wśród członków palestry, cieszyła się ogromnym zainteresowaniem środowiska adwokackiego. W Mistrzostwach uczestniczyło blisko 350 osób. Po raz kolejny w miłym i sportowym nastroju spotkali się adwokaci i aplikanci adwokaccy, członkowie ich rodzin, narciarze i sympatycy sportów zimowych reprezentujący 18 izb adwokackich.

Pozostaje mieć nadzieję, że następne mistrzostwa spotkają się z równie licznym i entuzjastycznym odzewem ze strony środowiska adwokackiego.

*Jerzy Zięba*

# Głos aplikanta

Maciej Bocheński

## W KIERUNKU SPRAWIEDLIWOŚCI NAPRAWCZEJ

Pytania o cele oraz funkcje prawa i postępowania karnego – jakkolwiek przez wielu niedoceniane – stanowią niezwykle istotny element systemu prawa karnego. W toku historycznego rozwoju stały się kanwą dla formułowania rozmaitych koncepcji, teorii, idei i zasad, jak choćby postulatu kary kryminalnej jako „sprawiedliwej odpłaty” za wyrządzone zło, czy naczelnych zasad prawa karnego – m.in. *nullum crimen sine lege*. We wspomniane rozważania (o cele i funkcje prawa i procesu karnego) wpisuje się także pytanie o status pokrzywdzonego i odpowiednie ukształtowanie jego pozycji w toku postępowania. Odpowiednie to znaczy takie, które pozwoliłoby we właściwych proporcjach zabezpieczyć realizację interesów obu zważnionych stron konfliktu zainicjowanego przez przestępstwo, tj. ofiary przestępstwa i jego sprawcy.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę, że u zarania swojej historii stosowanie prawa karnego zawierało istotny pierwiastek „odszkodowawczy”. W pierwszej kolejności należy wskazać, że na najwcześniejszym etapie funkcjonowania (wtedy jeszcze – rzecz jasna – nieskodyfikowanego) prawa karnego wymiar sprawiedliwości sprowadzał się w większości przypadków do zainicjowania zemsty rodowej wobec sprawcy przestępstwa ze strony rodziny ofiary<sup>1</sup>. Owej „wróżdy” można jednak było nierzadko uniknąć poprzez zapłatę odpowiedniego „zadośćuczynienia”, na przykład w postaci główszczyzny (w prawie niemieckim *wehrgeld*) – w przypadku popełnienia przez sprawcę zabójstwa, nawiązki zaś w przypadku zranienia<sup>2</sup>. Zainicjowany naruszeniem norm i reguł postępowania w społeczeństwie konflikt ujawniał się zatem przede wszystkim na linii pokrzywdzony (lub jego rodzina) – sprawca. Jedynie w przypadku najpoważniejszych przestępstw, godzących w interesy ogółu, to cała społeczność była zainteresowana ściganiem i ukaraniem sprawcy – na przykład poprzez wygnanie go i przydanie statusu „wyjętego spod (ochrony) prawa”<sup>3</sup>. W późniejszych etapach rozwoju państwowości pra-

<sup>1</sup> Zob. m.in. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 152, 157–158, 164; oraz K. Sójka-Zielińska, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2000, s. 17–18, 154–156.

<sup>2</sup> L. Falandysz, *Wiktymologia*, Warszawa 1979, s. 8–12.

<sup>3</sup> J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju*, s. 75.

wo karania sprawców najpoważniejszych wystąpień przeciwko porządkowi i pokojowi społecznemu oraz przeciwko interesom gospodarczym państwa przysługiwało władcy, który jednak w pozostałym zakresie (tj. w przypadku pomniejszych przestępstw, wymierzonych jedynie przeciwko jednostce) właściwie nie ingerował, pozostawiając rozwiązanie spowodowanego przestępstwem konfliktu jego stronom, tj. pokrzywdzonemu oraz sprawcy<sup>4</sup>. Z czasem jednak realizacja *ius puniendi* w coraz szerszym zakresie, systematycznie, stawała się domeną władzy, która wreszcie zawłaszczyła ten konflikt zupełnie<sup>5</sup>.

Jakkolwiek pozostawienie prawa karania sprawców przestępstw w rękach władzy państwowej nie budzi obecnie większych wątpliwości, to jednak warto zwrócić uwagę na poglądy, które kwestionują zasadność takiego rozwiązania. Przykładem takiego spojrzenia mogą być koncepcje Nielsa Christie – przedstawiciela nurtu abolicjonistycznego we współczesnej kryminologii – kierunku domagającego się likwidacji prawa karnego jako instrumentu kontroli społecznej<sup>6</sup>. Zdaniem wspomnianego autora przestępstwo jest pewną szczególną formą konfliktu, który w dawnych czasach rozgrywał się jedynie pomiędzy jego stronami, tj. sprawcą przestępstwa i jego ofiarą, i to do nich należało jego rozwiązanie. Rozwój nowoczesnej państwowości oraz systemów wymiaru sprawiedliwości spowodował, że konflikty te (i ich rozwiązywanie) zostały „zawłaszczone” przez państwo. Odejście od zemsty rodowej i rozmaitych form negocjacji odszkodowania Christie uważa za zjawisko negatywne – na skutek owego „zawłaszczenia” państwo zaczęło bowiem stosować wobec sprawców represję, która nie tylko nie rozwiązuje problemu przestępczości i rodzi wiele negatywnych konsekwencji ubocznych, ale nie daje także najczęściej żadnej korzyści, satysfakcji czy rekompensaty ofierze. Stąd postulat o zwrot tych konfliktów zainteresowanym stronom<sup>7</sup>. Jakkolwiek przedstawiony powyżej pogląd wydaje się nie być obecnie możliwy do urzeczywistnienia, to jednak skłania on do zastanowienia nad istotą niektórych przestępstw i do udzielenia odpowiedzi na pytanie, jakie i czyje interesy zostają w istocie naruszone przez dane przestępstwo. To z kolei prowadzi do konieczności rozważenia zagadnień związanych ze znaczeniem i rolą pokrzywdzonego w toku postępowania karnego. Wspomniane kwestie leżą w spektrum zainteresowania jednej z gałęzi kryminologii, tj. wiktymologii.

W nurcie praktycznym wspomnianej gałęzi wiedzy niepoślednie miejsce zajmuje właśnie działalność na rzecz odpowiedniego, tj. korzystnego dla ofiar, ukształtowania procedur w procesie wymiaru sprawiedliwości. Tradycyjne pojmowanie ofiary przestępstwa jako źródła dowodu (świadka) lub jako podmiotu, którego inicjatywa konieczna jest do wszczęcia postępowania karnego, trafnie podsumował R. Abel: „ofiara przestępstwa stała się pewnym kłopotliwym anachronizmem – koniecznym, by wszcząć postępowanie, natomiast niezbyt wygodnym w dalszej jego części”<sup>8</sup>. Istotnie, sprowadzenie ofiary do roli inicjatora postępowania i/lub świadka (ewentualnie oskarżyciela

<sup>4</sup> K. Sójka-Zielińska, *Powszechna historia*, s. 168–169.

<sup>5</sup> L. Falandysz, *Wiktymologia*, s. 16–17; K. Sójka-Zielińska, *Powszechna historia*, s. 180–181.

<sup>6</sup> K. Krajewski, *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Dom Wydawniczy ABC 1994, s. 133.

<sup>7</sup> J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2001, s. 164.

<sup>8</sup> R. Abel, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Nowy Jork 1998, za: J. M. Balboni, *Balanced and Restorative Justice. Reengaging the Victim in the Justice Process*, (w:) J. M. Sgarzi, J. McDevitt, *Victimology. A Study of Crime Victims and Their Roles*, New Jersey: Prentice Hall 2003, s. 371.

posiłkowego) nie stanowiło wystarczającego zabezpieczenia interesów ofiary w procesie wymiaru sprawiedliwości. Wielokrotnie bowiem dochodziło do sytuacji, w której ofiara nie tylko nie uzyskiwała w toku postępowania wystarczającego zabezpieczenia swoich interesów, ale wręcz doznawała wielu negatywnych konsekwencji związanych ze swoim udziałem w procesie, określanymi zjawiskiem „wtórnej wiktyimizacji”<sup>9</sup>. Dlatego też zwracano w nauce wiktyimologii uwagę na konieczność takiej reorganizacji procesu karnego, która zapewniłaby większe uwzględnienie interesów ofiary już od pierwszego momentu postępowania karnego, tj. od momentu zgłoszenia przestępstwa policji i złożenia pierwszych zeznań.

Koncepcją, która wychodzi naprzeciw oczekiwaniom ofiar, wydaje się tzw. system sprawiedliwości naprawczej. Podkreśla się bowiem, że nierzadko naczelnym celem ofiary nie jest doprowadzenie do wymierzenia sprawcy dolegliwości w postaci dotkliwej kary. Zdecydowanie większą wartość ma dla niej restytucja, a więc naprawienie szkody, jaką ofiara poniosła poprzez przestępne działania sprawcy oraz ewentualne zadośćuczynienie za doznane krzywdy i cierpienia<sup>10</sup>. Oczywiście kwestie te mogłyby być z powodzeniem przedmiotem postępowania cywilnego, takie jednak ukształtowanie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości z całą pewnością nie zaspokajałoby praw i potrzeb ofiar przestępstw. Idea sprawiedliwości naprawczej bazuje przede wszystkim na dobrowolnej (z obu stron) chęci zażegnania stworzonego przez przestępstwo konfliktu między sprawcą a ofiarą. Wskazuje się bowiem, że funkcjonujące systemy oparte na idei sprawiedliwości retributywnej konflikt ten jedynie potęgują, m.in. poprzez wyraźne przeciwstawienie w postępowaniu karnym pozycji oskarżonego i pokrzywdzonego. Wyrok skazujący sprawcę przestępstwa rzadko kiedy stanowił rzeczywiste wyrównanie szkód poniesionych przez ofiarę, podczas gdy to właśnie taki finał postępowania karnego miałby dla pokrzywdzonego lub jego rodziny największą wartość<sup>11</sup>.

Instytucjami, jakie stosowane są w celu realizacji idei sprawiedliwości naprawczej, są m.in. mediacja, koncyliacja, arbitraż, pojednanie sprawcy z ofiarą, przeproszenie pokrzywdzonego, ustalenie w drodze mniej lub bardziej formalnych negocjacji sposobu naprawienia szkody, nierzadko także włączenie sprawcy w pewien system prac społecznie użytecznych na rzecz lokalnej społeczności. Istotą tych metod, nazywanych często (szczególnie w odniesieniu do mediacji, koncyliacji i arbitrażu) alternatywnymi sposobami rozwiązywania sporów (ang. ADR – *Alternative Dispute Resolution*), jest najczęściej ich nieformalny lub w każdym razie odformalizowany charakter, z ograniczoną do minimum kontrolą sądową. Zastrzec jednak należy, że wyżej wspomniane metody stosowane są przede wszystkim do przestępstw mniej poważnych, tj. takich, w których na pierwszym planie w sposób bezsporny znajduje się wyrządzenie ofierze pewnej szkody lub krzywdy, a więc takich, gdzie przestępstwo stanowi w największej mierze wystąpienie przeciwko interesom zindywidualizowanej osoby, a nie przeciwko pewnym interesom państwa i społeczeństwa jako całości<sup>12</sup>.

W kontekście zaprezentowanych wyżej argumentów warto zwrócić uwagę, że zain-

<sup>9</sup> E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Jak postępować z ofiarami przestępstw. Poradnik dla praktyków*, Białystok 1992, s. 8.

<sup>10</sup> A. Karmen, *Crime victims: an introduction to victimology*, Belmont 2010, s. 397.

<sup>11</sup> J. M. Balboni, *Balanced and Restorative Justice*, s. 371–373.

<sup>12</sup> A. Karmen, *Crime victims*, s. 397–399.

teresowanie prawami i potrzebami ofiary w postępowaniu karnym nie stanowi jedynie przedmiotu dyskursu akademickiego. Zaznacza się ono silnie także na arenie międzynarodowej, czego efektem są liczne dokumenty (o zróżnicowanej mocy wiążącej) dotyczące statusu i pozycji ofiar przestępstw w procesie wymiaru sprawiedliwości. Warto w tym miejscu wspomnieć w pierwszej kolejności dokumenty ustanawiające standardy Rady Europy w omawianym zakresie. Pierwszym aktem prawnym o znacznej doniosłości zajmującym się analizowaną problematyką była Europejska konwencja o kompensacji dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy z 24 listopada 1983 r. wraz z Raportem wyjaśniającym do niej. Konwencja ta (nieratyfikowana przez Polskę) obligowała państwa-strony między innymi do zapewnienia kompensacji państwowej, w przypadku gdy nie jest możliwe uzyskanie jej od sprawcy lub z innych źródeł, ofiarom przestępstw popełnionych z użyciem przemocy oraz osobom pozostającym na utrzymaniu tych osób, które w wyniku przestępstwa poniosły śmierć. W następnych latach Rada Europy wydała kolejne regulacje odnoszące się do sytuacji ofiary przestępstwa, tj. Zalecenie nr R (85)11 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie pozycji ofiary w ramach prawa i procesu karnego, przyjęte przez Komitet Ministrów 28 czerwca 1985 r. oraz Zalecenie nr R (87)21 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie pomocy dla ofiar i zapobiegania wiktyimizacji, przyjęte 17 września 1987 r. Oba wspomniane dokumenty wskazywały konieczność prowadzenia badań nad systemami mediacyjnymi, pojednawczymi oraz skutecznością przepisów mających wpływ na sytuację pokrzywdzonego we wspomnianym zakresie. W drugim z wymienionych dokumentów szczególnie mocno akcentowano potrzebę podejmowania konkretnych działań na rzecz ofiar przestępstw, a w szczególności stworzenie regulacji pozwalających na zaspokajanie bezpośrednich potrzeb ofiary, w tym także pomoc w zakresie uzyskania kompensacji lub odszkodowania. Jakkolwiek we wskazanych wyżej aktach normatywnych nie podkreślano wprost konieczności zagwarantowania w krajowych porządkach prawnych regulacji obejmujących konsensualne sposoby zakończenia postępowania karnego, to jednak silne akcentowanie kwestii odszkodowania/kompensacji dla ofiary świadczy o dostrzeżeniu na arenie międzynarodowej potrzeby zaspokojenia interesów pokrzywdzonego w postępowaniu karnym.

Silny akcent na konieczność zapewnienia ofiarom przestępstw możliwości uzyskania odszkodowania położono także w Deklaracji podstawowych zasad wymiaru sprawiedliwości odnoszących się do ofiar przestępstw i nadużyć władzy, przyjętej Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 40/34 z 29 listopada 1985 r. Podkreślono w niej, że: „powinny zostać ustanowione, lub wzmocnione, w sytuacjach gdy jest to potrzebne, odpowiednie mechanizmy sądowe i administracyjne w celu umożliwienia ofiarom uzyskania odszkodowania poprzez formalne lub nieformalne procedury, które powinny być szybkie, sprawiedliwe, niedrogie i dostępne”. Wskazano także w omawianym dokumencie powinność naprawienia przez sprawcę przestępstwa szkody, którą ofiara (lub jej rodzina) poniosła wskutek przestępstwa, a gdyby to było niemożliwe – konieczność zapewnienia przez państwo finansowego wyrównania tych szkód (jednak tylko w odniesieniu do ofiar określonej, ograniczonej grupy przestępstw).

Wobec coraz ściślejszej integracji w coraz liczniejszych sferach także Unia Europejska wykazuje pewne zainteresowanie problematyką ofiar przestępstw. Wspomnieć należy choćby o Dyrektywie Rady 2004/80/WE (Dz.U. UE L.04.261.15) z 29 kwietnia



2004 r. odnoszącej się do kompensaty dla ofiar przestępstw, jak również o decyzji ramowej Rady z 1 marca 2001 r. (Dz.U. UE L.01.82.1) w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym. Wspomniany akt normatywny zawiera zalecenia dla państw członkowskich wprowadzenia do ich ustawodawstw regulacji zapewniających ofiarom przestępstw prawo do szacunku i poszanowania ich interesów, do wypowiedzenia się i dostarczania dowodów, do otrzymywania informacji, do ochrony oraz zwrotu kosztów postępowania. Na szczególną uwagę zasługuje w przypadku omawianego aktu art. 9, przewidujący prawo ofiary do naprawienia w rozsądnym okresie poniesionej przez nią szkody – bądź to przez samego sprawcę przestępstwa, bądź – jeśli prawo krajowe to umożliwi – w inny sposób. W art. 9 ust. 2 wprost wskazano, że: „każde państwo członkowskie podejmuje właściwe środki dla zachęcenia przestępcy do naprawienia szkody wyrządzonej ofiarom”. W art. 10 decyzji zwrócono uwagę na zasadność i celowość wprowadzenia do porządku prawnego państw członkowskich mediacji i uwzględniania jej wyniku w postępowaniu karnym. Jakkolwiek decyzja ramowa nie wskazuje w większości konkretnych rozwiązań koniecznych do wprowadzenia w poszczególnych państwach, to jednak prezentuje pożądany kierunek harmonizacji prawa w zakresie ochrony ofiar przestępstwa.

Swoją aprobatę i wsparcie dla idei sprawiedliwości naprawczej wyraził także Senat RP w uchwale z 3 czerwca 2004 r. w sprawie polityki karnej w Polsce. Wskazano w niej m.in., że: „Nowa polityka karna powinna być oparta na idei sprawiedliwości naprawczej, zgodnie z którą postępowanie karne nie koncentruje się na odwecie, lecz zmierza do zadośćuczynienia pokrzywdzonemu i społeczności oraz do poprawy sprawcy. Najlepszymi środkami realizacji idei sprawiedliwości naprawczej są kary nieizolacyjne, związane z poddaniem sprawcy okresowi próby, w którym powinien on wypełnić nałożone nań przez właściwy organ obowiązki. Spośród tych obowiązków najważniejsze powinno być naprawienie szkody i krzywdy moralnej wyrządzonej pokrzywdzonemu”<sup>13</sup>.

Należy wspomnieć także o działalności legislacyjnej na rzecz ofiar przestępstw w Polsce, która znakomicie wpisuje się w ramy międzynarodowej współpracy na rzecz poprawy sytuacji osób pokrzywdzonych przestępstwem. Trzeba w tym kontekście wskazać opracowaną i przyjętą w 1999 roku Polską Kartę Praw Ofiary. Dokument ten zawiera najważniejsze postulaty dotyczące uprawnień ofiar przestępstw, odpowiedniego ukształtowania ich pozycji w postępowaniu karnym oraz zapewnienia ochrony w innych dziedzinach (np. w kontekście publikacji prasowych dotyczących zaistnienia przestępstwa). Jakkolwiek wspomniany dokument nie ma charakteru aktu prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie niewiążącej deklaracji, to jednak wiele jego postanowień znajduje swoje odzwierciedlenie w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, regulujących status ofiary w postępowaniu karnym.

W świetle przedstawionych powyżej argumentów nie powinno budzić wątpliwości, że budując lub też reformując systemy wymiaru sprawiedliwości w duchu idei sprawiedliwości naprawczej (restytutywnej), mamy do czynienia z procesem, w którym pozycja procesowa ofiary określona i ukształtowana jest zgoła odmiennie niż w tradycyjnym procesie karnym, tj. ukierunkowanym na ukaranie sprawcy, a w ofierze widzącym je-

<sup>13</sup> Uchwała Senatu RP z 3 czerwca 2004 r. w sprawie polityki karnej w Polsce, „Monitor Polski” z 15 czerwca 2004 r., poz. 26, nr 431.

dynie świadka zdarzenia. Mamy zatem do czynienia z pewnym przejściem od polityki skierowanej na przestępstwo do polityki zorientowanej na ofiarę<sup>14</sup>.

Realizację wielu z zaprezentowanych wyżej postulatów stanowią propozycje zawarte w opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw. O ile instytucja mediacji została wprowadzona do Kodeksu postępowania karnego z dniem 1 lipca 2003 r.<sup>15</sup>, a w projekcie nowelizacji k.p.k. zmiana obejmuje dodanie referendarza sądowego, jako osobę uprawnioną do skierowania sprawy do mediacji, o tyle rozwiązanie zaproponowane przez Komisję Kodyfikacyjną w art. 23b stanowi interesujące *novum*, wymagające bliższego omówienia. Wspomniany przepis miałby mieć w założeniu projektu następującą treść:

„Art. 23b § 1. Postępowanie w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3 można umorzyć za zgodą pokrzywdzonego, jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji oskarżony pojednał się, w szczególności w wyniku mediacji, z pokrzywdzonym i naprawił szkodę wyrządzoną przez przestępstwo lub zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie, a nie sprzeciwia się temu interesowi sprawiedliwości.

§ 2. W postępowaniu przygotowawczym postanowienie wydaje prokurator po zabezpieczeniu dowodów.

§ 3. Postępowanie w sprawie można podjąć, jeżeli w okresie 2 lat od uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania oskarżony popełnił przestępstwo umyślne na szkodę tego samego pokrzywdzonego, za które został następnie prawomocnie skazany, nie później jednak niż w ciągu 3 lat od daty prawomocnego umorzenia postępowania.

§ 4. W przedmiocie podjęcia postępowania postanowienie wydaje sąd lub prokurator, który je umorzył.

§ 5. Na postanowienie w przedmiocie podjęcia postępowania przysługuje zażalenie”.

Jak podkreślono w uzasadnieniu omawianego projektu: „od dawna zgłaszano postulat, aby pozytywne zakończenie mediacji przewidzianej w art. 23a k.p.k. przekładało się na sposób zakończenia postępowania karnego. Uzasadnieniem tych postulatów było twierdzenie, iż unicestwienie sporu pomiędzy sprawcą przestępstwa a jego ofiarą w wielu wypadkach czyni niecelowym karanie sprawcy”<sup>16</sup>. Rozwiązaniem proponowanym przez Komisję jest wprowadzenie nowej podstawy umorzenia postępowania (przygotowawczego i sądowego) w sprawach o występkach zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3. Taka możliwość byłaby otwarta w sytuacji, gdyby przed rozpoczęciem przewodu sądowego doszło do pojednania się pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzonym i naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody (lub zadośćuczynienia uczynionej krzywdzie). Osiągnięcie takiego pojednania mogłoby, w założeniu projektowanego przepisu, nastąpić zarówno

<sup>14</sup> E. Bieńkowska, C. Kulesza, *Jak postępować*, s. 11.

<sup>15</sup> Art. 23a k.p.k. został dodany ustawą z 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2003 r. nr 17, poz. 155), zmieniającej k.p.k. z dniem 1 lipca 2003 r.

<sup>16</sup> Fragment uzasadnienia projektu, s. 10.

w toku mediacji prowadzonej na podstawie art. 23a k.p.k., jak i poza taką mediacją. Należy także zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do warunkowego umorzenia postępowania na podstawie art. 66 k.k., umorzenie postępowania na podstawie projektowanego art. 23b k.p.k. będzie mogło nastąpić jedynie w przypadku pojednania i naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę, nie byłoby natomiast wystarczające jedynie uzgodnienie sposobu naprawienia szkody. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu: „jest zrozumiałe, że ograniczenie to [konieczność naprawienia szkody – M. B.] wykluczy stosowanie nowej instytucji w sprawach o wiele przestępstw, niemniej Komisja doszła do przekonania, że celowe jest wyeliminowanie konieczności prowadzenia chociaż części postępowań w sytuacji zażegnania konfliktu”<sup>17</sup>.

Warto jednak zwrócić uwagę, że projektowana instytucja zawiera unormowanie chroniące interes pokrzywdzonego niejako „podwójnie”. Z jednej strony bowiem do skorzystania z omawianej instytucji byłoby konieczne – co zostało wyżej wspomniane – naprawienie szkody (lub zadośćuczynienie krzywdzie), z drugiej zaś umorzenie postępowania na podstawie art. 23b k.p.k. będzie miało w pewnym zakresie charakter probacyjny. Nawet bowiem ostateczne zakończenie konfliktu pomiędzy sprawcą a ofiarą przestępstwa, w postaci naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę, nie daje przecież gwarancji, że konflikt ów nie odrodzi się w przyszłości. W związku z tym przewidziano w art. 23b § 3 k.p.k. możliwość podjęcia postępowania, jeżeli w okresie 2 lat od uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania oskarżony popełnił przestępstwo umyślne na szkodę tego samego pokrzywdzonego, za które został następnie prawomocnie skazany, nie później jednak niż w ciągu 3 lat od daty prawomocnego umorzenia postępowania. Na postanowienie sądu lub prokuratora w przedmiocie podjęcia będzie przysługiwało zażalenie (art. 23b § 4 i 5 k.p.k.).

Do omówionej propozycji Komisji Kodyfikacyjnej należy odnieść się z pełną aprobatą. Stanowi ona niewątpliwie dostrzeżenie postulatów wysuwanych w nauce wiktymologii oraz aktach prawa międzynarodowego o potrzebie lepszego zabezpieczenia interesów ofiary w procesie karnym. Jest także realizacją powszechnie formułowanego postulatu o „rozszerzenie zakresu wykorzystania instytucji procesowych, które wprowadzone do systemu wraz z nowym kodeksem w 1998 r., a następnie istotnie zmodyfikowane nowelą z dnia 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155), przyczyniły się w istotny sposób do zwiększenia efektywności postępowania, bez szkody dla realizacji gwarancji procesowych oskarżonego i pokrzywdzonego”<sup>18</sup>.

Projektowana instytucja stanowi niezaprzeczalnie krok w dobrym kierunku w zakresie zabezpieczenia interesów pokrzywdzonego w procesie, stanowiąc jednocześnie propozycję wyważoną i rozsądną. Kształt przyjętej regulacji wydaje się bowiem stanowić dla obu stron wywołanego przestępstwem konfliktu przekonujące uzasadnienie dla zakończenia sporu w sposób konsensualny. W ocenach proponowanej regulacji mogą pojawić się zarzuty, że rozwiązanie przyjęte ostatecznie przez Komisję Kodyfikacyjną jest zbyt ostrożne, poprzez uczynienie z instytucji przewidzianej w art. 23b k.p.k. kolejnej instytucji o charakterze probacyjnym. Zapewne zdaniem niektórych komentatorów wygaszenie pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą konfliktu zaistniałego na tle

<sup>17</sup> Tamże.

<sup>18</sup> Tamże, s. 8.

konkretnego czynu powinno przyjąć kształt bezwarunkowego umorzenia postępowania, a czyn popełniony przez sprawcę nie powinien dłużej znajdować się w spektrum zainteresowania organów wymiaru sprawiedliwości. Argumentów tych nie sposób nie doceniać. Nie ma bowiem wątpliwości, że przy spojrzeniu na omawianą instytucję i jej cele z perspektywy konkretnego czynu, stanowiącego naruszenie prawa, w przypadku dokonanego naprawienia szkody konflikt pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym na tle tego konkretnego zdarzenia zostaje wygaszony, a cele postępowania karnego zrealizowane. Zdaniem zwolenników koncepcji bezwarunkowego charakteru umorzenia postępowania opisanego w proponowanym art. 23b k.p.k. brak jest zatem racji przemawiających za *de facto* probacyjnym charakterem tej instytucji. Należy jednak z całą mocą podkreślić, że rozwiązanie przyjęte przez Komisję Kodyfikacyjną niezaprzeczalnie stanowi silniejsze zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego, który uzyskuje nie tylko naprawienie poniesionej szkody, ale też w pewnym stopniu zabezpieczenie, że konflikt pomiędzy nim a sprawcą nie odrodzi się w przyszłości.

Konkludując powyższe rozważania, godzi się wskazać, że proponowana w projekcie instytucja umorzenia postępowania, przewidziana w art. 23b k.p.k., stanowi realizację formułowanych od dawna w nauce i aktach prawa międzynarodowego postulatów realizacji w postępowaniu karnym idei sprawiedliwości naprawczej i związanego z nią silniejszego zabezpieczenia interesów (przede wszystkim majątkowych) pokrzywdzonego. Także przyjęty kształt projektowanej regulacji pozwala wysuwać przypuszczenie, że w razie wejścia zaproponowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego nowelizacji w życie instytucja z art. 23b k.p.k. mogłaby znaleźć szersze zastosowanie w praktyce, albowiem niezaprzeczalnie stanowi ona istotne, a przy tym korzystne dla obu „zwaśnionych” stron, z uwagi na możliwie pełną realizację ich interesów, rozszerzenie możliwości konsensualnego zakończenia sporu, bez potrzeby angażowania się w często długotrwałą i żmudny proces sądowy.

Omówiona wyżej instytucja umorzenia postępowania przewidziana w art. 23b k.p.k. stanowi jednak tylko jeden z przejawów stanowiska Komisji Kodyfikacyjnej w zakresie realizacji postulatów sprawiedliwości naprawczej i rozszerzenia tzw. „konsensualizmu procesowego”. Postulaty o rozszerzenie zakresu wykorzystania instytucji procesowych, które zostały wprowadzone do systemu wraz z nowym kodeksem w 1998 r., a następnie istotnie zmodyfikowane nowelą z 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155), były bowiem powszechnie formułowane, jako że instytucje te przyczyniły się w istotny sposób do zwiększenia efektywności postępowania, bez szkody dla realizacji gwarancji procesowych oskarżonego i pokrzywdzonego.

Warto zatem pokrótce omówić także i zawarte w projekcie propozycje Komisji dotyczące rozszerzenia zakresu zastosowania instytucji wniosku o skazanie bez rozprawy i wniosku o dobrowolne poddanie się karze, obejmujących również odformalizowanie postępowania w przedmiocie obydwu wniosków.

W omawianej propozycji zawarto zmianę mającą umożliwić stosowanie instytucji wniosku o skazanie bez rozprawy za wszystkie występki (art. 335 § 1 k.p.k.). W uzasadnieniu projektu trafnie odwołano się do faktu, że zakres przedmiotowy spraw, w jakich wskazana instytucja może być stosowana, był stopniowo poszerzany. W 1997 r. przyjęto, że chodzić ma tylko o występki zagrożone karą pozbawienia wolności do 5 lat, w 2003 r.

objęto tą instytucją sprawy o czyny zagrożone taką karą do 10 lat. Rozwiązanie proponowane w projekcie sugeruje objęcie nią wszystkich występków, bez względu na zagrożenie (tzn. także tych z zagrożeniem do 12 lat, gdyż innego tu nie ma). Istotniejszą zmianą z punktu widzenia pokrzywdzonego, zmierzającą w kierunku urealnienia jego gwarancji procesowych, jest natomiast doprecyzowanie przepisu art. 343 k.p.k., w którym będzie miał zagwarantowane prawo sprzeciwu wobec wydania wyroku bez przeprowadzenia rozprawy (nowy § 3a), a także wyraźne zapisanie w § 3b, że sąd może uzależnić uwzględnienie wniosku od dokonania w nim wskazanej przez siebie zmiany, zaakceptowanej przez oskarżonego. Odnosząc się w tym miejscu do zaprezentowanego projektu zmian, należy wskazać, że z punktu widzenia pokrzywdzonego proponowany art. 343 § 3a k.p.k. stanowi istotne *novum*, które w wydatny sposób zwiększa rolę i znaczenie pokrzywdzonego, a także przyczynia się do lepszej ochrony jego interesów. Warto bowiem zwrócić uwagę, że w chwili obecnej, na mocy art. 343 § 3 k.p.k., to sąd, a nie pokrzywdzony, jest wyposażony w kompetencję do podjęcia decyzji o uzależnieniu uwzględnienia wniosku od naprawienia szkody w całości albo w części lub od zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Wprowadzenie zmiany proponowanej przez Komisję, a przynajmniej pokrzywdzonemu prawo do wniesienia sprzeciwu wobec wydania wyroku bez przeprowadzenia rozprawy, sprawi, że pokrzywdzony i jego interesy nie będą w tym zakresie jedynie „przedmiotem” rozważań sądu, lecz uzyskają pełne zabezpieczenie poprzez możliwość wyrażenia wiążącego stanowiska odnośnie do określonego rozstrzygnięcia.

Przechodząc następnie do instytucji określanej mianem dobrowolnego poddania się karze, projekt zakłada, że ma ona być dopuszczalna w sprawach o wszystkie przestępstwa (art. 387 k.p.k.). Pewną nowością o charakterze proceduralnym w sytuacji dobrowolnego poddania się karze jest możliwość uwzględnienia wniosku oskarżonego na posiedzeniu (podobnie jak obecnie jest to w postępowaniu uproszczonym), jeżeli wniosek zgłoszony został przed doręczeniem mu zawiadomienia o terminie rozprawy (art. 338a k.p.k.). W takim wypadku wniosek będzie kierowany na posiedzenie (art. 339 § 1 pkt 4 k.p.k.), w którym będą mogły wziąć udział strony i pokrzywdzony (art. 343a k.p.k.). Taki sposób procedowania przewidziany jest jednak jedynie wówczas, gdy wniosek dotyczy występkę. W wypadku gdy dotyczy zbrodni, kierowany będzie do rozpoznania na rozprawie.

Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu: „proponuje się także, aby – podobnie jak w przypadku skazania bez rozprawy w trybie określonym w art. 343 k.p.k. – także i w przypadku dobrowolnego poddania się karze możliwe było zastosowanie dobrodziejstw związanych z jej wymiarem w zakresie szerszym, niż przewidują to uregulowania Kodeksu karnego. Dotyczyć to ma jednak jedynie nadzwyczajnego złagodzenia kary, niezależnie od podstaw przewidzianych w art. 60 § 1–4 k.k., przy czym w przypadku zbrodni z dobrodziejstwa tego oskarżony będzie mógł skorzystać jedynie wówczas, gdy wniosek złoży przed doręczeniem mu zawiadomienia o terminie rozprawy (art. 387 § 4 k.p.k.). Takie zróżnicowanie dobrodziejstw, z których oskarżony może skorzystać, powinno stymulować go do podejmowania decyzji, które z jednej strony dobrze chronić będą jego własne interesy, z drugiej zaś oszczędzą wymiarowi sprawiedliwości niepotrzebnej pracy”<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Tamże, s. 9–10.

W przypadku instytucji z art. 387 k.p.k. interesy pokrzywdzonego już w chwili obecnej są należycie chronione poprzez uregulowanie zawarte w § 2 *in fine* komentowanego przepisu, że: „uwzględnienie wniosku jest możliwe jedynie wówczas, gdy nie sprzeciwia się temu prokurator, a także pokrzywdzony należycie powiadomiony o terminie rozprawy oraz pouczony o możliwości zgłoszenia przez oskarżonego takiego wniosku”. Zapis ten został powtórzony w niezmienionym kształcie w projekcie.

Zaprezentowane w niniejszym artykule propozycje zmian Kodeksu postępowania karnego w zakresie realizacji postulatu sprawiedliwości naprawczej i rozszerzenia konsensualizmu procesowego należy ocenić pozytywnie, jako regulację spójną i kompleksową. Odpowiednie ukształtowanie omówionych instytucji z dużym prawdopodobieństwem pozwoli z jednej strony na odciążenie wymiaru sprawiedliwości, z drugiej zaś na odpowiednie zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego i oskarżonego. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu, w odniesieniu do instytucji z art. 335 k.p.k. dzięki proponowanym zmianom „jest nadzieja na zwiększenie roli instytucji skazania bez rozprawy”<sup>20</sup>. Wydaje się, że konstatacja ta jest także aktualna w stosunku do pozostałych omówionych wyżej instytucji.

W chwili obecnej pozostaje zatem jedynie mieć nadzieję, że projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego autorstwa Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego nie stanie się na skutek zbliżających się wyborów parlamentarnych i zasady dyskontynuacji prac ustawodawczych jedynie pomnikiem prawa o charakterze teoretycznym (a z czasem historycznym), ale wejdzie w życie, walnie przyczyniając się do uporządkowania ustawy karnej procesowej i stworzenia względnie spójnego modelu postępowania karnego w Polsce.

---

<sup>20</sup> Tamże, s. 9.



Monika Magdalena Dębska

## FREDROWSKIEJ ZEMSTY, MOCIUM PANIE, ASPEKTY PRAWNE

W 1834 roku we Lwowie po raz pierwszy wystawiono komedię Aleksandra Fredry pt. *Zemsta*. Do stworzenia tej – cieszącej się popularnością po dziś dzień – sztuki zainspirowały autora ślady dawnego sporu między właścicielami zamku w Odrzykoniu. Ponieważ połowa rzeczonożego zamku należała do majątku poślubionej przez pisarza Zofii Skarbkówny, w ręce artysty wpadły wszelkie dokumenty zamkowe. Wśród starych papierów Fredro natrafił na pisma procesowe pochodzące z początku XVII wieku, kiedy to szlachta Piotr Firlej i Jan Skotnicki, będący właścicielami odrzykońskiej posiadłości, kilkakrotnie wnosili przed oblicze Trybunału swe sąsiedzkie waśnie. Pisarz, natchniony dawną kłótnią o rynnę, wysnuł historię sporu między Cześnikiem Raptusiewiczem a Rejentem Milczkiem, który to spór, podobnie jak sprawę rynnę, zakończono dopiero wówczas, gdy krewna jednego awanturnika poślubiła syna drugiego. Szczęśliwie polscy Romeo i Julia, połączone latorośle zwaśnionych rodów, kończą sztukę radośniej i pogodniej niż ci Szekspirowscy.

Wprawdzie Fredro nie informował, gdzie i kiedy dzieją się wydarzenia „Zemsty”, ale z wyżej przytoczonej informacji możemy wnioskować, że intencją autora było ulokowanie akcji w miejscu i czasie, w których kłócili się Firlej i Skotnicki. Gdybyśmy jednak byli w błędzie, to i tak – z całą pewnością – możemy powiedzieć, że rzecz się dzieje w Polsce, w czasach szlacheckich, a zatem w przedziale czasu: od połowy XV w. do trzeciego rozbioru Polski w 1795 r. Wobec powyższego wszystkie opisane w komedii sytuacje, które kwalifikują się do rozważań prawnych, należy odnieść do panującego wówczas prawa ziemskiego.

Jak powszechnie wiadomo, w czasach Rzeczypospolitej szlacheckiej istniało mnóstwo urzędów lokalnych<sup>1</sup>, które pełniły funkcję reprezentacyjną, zaspokajając podyktowaną próżnością ambicję zajmowania – pośród równych sobie – honorowej i prestiżowej pozycji. Liczne urzędy ziemskie pełniły więc rolę nie tyle polityczną, ile społeczną. W pojęciu szlachty posiadanie godności urzędniczej było bardzo ważne. W związku z tym urzędy ziemskie pełnili także główni bohaterowie „Zemsty” – Cześnik Raptusiewicz

---

<sup>1</sup> J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2003, s. 108–109, 228.

i Rejent Milczek. Funkcja cześnika pierwotnie polegała na dbałości o zasoby piwnicy królewskiej. Ponadto, wspólnie z podczaszym, cześnik służył monarsze podczas uczty, podając kielich z winem bądź z innym trunkiem. Gdy utworzono analogiczny urząd lokalny, był on, co rozumie się samo przez się, urzędem tylko tytularnym. Należy jednak pamiętać, że chociaż nie wiązały się z nim żadne szczególne czynności, był on umiejscowiony dość wysoko w hierarchii urzędniczej. Wiele wyżej niż bardziej dochodowe stanowisko rejenta, które piastował Milczek (rejent pełnił obowiązki odpowiadające zadaniom dzisiejszego notariusza).

Z hierarchią urzędniczą, niejako pośrednio, łączy się postać Podstoliny, wdowy po Podstolim. Jej pozycja była wyznaczona godnością zmarłego męża. Podstoli początkowo obsługiwał królowi przy stole, później utworzono odpowiedni, lokalny, tytuł honorowy. Należy jednak wskazać, że urząd podstolego plasował się o szczebel wyżej niż urząd cześnika.

Sztukę rozpoczyna scena, w której Cześnik rozważa ewentualny ożenek i jego potencjalną intratność, przeglądając dokumenty majątkowe Podstoliny. Z papierów tych wynika, że wdowa cieszy się znacznym bogactwem, posiada ziemie, lasy i trzy folwarki. Raptusiewicz stwierdza, że zasoby Podstoliny przewyższają majątek jego bratanicy Klary. Zastanawiające jest, w jaki sposób Cześnik mógł nie dostrzec w dokumentach tego, co pod koniec sztuki oznajmia Podstolina słowami:

„Ów majątek zapisany –  
Na czas tylko był mi dany,  
A w istotnym wiecznym darze  
Dziś przypada szczęsnej Klarze”<sup>2</sup>.

Trudno sobie wyobrazić, żeby w pismach majątkowych nie było śladu wspomnianego zapisu. Zresztą, biorąc pod uwagę, że Cześnik był stryjem i opiekunem Klary, można by było spodziewać się, że wie o wszelkich jej sprawach. Nieporozumienie można jednak tłumaczyć charakterystycznym dla dawnej Polski niejednorodnym nazewnictwem. Być może zapis w dokumentach został po prostu nieodpowiednio zrozumiany przez Cześnika. Sama dziedziczka nie wydaje się zaskoczona słowami Podstoliny. Stefan Breyer<sup>3</sup> wskazuje, powołując się na pierwotny tekst komedii, że Podstoli musiał dokonać zapisu skrytego na rzecz Klary. Zapewne w testamencie ustanowił dla swej żony legat czasowego użytkowania majątku, którego warunkiem rozwiązującym było zamążpójście Klary. To czyni jeszcze bardziej atrakcyjną propozycję, złożoną później wdowie przez Rejenta – aby poślubiła zakochanego w Klarze Wacława. Oferta ta nie tylko niosła Podstolinie korzyści materialne i perspektywę życia u boku dawnego kochanka, ale także eliminowała najmilszego Klarze pretendenta do jej ręki, a zatem na dłużej utrzymywała majątek Klary w rękach wdowy.

Breyer zwraca uwagę na to, że rozważany testament powinien być mieć ustanowionych wykonawców, w przeciwnym razie Podstolina mogłaby sobie spadek przywłaszczyć.

W tym miejscu warto zauważyć, że począwszy od XVI wieku obowiązywał w Rzeczypospolitej zakaz rozporządzania w testamencie nieruchomościami<sup>4</sup>. Było to efektem

<sup>2</sup> A. Fredro, *Zensta*, wydanie VIII zmienione, akt czwarty, scena XIII.

<sup>3</sup> S. Breyer, *Igraszki prawne „Zemsty”*, „Prawo i Życie” 1956, nr 4, s. 4.

<sup>4</sup> J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2003, s. 260.

starań samej szlachty, która sprzeciwiała się licznym wówczas zapisom posiadłości ziemskich na rzecz Kościoła. W tych okolicznościach sporządzano testamenty powtarzające zasady dziedziczenia ustawowego. W przeciwnym razie musiano by bowiem wystarać się o zatwierdzenie ważności testamentu uchwałą sejmową, co dla przeciętnej szlachty, mówiąc potocznie, „graniczyło z cudem”.

Kwestia rozporządzenia majątkiem na wypadek śmierci pojawiła się także, kiedy Papkin, przekonany, że został otruty, w pośpiechu sporządza testament, pisząc:

„Ja, Józef Papkin, syn mego ojca Jana Papkina...

(...)

robię ten testament, czyli ostatnie rozporządzenie mojego ruchomego i nieruchomego majątku.

Nieruchomym rozporządzić nie mogę, bo żadnego nie mam...”<sup>5</sup>

I szczęście, że nie miał, bo gdyby miał i rozporządził nim w sposób inny niż przewidziany przy dziedziczeniu ustawowym, testament taki byłby nieważny. Powstaje tylko pytanie, czy nieważność ta byłaby całkowita, czy obejmowałaby tylko część dotyczącą nieruchomości. Można się spodziewać, że przez szacunek dla woli testatora utrzymano by ważność testamentu Papkina w części dotyczącej majątku ruchomego. Niewątpliwie istniała wówczas praktyka respektowania woli osoby testującej, co zostało ugruntowane w społeczeństwie przez duchownych. Już od XIII wieku Kościół starał się powiększać swój majątek, przekonując wiernych, by właśnie na rzecz Kościoła czynili zapisy testamentowe, co rzekomo miało gwarantować zbawienie duszy zmarłego.

Mając zatem na względzie przede wszystkim własne interesy, Kościół głosił obowiązek poszanowania swobody testowania. Można więc liczyć, że powyższym szacunkiem objęto by wolę Papkina.

Jednak pozostaje jeszcze kwestia kontrowersyjnego zapisu poczynionego przez Papkina słowami:

„JW<sup>so</sup> Cześnika zaś i JW<sup>na</sup> Starościankę, jako egzekutorów testamentu, suplikuję, aby moje wszystkie długi, jakie się tylko pokażą, nie płacili, gdyż chcę przez to braciom moim różnego stanu i wyznania zostawić po sobie pamiątkę”<sup>6</sup>.

To oczywiście *licentia poetica*, zwykle w testamentach polecano spłacanie długów, a niekiedy – darowano długi. Niemniej gdyby potraktować te słowa poważnie, należałoby stwierdzić, że niespłacanie długów było i jest sprzeczne z prawem. Trudno więc sobie wyobrazić, aby dopuszczalne było nakazanie w testamencie sprzeciwiania się ładowi społecznemu. Należy więc uznać ten fragment aktu ostatniej woli za obarczony wadliwością, a przez to nieważny. W tym względzie nie sposób powoływać się na swobodę testowania. Papkin wyznaczył na egzekutorów testamentu Cześnika i Klarę. Egzekutor testamentu to inaczej jego wykonawca, opiekun, *tutor testamenti*. Zakres działania egzekutora mógł wyznaczyć sam testujący, jednak powszechnie przyjmowano, że przeciętne obowiązki wykonawcy testamentu polegają na obronie aktu ostatniej woli przed ewentualnymi zarzutami, a także na spłaceniu długów i ściągnięciu wierzytelności<sup>7</sup>. Trudno sobie wyobrazić, aby czynności wypełniane przez egzekutora miały się

<sup>5</sup> A. Fredro, *Zemsta*, akt czwarty, scena VI.

<sup>6</sup> Tamże.

<sup>7</sup> P. Dąbkowski, *Zarys prawa polskiego prywatnego*, Lwów 1920, s. 190.

sprzeniewierzać ogólnej, powszechnie rozumianej funkcji wykonawcy testamentu. Inną rzeczą jest, że majątek Papkina i tak był wielokrotnie mniejszy niż długi, jakich się można po nim spodziewać, zatem – nawet bez testamentu – pozostawiłby żyjącym upragnioną „pamiątkę” po sobie.

Jednak nie sporządziłby Papkin testamentu, gdyby nie sądził, że Rejent go otrul. Pomówmy więc teraz o kluczowym dla sztuki sporze. Sporze między Cześnikiem a Rejentem o zamkowy mur. Waśnie tych szlachciców stanowią niemal trzon całej komedii, wokół którego oplatają się inne, powiązane z nim wątki.

Raptusiewicz i Milczek nie darzyli się sympatią i mieli o sobie nawzajem nienajlepsze zdanie. Każdy z nich władał połową zamku, a to narażało ich na uciążliwe sąsiedztwo. Jak powiedział Cześnik: „Nie ma dnia bez sprzeczki, zwady”. I rzeczywiście, już w pierwszym akcie stajemy się świadkami awantury. Oto Rejent przystępuje do naprawy zamkowego muru granicznego. Cześnik uważa, że jest to napaść na niego i żądanie wojny. Wysła więc swych służących i Papkina, aby rozpedzili murarzy. I tak wywiązuje się wielki konflikt, Raptusiewicz żąda bowiem, by mur pozostał „jak go kupiono”, a Rejent zdecydowanie domaga się dokończenia naprawy. Dochodzi wreszcie do bójki przy murze, którą szlachta przezornie nadzoruje z okien swych pokoi.

Przyjrzyjmy się sprawie nieco dokładniej. Nieporozumienie dotyczyło muru granicznego, który oddzielał od siebie własność Klary pod zarządem Cześnika i własność Rejenta, dwie połowy zamkowej posiadłości. Mur graniczny – jak słusznie zauważył Stefan Breyer<sup>8</sup> – zwykle stanowi wspólną własność sąsiadów. Wobec tego obaj oni mają prawo naprawiać go i modernizować, a nawet powinni czynić to wspólnymi siłami.

Sprzeciw Cześnika płynie wyłącznie z przekory. Trudno znaleźć racjonalną przesłankę Raptusiewiczowego stanowiska, zwłaszcza że nie lubiąc sąsiada, powinien być zainteresowany tym, aby przypadkiem nie oglądać go przez dziurę w murze.

Miałby Cześnik rację, gdyby sąsiad chciał mur zburzyć, ale – jak wiadomo – intencja Rejenta była przeciwna. Niewątpliwie więc racja stoi po Milczkowej stronie muru.

Przy okazji awantury doszło do rzucenia kilku gróźb. Otóż Papkin powiada do murarza, by zaprzestał pracy, „bo mu na grzbiet co upadnie”, Cześnik zaś posuwa się dalej, krzycząc: „Hej Gerwazy, daj gwintówkę! Niechaj strąć tę makówkę”. Ową makówką jest oczywiście głowa Rejenta. Groźba Cześnika nie zostaje wypowiedziana wprost do Milczka, ale do zamkowego sługi. Interpretując ją dosłownie, można byłoby twierdzić, że nie do sąsiada chciał on strzelać, a do rzeczony makówki. Jednak żaden sędzia nie mógłby sobie pozwolić na nieuwzględnienie okoliczności zdarzenia i znaczenia mowy potocznej. Zatem i my musimy przyznać, że wiemy, o co chodzi. Cześnik zwyczajnie grozi Rejentowi. Ówczesne prawo nie pozostawało jednak obojętne wobec takich zjawisk. Już w Statucie litewskim wystąpił termin „pochwałka”, oznaczający „pogrózkę lub obrazę słowną, także wszelkie beczelne odezwanie się pod adresem przeciwnika”<sup>9</sup>. W obliczu prawa Cześnik, folgując słowom, narażał się na proces, w którym ustanowiono by rękojmię zabezpieczającą Rejenta przed spełnieniem groźby.

W dniu klótni zamieszanie nie zakończyło się jednak na pogrózkach. Niewątpliwie przy murze miało też miejsce pobicie. Należy ono do kategorii przestępstw przeciwko

<sup>8</sup> S. Breyer, *Igraszki prawne*, s. 4–5.

<sup>9</sup> M. T. Lizisowa, *Studia nad słownictwem regionalnym III Statutu litewskiego*, Kielce 1984, s. 131, za K. Górskim.

życiu i zdrowiu, które były podówczas przestępstwami prywatnymi, a zatem ściganymi na wniosek pokrzywdzonego. Niestety biorąc pod uwagę nieszlacheckie pochodzenie obitych murarzy, w tym przypadku można byłoby się spodziewać, że napastników dosięgnie jedynie kara pieniężna, zwana nawiązką.

Omawiając szlacheckie porachunki obmyślane przez Fredrę, warto zwrócić uwagę na pewną dodatkową kwestię. Fakt, że Cześnik krzyknął: „Hej Gerwazy, daj gwintówkę”, świadczy, iż ową broń w domu swoim posiadał. Otóż jak wiadomo, posiadanie strzelby o gwintowanej lufie, podobnie jak posiadanie wszelkiego innego uzbrojenia, było wówczas absolutnie legalne. Broń palna była ewolucyjną następczynią szabli. Skoro można było posiadać szablę, można było również posiadać strzelbę. A szablę nie tylko można było, ale wręcz należało mieć, bowiem od XVI wieku stanowiła ona niezbędny element stroju szlacheckiego, niemal symbol stanowej godności. Należy jednak pamiętać, że strzelba była czymś zdecydowanie gorszym od szabli. Podczas gdy ostrze szabli uważano za szlachetne, strzelenie z broni do szlachcica nastawało na jego honor, a przy tym było znacznie bardziej niebezpieczne. Niezależnie od tego samo posiadanie strzelby było wówczas na porządku dziennym i nikogo nie dziwiło. Teoretycznie więc zbrodnia była w zasięgu ręki każdego. Nie bez powodu więc Rejent, słysząc o gwintówce, czym prędzej zszedł z widoku.

Po wszystkich burzliwych zajściach przy murze, gdy opadł już kurz po bitwie, przyszedł czas na nieco bardziej wyrafinowane dokuczanie – przecież całą tę bójkę można teraz przedstawić sądowi i prawnym orężem zadać przeciwnikowi – choćby najdrobniejszą – ranę.

Cześnik przewidywał, że Rejent zapagnie mścić się przed obliczem Temidy. Przewornie więc nakazał swemu słudze, co następuje:

„No, Śmigalski, dosyć będzie!  
Daj półzłotka albo złoty  
Baserunku dla hołoty”<sup>10</sup>.

Ów „baserunek” to nic innego jak odszkodowanie za pobicie. W myśl ówczesnego prawa zapłata odpowiedniej sumy była jedyną konsekwencją pobicia osoby nisko urodzonej. Płacąc murarzom to, co ewentualnie sąd mógłby zasądzić, Cześnik sprawił, że postępowanie sądowe w tej kwestii byłoby bezprzedmiotowe, albowiem jedyne możliwe roszczenie zostało już zaspokojone.

Tymczasem Rejent, nie wiedząc o posunięciu Cześnika, natychmiast przystąpił do spisywania skargi w imieniu murarzy. Jednak – jak wskazuje Breyer<sup>11</sup>: „Pewność Rejenta co do wyniku sprawy graniczy z naiwnością”, po pierwsze bowiem: słaba była podstawa oskarżenia, a po drugie – w czasach Rzeczypospolitej szlacheckiej każdy spór między chłopem a panem zwykle skazany był na porażkę po stronie chłopca. Ileż w takich okolicznościach mogło być warte słowo murarza przeciwko słowu samego Cześnika? Nawet poparcie Rejenta nie mogłoby zachwiać naturalną przewagą Raptusiewicza w ewentualnym postępowaniu przed sądem.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na prawdziwie prawniczą umiejętność Rejenta co do przedstawiania rzeczywistości w bardzo oportunistyczny sposób, przejawiającą się w sposobie konstruowania podstaw wspomnianej skargi:

<sup>10</sup> A. Fredro, *Zemsta*, akt pierwszy, scena VII.

<sup>11</sup> S. Breyer, *Igraszki prawne*, s. 5.

„Rejent: Bili przecie (...)  
 Murarz: Ot szturchnięto coś tam mało (...)  
 Rejent: Lecz kto szturcha, ten nie łechce?  
 Murarz: Ha! Zapewne...  
 Rejent: Ani głaszczesz?  
 Murarz: Ha! Zapewne...  
 Rejent: A więc bije.  
 Murarz: Oczywiście.  
 (...)  
 Rejent: Skaleczyli?  
 Murarz: A, broń Boże!  
 (...)  
 Rejent: Przecie  
 – znak, drapnięcie?...  
 Murarz: Znajdziem może.  
 Rejent: A drapnięcie, pewnie wiecie –  
     Mała ranka, nic innego.  
 Murarz: Tać, tak niby...  
 Rejent: Mała – wielka  
     Jednym słowem rana wszelka  
 Skąd pochodzi?  
 Murarz: Niby... z tego...  
 Rejent: Z skaleczenia.  
 Murarz: Nie inaczej”<sup>12</sup>.

Podczas gdy Rejent zachodził w głowę, jak by jeszcze Cześnika pognać, Cześnik planował całkowicie pozbyć się sąsiada, wyzywając go na pojedynek. Oczywiście był święcie przekonany, że ów pojedynek wygra. Tu pojawiają się dwa zagadnienia. Po pierwsze, kwestia dopuszczalności prawnej pojedynku. Prawo nie zezwalało na pojedynkowanie się, ale nie ściagało tego typu praktyk. Od 1588 r. – teoretycznie – nawet wyzwanie na pojedynek podlegało karze, i to nie byle jakiej, bo opiewającej na 60 grzywien i pół roku więzy górnej. Zalegalizowanie pojedynku było możliwe tylko w drodze wyrażenia nań zgody przez króla, która to zgoda dotyczyła ściśle określonego przypadku, w związku z którym, pod wpływem okoliczności, król godził się na odstępstwo od zasady. Generalnie więc pojedynki były zakazane. Prawo to jednak było prawem martwym, bo i pojedynki były wielce powszechne, i rzeczywiste ich karanie sporadyczne<sup>13</sup>.

Po drugie, wyzwanie na pojedynek przyniósł Rejentowi Papkin, poseł od Cześnika. Wyzwanie miało postać ustną, bowiem – jak wskazuje Bartłomiej Szyndler<sup>14</sup> – osobliwy sarmacki obyczaj pojedynkowy, jaki wykształcił się w ówczesnej Polsce, nie wymagał pisemnego wyzywania przeciwników, czyli posyłania tzw. karteluszy. W związku z tym posyłano je rzadko, a zdecydowanie częściej posługiwano się formą ustną.

<sup>12</sup> A. Fredro, *Zemsta*, akt trzeci, scena I, w tym wydaniu zamiast słowa *murarz* występuje *mularz*, nazwę tę jednak zmieniłam tak, jak uczyniono to w późniejszych wydaniach komedii.

<sup>13</sup> S. Plaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, Kraków 2002, s. 362.

<sup>14</sup> B. Szyndler, *Pojedynki*, Warszawa 1987, s. 49.



Raptusiewicz do Rejenta posłał Papkina, nie miał bowiem ochoty osobiście rozmawiać z sąsiadem. Więcej nawet, bał się przekroczenia Milczkowego progu, nie wiedząc, co go tam może spotkać. W tej sytuacji wyręczenie się posłem było bardzo rozsądne. Skoro Papkin już po raz drugi w sztuce wyświadczał usługi Cześnikowi (bo zanosił także oświadczyzny Podstolinie), przyjrzyjmy się, jakież to stosunek prawny ich łączył.

Przede wszystkim w drugiej scenie I aktu obserwujemy taką dyskusję:

„Cześnik: Rzecz to znana, iż w mej mocy  
Kazać zamknąć waszmość pana  
Za wiadome dawne sprawyki.

(...)

Ja to mówię,  
By odświeżyć w twej pamięci  
Nim powierzę moje chęci,  
Coś mnie winien, a ja tobie.

Papkin: Ach, co każesz, wszystko zrobię<sup>15</sup>.

Z którejkolwiek strony na te słowa nie patrzeć, nie ma wątpliwości, że mamy do czynienia z subtelnym szantażem. Papkin boi się misji, którą zleca mu Cześnik, ale nie ma wyjścia, musi ją podjąć, bo w przeciwnym razie Raptusiewicz może ujawnić informacje, które by wielce zaszkodziły Papkinowi. Oczywiście Cześnik płaci swemu posłańcowi za usługi, a przynajmniej zapłatę taką obiecuje. Zatem można by rzec, że w sensie faktycznym Papkin pracuje dla Cześnika. Ówczesne prawo przewidywało istnienie najmu pracy, tzn. zawarcia umowy, na mocy której najemca zapewniał sobie korzyści z pracy najemnika. Stosunki między stronami tego węzła obligacyjnego były normowane przez ustawę lub zwyczaj. Moglibyśmy przyjąć, że Cześnik najmuje Papkina jako posłańca, trudno jednak oczekiwać, aby prawo dopuszczało legalne zawarcie takiej umowy pod przymusem, a już tym bardziej aby przedmiotem pracy było zanieśenie wyzwania na pojedynek, podczas gdy pojedynki były zakazane. Można by więc wnioskować, że umowa Cześnika z Papkinem została zawiązana niejako obok obowiązującego prawa, niekoniecznie zgodnie z nim. Wydaje się jednak bardziej prawdopodobne, że relacje pomiędzy Cześnikiem a Papkinem zwyczajnie wpisywały się w popularny w tamtych czasach stosunek klientalny. Jak wskazuje autor kilku opracowań poświęconych klientelizmowi, Antoni Mączak, stosunek patron–klient zdefiniowano w piśmiennictwie jako „względnie trwały stosunek osób nierównych sobie, w którym potężniejszy partner zapewnia słabszemu osłonę i za to może domagać się odeń świadczeń<sup>16</sup>. Według innej definicji w powyższym stosunku „jako minimum z jednej strony należy się osłona i łaska, z drugiej zaś lojalność<sup>17</sup>. W ocenie A. Mączaka „Rzeczpospolitą XVII i XVIII wieku można przedstawiać jako przypadek wielkiego sukcesu systemu patronalnego<sup>18</sup>. Trudno nie dostrzec, że relacje Cześnika z Papkinem idealnie odpowiadają stosunkowi patron–klient, sam zaś charakter klientelizmu rzuca pewne światło na przytoczoną „propozycję nie do odrzucenia” Cześnika.

<sup>15</sup> A. Fredro, *Zemsta*, akt pierwszy, scena II.

<sup>16</sup> A. Mączak, *Klientela. Nieformalne systemy władzy w Polsce i Europie XVI–XVIII w.*, Warszawa 1994, s. 10.

<sup>17</sup> Tamże.

<sup>18</sup> Tamże, s. 130.

Nie koniec to jednak prawnych akcentów w sztuce. Po bójce przy murze Waclaw, syn Rejenta, przyszedł do Papkina, by ten wziął go w niewolę. Oczywiście tylko Fredrowska inwencja twórcza mogła być źródłem tego wątku. Niemniej zauważmy, że rzeczona niewola stanowiła fragment planu, zakładającego przedostanie się do domu Cześnika, aby być bliżej ukochanej Klary. Waclaw prosił Papkina, by udał, że w czasie starcia z murarzami pojmał jeńca, komisarza Rejenta, którego Waclaw zamierzał udawać. Papkin był bardzo niechętny projektowi, jednakże niechęć ta nie wynikała wcale z obawy przed konsekwencjami prawnymi. Niewolnictwo wojenne właściwie nie było sprzeczne z ówczesnym prawem.

Powszechnie było bowiem wiadome, że wzięcie jeńca po bitwie należało do kręgu czynności w pełni legalnych. Zaznaczył to Papkin słowami: „Prawo wstrzymać jest mi dane”. Przynajmniej w tym czasie w niewolę po bitwie było usankcjonowane bardzo starym zwyczajem. Ponadto prawo chroniło życie i zdrowie niewolników, także tych wojennych. Mimo że ochrona ta była znikoma, jej istnienie świadczy o ówczesnej dopuszczalności brania jeńców. Wobec tego niechęć Papkina mogła płynąć jedynie z niewygody, jaką pociągała za sobą pomoc Waclawowi.

Wreszcie pojawia się w *Zemście* kwestia umowy przedmałżeńskiej – intercyzy. Rejent przekonał Podstolinę, żeby zamiast za Cześnika wyszła za Waclawa. Widział w tym dwojakie dla siebie korzyści: po pierwsze, dokuczy sąsiadowi, po drugie, ostatecznie odsunie swego syna od spokrewnionej z wrogiem Klary. Na wszelki wypadek, aby mieć pewność, że Podstolina nie wycofa się z poczynionych ustaleń, Rejent spisał z nią umowę, na mocy której jeśli jedna ze stron odstąpi od zawarcia uzgodnionego małżeństwa, winna będzie drugiej sto tysięcy. W czasach Rzeczypospolitej szlacheckiej taka umowa nie była niczym osobliwym, wręcz przeciwnie, szeroko stosowano tego typu praktykę. Umowa przedślubna miała na celu ustanowienie zobowiązania zawarcia małżeństwa, a także – zazwyczaj – uregulowanie stosunków majątkowych między małżonkami. Ponadto małżeństwo bywało często zabezpieczone poprzez ustanowienie *vadium*, występującego na ziemiach polskich jako instytucja zakładu<sup>19</sup>. Było to nic innego, jak konstrukcja kary umownej. Dłużnik w wypadku niewywiązania się z podjętego zobowiązania musiał zapłacić drugiej stronie stosunku zobowiązaniowego określoną sumę pieniężną. W ten oto sposób ten, kto nie dotrzymał zobowiązania, ponosił karę, która to kara jednocześnie czyniła zadość szeroko rozumianym stratom, jakie poniosła druga strona. Funkcja *vadium* polegała tu jednak bardziej na odstraszeniu od niedopełnienia zobowiązania niż na ewentualnym zadośćuczynieniu którejś stronie. Dlatego też Rejent wyznaczył w umowie wysokość zakładu na sto tysięcy, a zatem na taką sumę, aby zerwanie zaręczyn stanowiło problem, aby niespecjalnie było na nie stać zarówno Podstolinę, jak i Waclawa. Gdyby Podstolina była wystarczająco bogata, by móc bez żalu zerwać zaręczyny i zapłacić Rejentowi uzgodnioną sumę, czymże byłoby dla niego te sto tysięcy w obliczu niemożności dokuczenia Cześnikowi?

Jak wiadomo, ostatecznie sprytnie plany Rejenta pokrzyżował Raptusiewicz, wydając potajemnie swą bratanicę Klarę za Waclawa. W Rzeczypospolitej szlacheckiej zawarcie małżeństwa odbywało się w formie kościelnej, ściślej – w formie trydenckiej, prze-

<sup>19</sup> W. Kulisiewicz, *Zaruka (vadium) w prawie litewskim XV–XVII wieku*, Warszawa 1993, s. 6–7.

widzianej w wydanym w 1563 roku przez Sobór Trydencki dekrete „Tametsi”<sup>20</sup>. Jeśli chodzi o wiek nupturientów, konieczne było osiągnięcie tzw. lat sprawnych. Warunek ten nie był jednak surowy, ponieważ cezury wieku były stosunkowo niskie. Statuty kazimierzowskie przewidywały, że kobiety posiadą lata sprawne z chwilą ukończenia 12., a mężczyźni 15. roku życia<sup>21</sup>. Nie ma wątpliwości, że ten warunek Waclaw i Klara spełniali, dojrzałość wypowiedzi Klary wskazuje nieomylnie, że miała ona zdecydowanie więcej niż 12 lat. Z kolei Waclaw wspomina czasy studiów, wobec czego musi mieć dawno ukończone lat 15.

Poważniejszym wymogiem dla zawarcia małżeństwa była konieczność posiadania zgody rodziców, ewentualnie opiekunów. Jeśli chodzi o kobiety, warunek ten był o tyle bezwzględny, że w przypadku braku omawianej zgody traciły one prawo do posagu. W przypadku mężczyzn warunek koniecznej zgody rodziców – w praktyce – był bardziej liberalny. Tak oto, przy poparciu Cześnika, Waclaw i Klara mogli się pobrać. Nie byli spokrewnieni ani spowinowaceni, nie przyjmowali wcześniej święceń, żadne z nich nie działało pod przymusem ani nie tkwiło w błędzie, tak więc nawet przebiegły Rejent nie miał szansy znaleźć w ich przypadku żadnej przeszkody małżeńskiej.

Tak więc zakochani się pobrali, a skłócenie sąsiedzi, w obliczu stania się rodziną, podali sobie ręce i pogodzili się. Piękne to i radosne zakończenie.

Zastanówmy się jednak, jak potoczyłaby się akcja *Zemsty*, gdyby rzecz się działa w czasach nam współczesnych, to jest w XXI wieku w Rzeczypospolitej Polskiej. Zaczniemy od rozważenia poruszonych w *Zemście* zagadnień prawno-testamentowych.

Otóż współcześnie Podstoli bez żadnych trudności mógłby rozporządzić swymi nieruchomościami, albowiem obecnie testator ma prawo decydowania o absolutnie całym majątku, tak ruchomym, jak i nieruchomym. Mógłby on więc uczynić spadkobierczynią Klarę. Podstolinie należałby się jedynie zachówek. Nie mógłby jednak Podstoli w testamencie zastrzec, że Klara odziedziczy majątek z chwilą zamążpójścia, gdyż nie można powołać spadkobiercy warunkowo<sup>22</sup>. Testator mógłby ewentualnie zamieścić w testamencie zapis użytkowania majątku przez wdowę do momentu zamążpójścia Klary, zapis może bowiem zostać dokonany pod warunkiem<sup>23</sup>. Wówczas Klara dziedziczyłaby majątek, a do dnia jej ślubu wdowa mogłaby z niego korzystać.

Inaczej jeszcze – Podstoli mógłby spadkobierczynią uczynić swą żonę, a następnie obciążyć spadek zapisem na rzecz Klary. Jednakże byłoby to dopuszczalne tylko wówczas, gdyby dysponował większym majątkiem, pozostawił go żonie, a dobra zapisane Klarze stanowiłyby tylko część spadku. W przeciwnym razie, gdyby cały majątek objąć zapisem, Podstolina jako spadkobierczyni otrzymałaby spadek pod warunkiem rozwiązującym i z chwilą ślubu Klary musiałaby wszystko oddać krewniaczce. Byłoby to zatem sprzeczne ze wspomnianym zakazem zastrzegania warunku powołania spadkobiercy.

W kwestii Papkina, który w testamencie życzył sobie, by nie spłacać jego długów, przeniesienie w inne czasy nie przyniosłoby w tej sprawie postępu, bowiem zgodnie z prawem – niezależnie od woli testatora – spadkobiercy ponoszą odpowiedzialność za

<sup>20</sup> S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, Kraków 2002, s. 232.

<sup>21</sup> Tamże, s. 220.

<sup>22</sup> Art. 962 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93.

<sup>23</sup> Tamże, art. 975.

długi spadkowe. Choć istnieje możliwość zamieszczenia w testamencie polecenia określonego działania, trudno sobie wyobrazić, by dopuszczalne było polecenie niespłacania długów. Takie polecenie byłoby nieważne, ponieważ pozostawałoby w sprzeczności z obowiązującymi przepisami, chroniącymi wierzycieli na wypadek śmierci dłużnika. W związku z tym jeśli spadkobierca przyjmie spadek wprost, odpowiada za długi zmarłego całym majątkiem, tak swoim, jak i spadkowym, bez ograniczenia<sup>24</sup>. Jeśli natomiast spadek zostałby przyjęty z dobrodziejstwem inwentarza, wówczas odpowiedzialność za długi spadkowe ograniczyłaby się do wysokości należących do spadku aktywów<sup>25</sup>. W obu jednak wypadkach odpowiedzialność – jako taka – występuje i nie sposób jej wyłączyć.

Skoro mamy już za sobą przemyślenia dotyczące prawa spadkowego, zajmijmy się następnym zagadnieniem prawnym pojawiającym się w sztuce – mianowicie prawem sąsiedzkim. W tej kwestii sytuacja pozostała niemal bez zmian. Normuje ją art. 154 Kodeksu cywilnego, wprowadzając domniemanie, że „urządzenia znajdujące się na granicy gruntów sąsiednich”, w tym interesujący nas mur, służą sąsiadom do wspólnego użytku, a co za tym idzie, koszty utrzymania tych urządzeń sąsiedzi powinni ponosić wspólnie. Jak wskazuje Edward Gniewek<sup>26</sup>, istnieje możliwość obalenia tego domniemania wówczas, gdy sąsiedzi umówią się między sobą, że kwestia użytku omawianych urządzeń w ich przypadku będzie kształtować się odmiennie. Trudno jednak przypuszczać, że Fredrowscy Cześnik i Rejent mieliby ochotę wchodzić ze sobą w jakiegokolwiek układy. Niewątpliwie więc dziś Cześnik musiałby nie tylko cierpliwie znieść zamurowanie dziury w murze, ale także byłby zobowiązany pokryć część związanych z tym kosztów. Wreszcie należy zauważyć, że art. 152 k.c. wręcz zobowiązuje właścicieli gruntów sąsiednich do utrzymywania znaków granicznych, do których niewątpliwie mur się zalicza. Więcej nawet, artykuł ten przewiduje, że sąsiedzi mają ze sobą współdziałać we wspomnianym kierunku, a koszty utrzymania znaków granicznych ponosić po połowie. W tym więc miejscu Cześnik jaskrawo sprzeciwiłby się prawu, utrudniając Rejentowi naprawę muru. W obliczu tego Rejent mógłby złożyć wniosek do sądu. Zapewne odbyłaby się wówczas rozprawa<sup>27</sup> i sąd, w postępowaniu nieprocesowym, prawdopodobnie przyszedłby Milczkowi z pomocą, wydając stosowne postanowienie<sup>28</sup>. Cóż, niby tak w XVII, jak i w XXI wieku zachowanie Cześnika, z punktu widzenia prawa, jest nie do przyjęcia, a jednak można przypuszczać, że Rejent dałby wiele, aby w tym sporze móc przenieść się w czasie do dnia dzisiejszego. Jakże by bowiem ewentualna rozprawa dokuczyła Raptusiewiczowi...

Przypuśćmy jednak, że bezprawność sprzeciwiania się naprawie muru pozostałaby tak bardzo obojętna Cześnikowi, iż doszłoby – jak życzył sobie Fredro – do srożej awantury. Musielibyśmy spojrzeć na nią przez pryzmat przepisów prawa karnego. Po pierwsze, uczestnicy całego zamieszania dziś musieliby się liczyć z tym, że udział w bójce, tudzież pobicie, stanowi przestępstwo zagrożone karą do trzech lat pozbawienia

<sup>24</sup> Tamże, art. 1031 § 1.

<sup>25</sup> Tamże, art. 1031 § 2.

<sup>26</sup> E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001, s. 169.

<sup>27</sup> Art. 608 w zw. z art. 514 ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. nr 43, poz. 296.

<sup>28</sup> Tamże, art. 516.

wolności<sup>29</sup>. Po drugie, nim Cześnik wypowiedziałby słowa: „Hej Gerwazy, daj gwintówkę, niechaj strąć tę makówkę”, musiałby uświadomić sobie, że przede wszystkim lepiej dla niego, żeby miał pozwolenie na posiadanie broni, gdyż w przeciwnym razie, w myśl artykułu 263 § 2 Kodeksu karnego, byłby zagrożony karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. Wreszcie – nawet gdyby pozwolenie posiadał, warto by było, aby sobie uświadomił, że na pogrożki też są „paragrafy”. I choć na mocy artykułu 190 k.k. groźba karalna ścigana jest na wniosek pokrzywdzonego, biorąc pod uwagę zawziętość Rejenta, nie powinien Cześnik liczyć, że może mu coś ująć na sucho.

Należy jeszcze zauważyć, że niewątpliwie wielce by skorzystali na umiejscowieniu sztuki w dzisiejszych czasach nieszczęśni pobici murarze. Przede wszystkim nie byłoby mowy o tym, aby przed sądem mogli mieć gorszą pozycję niż szlachta. Jak wiadomo, artykuł 32 Konstytucji RP gwarantuje wszystkim równość wobec prawa. W związku z tym na pewno pobici murarze mogliby żądać sprawiedliwości, która wobec lekkiego stopnia doznanych przez nich obrażeń ograniczyłaby się pewnie do zasądzenia na ich rzecz nawiazki.

Wracając do wzajemnej niechęci głównych bohaterów sztuki, można by rzec, że biedny Cześnik nie miałby dziś żadnego sposobu na Rejenta, bo i wyzwanie go na pojedynek nie przyniosłoby nic dobrego. Trzeba bowiem pamiętać, że obecnie nawet honorowe zabicie człowieka jest absolutnie bezprawne. Niezależnie więc od tego, czy pojedynek zakwalifikowano by jako zabójstwo z artykułu 148 k.k., czy też jako zabicie w następstwie bójki z użyciem niebezpiecznego przedmiotu (art. 158 § 3 i art. 159 k.k.), nie uniknąłby Cześnik więzienia i nie mógłby się zaślaniać kontratypem zgody pokrzywdzonego, albowiem życie nie jest dobrem, którym człowiek może swobodnie dysponować.

Aby wyczerpać zagadnienia karnoprawne, rozważmy jeszcze pomysł Waclawa, aby oddać się Papkinowi w niewolę. Cóż, aktualnie musiałby wymyślić inny sposób zbliżenia się do Klary, gdyż pomijając już wątek istniejących umów międzynarodowych, polski Kodeks karny ustanawia karę za pozbawianie wolności jeńców wojennych<sup>30</sup>. Zresztą wątpliwe jest, by jakkolwiek sąd uznał Waclawa za jeńca, bardziej prawdopodobne jest podciągnięcie tego zdarzenia pod hipotezę art. 189 k.k. (pozbawienie wolności), bo przecież trudno uznać zamieszanie przy murze za wojnę. W takich okolicznościach prawnych Papkin na pewno, za żadne pieniądze, nie zechciałby pomóc Waclawowi.

Skoro już jesteśmy przy postaci Papkina, to można się także zastanowić nad kwestią stosunku prawnego łączącego go z Cześnikiem. Biorąc pod uwagę fakt, że poselstwa Papkina miały charakter incydentalny, nie należałoby wymagać, aby ci panowie zawiązywali „zwykłą” umowę o pracę, określającą czas, na który zostaje zawarta. Można ewentualnie przyjąć, że zawarli oni umowę o pracę w celu wykonania określonego zadania. Należy jednak pamiętać, że dokonanie czynności prawnej, w tym zawarcie umowy, pod wpływem groźby (a Cześnik niewątpliwie groził Papkinowi) stanowi wadę oświadczenia woli<sup>31</sup>. Teoretycznie więc Papkin mógłby uchylić się od narzuconego poselstwa.

Wreszcie przechodzimy do wątku intercyzy spisanej sprytnie przez Rejenta. Współ-

<sup>29</sup> Art. 158 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553.

<sup>30</sup> Tamże, art. 124.

<sup>31</sup> Art. 87 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93.

wcześnie umowy przedślubne są zawierane dość często, ale kształtują tylko ustrój majątkowy między małżonkami. Trudno szukać tu miejsca na gwarantowanie zawarcia małżeństwa, zwłaszcza że społeczeństwo odeszło od takich praktyk. Gdyby więc Rejent uparł się na spisywanie z Podstoliną umowy, raczej nie mogłaby to być intercyza. Ponieważ pomysł jest osobliwy, można jedynie mniemać, że ewentualnie wchodziłoby w grę zawarcie umowy przedwstępnej z zastrzeżeniem kary umownej na wypadek odstąpienia od zawarcia małżeństwa przez którąś ze stron. Niewykluczone, że aby rozsądzić, czy taka umowa jest w ogóle dopuszczalna, musiałby wypowiedzieć się Sąd Najwyższy. Gdyby jednak hipotetycznie założyć, że można zawrzeć taką umowę, nie ma wątpliwości, że zobowiązanie takie mógłby podjąć jedynie Waclaw. Rejent mógłby najwyżej zawrzeć z Podstoliną umowę o świadczenie przez osobę trzecią, ale jak wiemy – istniejąca wówczas swoboda Waclawa byłaby sprzeczna z intencjami jego ojca, bo przecież Waclawowi bliska była Klara i w obliczu wyboru niewątpliwie to ją by poślubił. Zwłaszcza że w dzisiejszych czasach jedynym warunkiem, jaki musieliby spełnić nupturienti, jest osiągnięcie pełnoletniości. Oczywiście istnieją obecnie różne przeszkody małżeńskie, ale w przypadku pary tych młodych już wcześniej je wykluczaliśmy.

Podsumowując, należy stwierdzić, że gdyby *Zemsta* rozgrywała się dzisiaj, trudno byłoby przewidzieć jej kształt, bo albo byłaby wręcz pasmem bezprawia, albo Fredro musiałby wymyślić bohaterom inne perypetie. Bez zmian pozostałoby chyba tylko finalne małżeństwo zakochanych Waclawa i Klary. Ucierpiałyby na pewno na takich metamorfozach polska literatura i teatr, ale bez wątpienia wielkie byłoby szczęście Papkina, gdyby w obliczu zachcianki Klary:

„Jeśli nie chcesz mojej zguby,  
Krokodyla daj mi, luby”<sup>32</sup>.

mógł zasłonić się unijnym zakazem wwozu do kraju dzikich zwierząt bez zezwolenia<sup>33</sup>. Musiałby jednak trwać wtedy w nadziei, że Klara nie skonkluduje rozmowy istic po fredrowsku:

„Niech się dzieje wola Nieba.  
Z nią się zawsze zgadzać trzeba!”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> A. Fredro, *Zemsta*, akt drugi, scena VIII.

<sup>33</sup> Art. 61 ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r. nr 151, poz. 1220 oraz Rozporządzenie Rady (WE) nr 338/97 z 9 grudnia 1996 r. w sprawie ochrony gatunków dzikiej fauny i flory w drodze regulacji handlu nimi, Dz.Urz. UE L.97.61.1.

<sup>34</sup> A. Fredro, *Zemsta*, akt trzeci, scena VII.



# Z życia izb adwokackich

## Izba krakowska

### NOWE INICJATYWY W DOSKONALENIU ZAWODOWYM W IZBIE ADWOKACKIEJ W KRAKOWIE

Doskonalenie zawodowe jest immanentnie związane z wykonywaniem zawodu adwokata. Oczywiście tego stanu funkcjonuje od lat w adwokaturze. Potrzebę takiego doskonalenia wymusza bieg życia poprzez zmiany legislacyjne, a także obrót prawny, który niesie różną interpretację prawną przepisów z różnych dziedzin.

Pomimo tego adwokatura w okresie nasilonej krytyki spotykała się z zarzutem niedostatecznego podążania za coraz to nową legislacją i orzecznictwem. Chociaż mogło to dotyczyć jedynie marginesowej części adwokatów, jednak wymagało reakcji, bez wchodzenia w przyczyny takiej sytuacji. Stąd wprowadzenie obowiązkowego doskonalenia i dokumentowania jego odbycia.

Od lat zatem organy wykonawcze adwokatury, a wśród nich Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie, organizują odczyty, sympozja, zjazdy i fora, na których omawia się ważne dla praktyki zagadnienia prawne. Nie miejsce, aby czynić tu sprawozdanie z owych przedsięwzięć, i tylko z kronikarskiego obowiązku można wskazać skupiające dużą liczbę uczestników spotkania, na których przedstawiana jest różna problematyka. Dotyczy to zarówno Klubu Adwokatów w Krakowie, gdzie obok *stricte* zawodowej tematyki możemy wysłuchać wystąpień dotyczących problematyki ogólnej, w tym historycznej, jak również i spotkań o tak dużym zasięgu, że nazwano je forum karnistycznym czy cywilistycznym. Ostatnio w auli Auditorium Maximum Uniwersytetu Jagiellońskiego w ramach forum cywilistycznego odbyła się konferencja obejmująca zagadnienia proceduralnej efektywności ochrony jednostki w procesie cywilnym, a także konferencja dotycząca projektowanych zmian w procedurze karnej, przy czym było to już II Forum Karnistyczne w Krakowie. Udział adwokatów w tych inicjatywach był znaczny. Dla ilustracji wydarzeń związanych z Klubem Adwokatów warto wspomnieć o wykładzie prof. dr. hab. Andrzeja Mączyńskiego pt. „Siedem pokoleń polskich cywilistów w 200-lecie obowiązywania Kodeksu Cywilnego Austriackiego”. Biorąc pod uwagę niezwykle interesujące przedstawienie zagadnienia przez prelegenta, słusznie wykład ten zaliczono do obowiązkowego doskonalenia zawodowego adwokatów (uchwała NRA nr 57/2011 z 19 listopada 2011 r.).

Na podkreślenie zasługuje inicjatywa Prezydium Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie zmierzająca do ułatwienia adwokatom ze znaczących ośrodków okręgu

krakowskiego uczestniczenia w szkoleniu. Dotychczas udało się zorganizować stosowne spotkanie w Tarnowie w dniu 12 października 2011 r., z odczytami adw. prof. Piotra Kardasa i dziekana ORA adw. Jana Kuklewicza na temat tajemnicy adwokackiej w kontekście art. 225 § 3 Kodeksu postępowania karnego. Zgromadziło ono nieomal wszystkich adwokatów „tarnowskich”, a więc i tych wykonujących zawód w pobliskich miejscowościach.

Podobne spotkanie odbyło się w dniu 20 grudnia 2011 r. w Nowym Sączu, gdzie adw. prof. Piotr Kardas wygłosił odczyt na temat nowelizacji k.p.k. w świetle propozycji zmian Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości, zaś dziekan adw. Jan Kuklewicz – na temat przygotowania adwokatury do nowych wyzwań związanych z propozycją wprowadzenia kontradiktoryjnego procesu karnego. I w tym przypadku zjawił się niemal komplet miejscowych adwokatów.

Oba opisywane spotkania – z uwagi na ich przebieg i zainteresowanie wykładami – zasługują na opinię udanych, co uzasadnia przekonanie o potrzebie kontynuowania tego rodzaju formy doskonalenia zawodowego. Należą się podziękowania Koleżankom i Kolegom zarówno z Tarnowa, jak i Nowego Sącza, którzy przyczynili się do udanego zorganizowania opisanych przedsięwzięć.

#### JUBILEUSZ ADWOKATA JANUSZA ŁADOSIA

W Nowym Sączu przedstawiciele Prezydium ORA w Krakowie spotkali się z adwokatem Januszem Ładosiem – w osiemdziesiątą rocznicę urodzin. Wydarzenie to stało się okazją do złożenia Mu życzeń. W spotkaniu uczestniczyli: adw. Wacław Opalka, członek ORA, adw. Stanisław Cabała oraz adw. Józef Jodłowiec (były aplikant adw. J. Ładosia, przewodniczący Konwentu Seniorów Izby Adwokackiej w Krakowie). Podkreślono znaczenie adw. J. Ładosia w środowisku adwokackim, a także Jego wysokie kompetencje prawnicze i wiedzę historyczną, które dały się poznać w wielu wystąpieniach, m.in. na salach sądowych. Wyrażono też przekonanie, że adw. J. Ładoś będzie nadal uczestniczył w pracach samorządu adwokackiego. Na zakończenie wręczono szanownemu Jubilatowi wydane ostatnio pozycje książkowe dotyczące adwokatury krakowskiej.

*Stanisław J. Jaźwiecki*

W związku z zainteresowaniem opinii publicznej zagadnieniem umowy międzynarodowej ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) poniżej zamieszczamy przegląd publikacji w czasopiśmie prawniczym amerykańskich przygotowany przez adw. Jacka Kędzierskiego.

Redakcja

## Od TRIPS<sup>1</sup> do ACTA<sup>2</sup> – wokół międzynarodowego systemu ochrony praw własności intelektualnej

Jak ważnym problemem w skali międzynarodowej jest przyjęcie *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* świadczy fakt, że zeszyt nr 3 „*American University International Law Review*” z 2011 r. (vol. 26) w całości wypełniło dziesięć publikacji poświęconych tej kontrowersyjnej międzynarodowej umowie handlowej.

Zeszyt otwiera artykuł *ACTA's State Of Play: Looking Beyond Transparency* autorstwa specjalizującego się w prawie internetowym oraz prawie e-handlu Michaela Geista z Uniwersytetu w Ottawie. Tekst ten pochodzi jeszcze z lipca 2010 r. (czy ktośkolwiek wtedy w Polsce interesował się ACTA?), kiedy to za sprawą „wycieku” tekstu umowy do Internetu odpadł problem **braku transparentności negocjacji** wiodących do jego powstania. Już wówczas pewien szwajcarski *official* oznajmił Geistowi, że jeżeli chodzi o ACTA, to ten pociąg już odjechał i żadne uliczne protesty niczego nie zmieniają; umowa ta po prostu **musi** stać się obowiązującym prawem. Można o niej

<sup>1</sup> Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*), będące załącznikiem do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (*World Trade Organization – WTO*), sporządzonego w Marakeszu 15 kwietnia 1994 r. Tekst porozumienia TRIPS opublikowano w obwieszczeniu Ministra Spraw Zagranicznych z 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (Dz.U. z 1996 r. nr 32, poz. 143). Polska przystąpiła do WTO, w tym do Porozumienia TRIPS, z dniem 1 lipca 1995 r. (Dz.U. z 1995 r. nr 98, poz. 484 ze zm.). Tekst porozumienia TRIPS opublikowano w obwieszczeniu Ministra Spraw Zagranicznych z 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (Dz.U. z 1996 r. nr 32, poz. 143).

<sup>2</sup> *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)* – Umowa handlowa dotycząca zwalczania obrotu towarami podrobionymi między Unią Europejską i jej Państwami Członkowskimi, Australią, Kanadą, Japonią, Republiką Korei, Meksykańskimi Stanami Zjednoczonymi, Królestwem Marokańskim, Nową Zelandią, Republiką Singapuru, Konfederacją Szwajcarską i Stanami Zjednoczonymi Ameryki. Tekst dołączony do wniosku z 16 listopada 2011 r. o wyrażenie przez Radę Ministrów zgody na podpisanie Umowy (RM-111-218-11).

dyskutować, ale wszelkie wysiłki zmierzające do powstrzymania wprowadzenia ACTA skazane są na porażkę. Czy tak jest istotnie? Autor ma wątpliwości i uważa, że należy zdwoić wysiłki, aby ta umowa międzynarodowa wyrządzała jak najmniej szkód, a w jak największym stopniu uwzględniała prawo, kulturę i zwyczaje poszczególnych państw.

Geist przedstawia „stan gry o ACTA” w połowie 2010 r. Przypomina, że pomysł zawarcia tej międzynarodowej umowy powstał w 2004 r. na Światowym Kongresie w sprawach Falszerstw (*Global Congress on Counterfeiting*), który odbył się w Brukseli. Następnie przez kilka lat prowadzono rozmowy z udziałem administracji amerykańskiej i innych państw w *World Trade Organization* (WTO) oraz *World Intellectual Property Organization* (WIPO), by w 2007 osiągnąć porozumienie co do podstaw nowej umowy. Koalicję dobrej woli tworzyły: USA, UE, Japonia, Korea, Meksyk, Nowa Zelandia, Szwajcaria i Kanada. Ciekawe i zarazem wyjątkowe stanowisko zajęła Australia, która jako jedyna udział w tych negocjacjach poprzedziła publicznymi konsultacjami. W latach 2008–2010 miały miejsce kolejne rundy negocjacji, zahamowane nieco przez zmianę administracji USA, które doprowadziły do ukończenia projektu ACTA 21 kwietnia 2010 r. Pierwotny tekst obfitywał w kwadratowe nawiasy, w które ujęte były zastrzeżenia zgłaszane przez poszczególnych uczestników negocjacji. Nawiasy stopniowo zaokrąślały się i znikwały z tekstu projektu, tak że wersja opublikowana nie ujawniała tych zastrzeżeń.

Geist całemu procesowi tworzenia ACTA stawia **zarzut braku transparentności**. Początki negocjacji charakteryzowała *total secrecy*. Tekst projektu został koniec końców oficjalnie ujawniony, ale nastąpiło to dopiero po tym, jak w Internecie doszło do jego „wycieku”, pierwszym zaś „wyciekami” była lista państw, które były za ujawnieniem tekstu projektu (Polska była w tej grupie państw), bądź też ujawnienie to blokowały (Niemcy, Dania, Singapur i Korea Południowa). Nie aktualizowano też następnych wersji projektu, które powstawały w wyniku wprowadzania poprawek podczas kolejnych, pokwietniowych rund negocjacji... Brak jawności spowodowany był obawami – jak się okazało uzasadnionymi – że upublicznienie tworzenia ACTA utrudni negocjacje. Chociaż z drugiej strony, kiedy uregulowanie spotkało się z negatywną zewnętrzną oceną, strony negocjujące wykazywały miękką postawę i dużą skłonność do poszukiwania innych rozwiązań.

Geist zwraca uwagę, że z sześciu obszernych rozdziałów tematem dyskusji jest zaledwie jeden, ten poświęcony ochronie własności intelektualnej (*intellectual property* – IP), na którą ma się składać ochrona cywilnoprawna, celna, karnoprawna oraz prawne uregulowania Internetu.

Geist zwraca uwagę, że sam **proces tworzenia** ACTA budzi wiele zastrzeżeń, już chociażby z tego powodu, że u jego zarania pominięto wiele państw, które obecnie, w stadium finalnym, mogą do niego przystąpić na zasadzie „**akceptuj albo odejdz**”. Z obawami do postanowień ACTA podchodzą szczególnie kraje rozwijające się, takie jak Chiny czy Indie, postrzegające tę umowę jako dyktat Ameryki, wymuszającej na partnerach handlowych dokonanie zmian w zakresie ochrony własności intelektualnej. Powstają obawy, czy proces tworzenia ACTA jest zgodny z prawem konstytucyjnym wielu państw oraz z traktatem lizbońskim.

Merytorycznych zastrzeżeń co do postanowień ACTA Geist dostrzega sześć. Są

nimi: 1) niejasny zakres porozumienia (czy reguluje także prawo patentowe, czy „tylko” prawa autorskie i znaków towarowych, 2) zagrożenia dla prywatności z powodu ochrony własności intelektualnej, 3) amerykańizacja postanowień ACTA i brak możliwości formułowania zastrzeżeń i wyłączeń stosowania postanowień dla stron umowy, a także dla państw nieobecnych w procesie tworzenia, a które mogą być zaproszone do przystąpienia do umowy, 4) zastrzeżenia kontroli wymiany międzypaństwowej i ruchu tranzytowego, 5) oparcie regulacji na nakazach, 6) tworzenie międzynarodowej struktury kontrolującej przestrzeganie postanowień umowy, która usurpowalaby rolę WIPO.

Zdaniem Geista przyjęcie ACTA wymusi dokonywanie zmian w systemach prawnych poszczególnych państw, nawet tych, które posiadają regulacje podobne do ACTA, ale zapisane innymi słowami, bez dominującego w tej umowie amerykańskiego stylu. Pod tym względem ACTA jest próbą wymuszenia wprowadzenia w systemach prawnych państw-stron tego porozumienia postanowień amerykańskiego *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA).

Procesowi tworzenia ACTA, a głównie brakowi jawności procesu negocjacyjnego, poświęcone są artykuły *Transparency Soup: The ACTA Negotiating Process And „Black Box” Lawmaking* autorstwa Davida S. Levine’a oraz *ACTA as a New Kind Of International IP Lawmaking* pióra Kimberlee Weatherall.

Na to, że ACTA jest umową stworzoną na obraz i podobieństwo DMCA, że jest w zasadzie eksportem amerykańskiego systemu ochrony praw autorskich na resztę świata, zwraca uwagę prof. Annemarie Bridy w artykule *Acta and the Specter of Graduated Response*. Autorka twierdzi, że nad całym tym zagadnieniem krąży widmo stopniowej odpowiedzialności, czyli zasady *tree-strikes*, wobec domniemych naruszcycieli praw autorskich w Internecie, pomimo że kolejne rundy negocjacji, począwszy od „wycieku” tekstu projektu w kwietniu 2010 r., poświęcone były „odamerykanizowaniu” języka i stylu tego dokumentu. Wskazuje, że możliwe jest wprowadzenie przez operatorów systemów internetowych prywatnego systemu *tree-strikes* wobec domniemych naruszcycieli praw autorskich w Internecie. Przykładem jest Irlandia, gdzie abonent, wobec którego stwierdzono naruszenie praw autorskich przez nielegalne ściąganie dzieł z Internetu, dwukrotnie otrzymuje ostrzeżenia, a kiedy okażą się one nieskuteczne, następuje odcięcie dostępu do sieci. A wszystko to odbywa się bez decyzji, a nawet wiedzy władzy sądowej lub administracyjnej, co czyni regulację bardziej strawną dla opinii publicznej.

O tym, że przyjęcie umowy ACTA może powodować negatywne konsekwencje w zakresie ochrony zdrowia pisze prof. Brook K. Baker z Northeastern University School of Law w artykule *Acta – Risks of Third-Party Enforcement For Access to Medicines*. Konsekwencje te mogą przejawiać się w ograniczeniu handlu lekami zastępczymi lub nieopatentowanymi.

O tym, że im silniejsza ochrona własności intelektualnej, tym większe zagrożenie prywatności, pisze Prof. Alberto J. Cerda Silva z Wydziału Prawa Uniwersytetu Chilijskiego, w artykule *Enforcing Intellectual Property Rights by Diminishing Privacy: How the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Jeopardizes the Right to Privacy*. Autor rozpatruje cele ACTA i przewidzianą w tej umowie ochronę prywatności. Celem umowy ma być zwalczanie cyfrowych fałszerstw oraz piractwa, jednakże konstrukcja umowy

wskazuje, że ostrze podejmowanych działań bardziej dotknie szarego, przeciętnego użytkownika Internetu niż organizacje przestępcze, które tę działalność uprawiają.

Silva krytycznie ocenia poziom ochrony prywatności przewidziany w umowie, gdyż: 1) ACTA przewiduje poważne i bezprecedensowe uszczuplenie prywatności i ochrony danych za cenę ochrony własności intelektualnej, 2) nie gwarantuje w sposób należyty prawa do prywatności, 3) zachęca państwa, by przyznać większy dostęp do danych osobistych użytkowników Internetu, niż zezwalają na to obowiązujące systemy wewnętrzne prawa, 4) pomija określone gwarancje prawne ochrony danych osobowych użytkowników Internetu, by ułatwić dostęp do tych danych, 5) dostarcza operatorom Internetu silnych środków, takich jak *three-strikes*, w celu dyscyplinowania użytkowników, 6) podkreśla ochronę technik cyfrowych, ale nie przewiduje ochrony prywatności i danych osobowych użytkowników tych technik, 7) nie zawiera przepisów zapewniających właściwą ochronę danych osobowych w transgranicznym transferze takich danych.

Nad największym paradoksem tej umowy handlowej zastanawia się Henning Grosse Ruse-Khan z Instytutu Maxa Plancka w artykule *A Trade Agreement Creating Barriers to International Trade?: ACTA Border Measures and Goods in Transit*. W obszernej publikacji analizuje międzynarodową ochronę własności intelektualnej, jaką ma wprowadzić ACTA pod kątem ewentualnego powstawania negatywnych, restrykcyjnych następstw stosowania tej umowy dla międzynarodowej wymiany dóbr, ze szczególnym uwzględnieniem środków stosowanych w medycynie (*generic medicines*). Autor opisuje przykłady zajęć tych środków przechodzących tranzytem przez porty krajów unijnych (Amsterdam). Wywołało to protesty Indii i Brazylii z powodu niezgodności tych zajęć z przepisami Porozumienia WTO w sprawie handlu i ochrony IP (TRIPS). Zdaniem skarżących przepisy TRIPS stanowią nie minimum, ale maksimum tej ochrony i nie należy ich interpretować rozszerzająco. Po analizie przepisów ACTA dotyczących postępowań celnych pod kątem stwarzanych barier dla międzynarodowego handlu autor stwierdza, że takie bariery mogą powstać. Dostrzega też sprzeczność uregulowań TRIPS i ACTA. Pod rządami ACTA zaistniałaby groźba powstania barier międzynarodowej wymiany towarowej, byłaby to umowa tworząca bariery międzynarodowego handlu. Autor dostrzega także konflikt pomiędzy regulacjami ACTA i obowiązującego od 1995 r. innego międzynarodowego aktu prawnego – TRIPS.

Do sedna sprawy zmierza Peter K. Yu z Drake University Law School w artykule *Trips Enforcement and Developing Countries*, w którym stwierdza, że systemem restrykcyjnym *à la* ACTA nie są zainteresowane kraje rozwijające się, a ochrona własności intelektualnej, jaką przewiduje ta umowa, ma być ochroną dalej idącą niż ta, przewidziana w już obowiązującym porozumieniu TRIPS<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Artykuł *The TRIPS Enforcement Dispute* tegoż autora, opublikowany w „Nebraska Law Review” 2011, vol. 89 i „Drake University Law School Research Paper” 2011, nr 11–16, wskazuje rozbieżności pomiędzy systemami ochrony własności intelektualnej w ChRL i USA. W raporcie sporządzonym po panelu w WTO w 2009 r. ChRL odparła zarzuty USA, jakoby nie przestrzegała praw własności intelektualnej.

O słabych stronach wprowadzonego w 1995 r. systemu ochrony własności intelektualnej ten sam autor pisze w artykule *TRIPS and its Achilles' Heel*, opublikowanym w „Journal of Intellectual Property Law” 2011, vol. 18 oraz „Drake University Law School Research Paper” 2011, nr 11–31. Z okazji 15-lecia wprowadzenia TRIPS starał się wyjaśnić, dlaczego TRIPS nie zdołało zapewnić efektywnej, globalnej ochrony praw własności



Jakie mogą być skutki wprowadzenia ACTA dla najbiedniejszych mieszkańców świata zastanawia się również Andrew Rens z Duke University School of Law w artykule *Collateral Damage: The Impact Of Acta And The Enforcement Agenda On The World's Poorest People*. Tryb prac nad projektem spowodował, że jedne z największych demokracji świata – Brazylia i Indie – znalazły się poza negocjacjami, chociaż warunki ACTA narzucono im w końcowej fazie. Negocjacje traktatu prowadzono tajnie. Utrudniło to krajom rozwijającym się śledzenie procesu, co sygnalizowano drogami dyplomatycznymi. Autor dzieli skutki przyjęcia ACTA na krótko-, średnio- i długodystansowe. W krótkim okresie kraje rozwijające się doświadczyłyby takich środków ochrony jak zajęcia dóbr w tranzycie, a zwłaszcza nielicencjonowanych leków generycznych, zamiennych wobec licencjonowanych. W średnim okresie kraje rozwijające się zostałyby poddane naciskom, by zaadaptować przewidziane przez ACTA środki ochrony własności intelektualnej, które jednocześnie uniemożliwią ich mieszkańcom dostęp do leków oraz materiałów edukacyjnych. W długim okresie kraje te będą zmuszone zaakceptować ACTA i tym samym wesprzeć handlowe interesy małej, ale potężnej grupy międzynarodowych korporacji, tym samym pozbawiając swoich najbiedniejszych obywateli dostępu do leków i materiałów edukacyjnych.

Jak wcześniej wskazano, „cyfrowe” postanowienia ACTA wzorowane są na amerykańskim *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. Tymczasem w artykule *ACTA's Constitutional Problem: The Treaty Is Not A Treaty* Sean Flynn zwraca uwagę, że w świetle prawa amerykańskiego porozumienie ACTA nie mogłoby mieć statusu aktu równego mocą ustawie, bo w świetle prawa amerykańskiego nie jest traktatem. *The treaty is not a treaty*, bo zawiera regulacje odnoszące się do własności intelektualnej oraz handlu wewnętrznego i zagranicznego, których przyjęcie wymaga zgody Kongresu, a tej nie było. 80 profesorów prawa w liście skierowanym do prezydenta USA wskazało, że podpisanie ACTA było uzurpacją uprawnień Kongresu. To ciekawe, że międzynarodowy akt prawny, którego tak bardzo pożądały amerykańskie korporacje, w samej Ameryce nie miałby mocy obowiązującej.

Jacek Kędziarski

---

intelektualnej. Autor zwraca uwagę, że złożyły się na to uwarunkowania historyczne, ekonomiczne, taktyczne, dyscyplinarne i technologiczne. Zarówno rozwinięte, jak i rozwijające się kraje starały się nakierować Porozumienie TRIPS i cały międzynarodowy system ochrony własności intelektualnej do ich preferencji. Kraje rozwinięte preferują ochronę silniejszą, a kraje rozwijające się tym dążeniom się opierają i narzekają na nakładanie obostrzeń w TRIPS-plus. W konkluzji autor oznajmia o stanie wojny między rozwiniętymi i rozwijającymi się krajami na polu międzynarodowej ochrony własności intelektualnej. Stan porozumienia i współpracy w tej dziedzinie to pieśń przyszłości i nadzieja autora tego artykułu.

Ten sam autor w artykule *Intellectual Property and Human Rights in the Nonmultilateral Era* zwraca uwagę na konflikt pomiędzy ochroną własności intelektualnej a prawami człowieka. Artykuł został opublikowany w „Florida Law Review” 2012, vol. 64, „Drake University Law School Research Paper” 2011, nr 11–04.

Szkodliwy charakter ACTA dla międzynarodowej ochrony własności intelektualnej wskazuje Jeffrey Atik z Loyola Law School Los Angeles w artykule *ACTA and the Destabilization of TRIPS*, opublikowanym w „Loyola LA Legal Studies Paper” 2011, nr 18. Autor zwraca uwagę na już istniejący rozdźwięk pomiędzy krajami rozwijającymi się, oczekującymi mniej, a krajami rozwiniętymi, oczekującymi więcej w tym zakresie. Ponieważ ACTA przewiduje regulacje znacznie dalej idące niż TRIPS, więc siłą rzeczy stanowisko państw rozwijających się wobec tego dokumentu musi być negatywne.

## Klub Motocyklowy Adwokatury Polskiej

W dniu 21 grudnia 2011 r. Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej podjęło uchwałę nr 71/2011, którą powołano Klub Motocyklowy Adwokatury Polskiej, działający przy Komisji Integracji Środowiskowej, Sportu, Turystyki i Wypoczynku Naczelnej Rady Adwokackiej. Jako siedzibę Klubu wskazano miasto Łódź. Opiekę nad działalnością Klubu sprawuje przewodniczący Komisji Integracji Środowiskowej, Sportu, Turystyki i Wypoczynku Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Stanisław Estreich, a komandorem Klubu został wybrany adw. Jarosław Szczepaniak.

Ponadto w dniu 20 stycznia 2012 r. Okręgowa Rada Adwokacka w Łodzi podjęła uchwałę o powołaniu Oddziału Klubu Motocyklowego Adwokatury Polskiej w Łodzi. Na siedzibę Oddziału Klubu wyznaczono siedzibę Okręgowej Rady Adwokackiej w Łodzi.

## IV Ogólnopolski Zlot Motocyklowy Adwokatów

W dniach 24–27 maja 2012 r. w Szklarskiej Porębie odbędzie się IV Ogólnopolski Zlot Motocyklowy Adwokatów „Wiosna Riders 2012” oraz Ogólnopolski Rajd Rowerowo-Pieszy Adwokatów „Wiosna Bike 2012”.

Wielodyscyplinarne imprezy sportowe organizowane przez Klub Motocyklowy Adwokatury Polskiej są już tradycją. W tegorocznym programie, oprócz wycieczek i tras wyznaczonych dla motocyklistów, rowerzystów oraz pieszych, znajdują się również zawody w paintballu, koncert bluesowy w Klubie Jazgot oraz szkolenie zawodowe adwokatów na temat „Zmiany w prawie o ruchu drogowym”. Miłośnicy motocrossu, quadów i pojazdów typu *off road* będą mogli skorzystać ze specjalnie przygotowanych atrakcji fakultatywnych.

Zgłoszenia można nadsyłać do 10 kwietnia br., mailowo na adres [zlot@wiosnariders.pl](mailto:zlot@wiosnariders.pl) lub faksem na nr (42) 632 51 11.

Więcej informacji na temat rajdu znajdują Państwo na stronie <http://www.wiosnariders.pl/>

# Szpalty pamięci

## SĘDZIA STANISŁAW RUDNICKI (1926–2012)

Na cmentarzu przy Osiedlu Stara Miłosna w Warszawie żegnaliśmy 18 lutego br. śp. Stanisława Rudnickiego, Sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku, wieloletniego Prezesa kierującego Izbą Cywilną oraz – jak zauważono na portalu [adwokatura.pl](http://adwokatura.pl) – w pewnym okresie pełniącego obowiązki Pierwszego Prezesa tego Sądu. Uroczystości pogrzebowe rozpoczęte Mszą św. w miejscowym kościele parafialnym cechowała skromność odpowiadająca na pewno woli Zmarłego, którego życie, bogate dokonaniami, charakteryzowało się tą właśnie cechą, połączoną z delikatnością w stosunkach z ludźmi na płaszczyźnie prywatnej i zawodowej. W tej skromności było dostojeństwo, godne znawcy problematyki prawa do grobu.

W periodyku Adwokatury zbędne byłoby przytaczanie artykułów, glos, polemik, komentarzy, zbiorów przepisów i dzieł monograficznych autorstwa Stanisława Rudnickiego. Z niezwykłą pracowitością, przechodzącą w pasję, przedstawiał i objaśniał instytucje oraz pojęcia prawa rzeczowego, zwłaszcza unormowane w ustawie o księgach wieczystych i hipotece, nad którymi pracował jako wyróżniający się sędzia Sądu Wojewódzkiego w Katowicach Wydziału Cywilnego Rewizyjnego. Został wówczas oddelegowany do Ministerstwa Sprawiedliwości i powołany na odpowiedzialną funkcję sekretarza Komisji Kodyfikacyjnej. Praca w Ministerstwie Sprawiedliwości, mimo awansowania w hierarchii urzędniczej, nie satysfakcjonowała sędziego Rudnickiego, dlatego skorzystał z okazji powrotu do Sądu. Początek lat 60. ubiegłego wieku przesądził o dalszej karierze zawodowej. Przede wszystkim oznaczał powrót do Warszawy – miasta dzieciństwa, harcerstwa, nauki w cenionym gimnazjum im. Wojciecha Górskiego, Szarych Szeregów w okresie okupacji niemieckiej, tajnych kompletów z poziomu licealnego, przynależności do Armii Krajowej. Wiadomo, jaki ładunek patriotyzmu i powinności służenia Ojczyźnie wszczepiono w serca młodzieży, której dane było przejść tę właśnie drogę. Przed sędzią, znanym już ze zdolności i pracowitości, otworzyła się możliwość pracy w Biurze Orzecznictwa Sądu Najwyższego, wymagającej doskonałej pamięci, szybkości i należytego poziomu merytorycznego. Po dwóch latach pracy w tym biurze w roku 1972 został wybrany sędzią Sądu Najwyższego. Z okresu pierwszego dziesięciolecia orzekania w Izbie Cywilnej pozostały orzeczenia uzasadniane przez sędziego Stanisława Rudnickiego, będące świadectwem najwyższego kunsztu prawniczego,

a przy tym komunikatywne. Potwierdzały one również wysoki poziom wykształcenia humanistycznego.

Wydarzenia roku 1980 rozbudziły nadzieję na daleko idące przemiany, na uwolnienie naszego życia z gorsetu niechcianej ideologii, która – jak mawiano – odbierała nadzieję na życie wieczne i nie przynosiła szczęścia doczesnego. Sędzia Sądu Najwyższego Stanisław Rudnicki z właściwą sobie energią przystąpił do organizowania komisji zakładowej NSZZ „Solidarność” przy Sądzie Najwyższym, której od 17 grudnia tego roku był przewodniczącym. Po wprowadzeniu stanu wojennego Rada Państwa uchwałą z 14 stycznia 1982 r. odwołała Stanisława Rudnickiego ze stanowiska sędziego, ponieważ  *nadal utożsamiał się z kontrrewolucyjnym działaniem części kierownictwa NSZZ „Solidarność” i nie daje rękopami należytego wykonywania funkcji sędziego Sądu Najwyższego.*

Podobny skutek dotknął Sędziego SN Tomasza Majewskiego. W tym czasie adwokatura (zwłaszcza radomska) przeszła już „czyścić” 1976 r., euforię Nadzwyczajnego Zjazdu Poznańskiego Adwokatów i bała się „jakby trochę mniej”. Nie było zatem wątpliwości co do wpisu na listę adwokatów Izby oraz przyjęcia obu „dysydentów” do Zespołu nr 1 w Grójcu.

Nieomal siedmioletni okres wykonywania zawodu adwokata przez obu świetnych prawników, ich wzajemna współpraca lub zacięte spory – zależnie od procesowej roli – podnosiły poziom wystąpień, przyniosły bliższe poznanie się oraz wzajemny życzliwy szacunek. Ślad tego stanowiska można znaleźć w wywiadzie przeprowadzonym przez panią Alicję Seligę („Kwartalnik Krajowej Rady Sądownictwa” 2011, nr 4), w którym doświadczony Sędzia gorszy się arogancją zdarzającą się jego młodszym kolegom.

Po powrocie do Sądu Najwyższego (1 lipca 1990 r.) sędzia, a zarazem prezes tego Sądu Stanisław Rudnicki z właściwą sobie energią organizował działalność Izby Cywilnej. Pamiętać należy o głębokich zmianach stanu normatywnego dokonanych w 1990 r. oraz o wymianie w tym okresie korpusu sędziowskiego, powodującej, że sędziowie w przeważającej części nie znali się osobiście. Ujednolicenie regionalnych zwyczajów i zdobycie wzajemnego zaufania było zasługą Prezesa Rudnickiego, który dzięki cechom swej osobowości, takim jak pracowitość, życzliwość, sprawiedliwość i takt, uchronił konsolidujący się zespół od zbędnych napięć, utrudniających pracę merytoryczną.

W roku 1995 Prezes SN Stanisław Rudnicki, pełniący obowiązki Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, zaskarżył prawomocny wyrok Wojskowego Sądu w Warszawie, na mocy którego Ryszard Kukliński skazany został na karę śmierci. Podejmując tę decyzję, był świadomy napięć towarzyszących sprawie płk. Kuklińskiego i możliwych ataków na swą osobę. Mimo to, wierny wyznawany wartościom, nie mógł się pogodzić z wyrokiem skazującym oficera polskiego na karę śmierci za zdradę interesów obcego mocarstwa, planującego działania mogące zamienić Polskę w pustynię nuklearną. Po pewnym czasie potwierdzona została trafność jego oceny.

Zakończenie w ustawowym terminie (20 listopada 1996 r.) pełnienia funkcji sędziego wiąże się ponownie z epizodem adwokackim. Emerytowany sędzia Rudnicki został wpisany na listę adwokacką. W ówczesnym stanie prawnym było to możliwe i stanowiło znak szacunku dla tego tytułu zawodowego. Nie wykonywał jednak zawodu adwokata i ostatecznie poprosił o skreślenie z listy adwokatów. Cały swój wolny czas poświęcił pracy autorskiej, koncentrując się przeważnie na zagadnieniach wieczystoksięgowych. Korzystając ze swej szerokiej wiedzy prawniczej i humanistycznej, zabierał głos również

w sprawach z innych dziedzin prawa cywilnego. Wspomnę tu o głosie w kwestii podstaw antropologii i prawa zobowiązań. Jako autor glosy kwestionował dopuszczalność odszkodowania na rzecz matki „zmuszonej do urodzenia dziecka”.

Znana paremia przypisywana Arystotelesowi głosi: *Amicus Plato sed magis amica veritas* i tej zasady przestrzegał sędzia Rudnicki. W okresie sporu o kształt niezawisłości sędziów brak będzie wsparcia Jego autorytetem tezy, że niezawisłość ta jest przede wszystkim funkcją rozumu i charakteru.

Dobrze się stało, że jedno z dwóch przemówień nad grobem Stanisława Rudnickiego wygłosił Prezes Sądu Najwyższego, a drugie przedstawiciel Adwokatury. Zdarzenie to odzwierciedla, z zachowaniem proporcji, obydwie najważniejsze pasje w Jego życiu.

A sędzia Stanisław Rudnicki? Jego dzieła będą jeszcze długo czytane i analizowane. Odszedł jako Byt osobowy, ale przecież świadomie wyznawał:

*W Tobie Panie zaufałem, nie zawstydzę się na wieki!  
Requiescat in pace.*

Zbigniew Strus

Adwokatura Polska  
z głębokim żalem przyjęła wiadomość o śmierci

Śp.  
Sędziego Sądu Najwyższego

## STANISŁAWA RUDNICKIEGO

byłego Prezesa Izby Cywilnej Sądu Najwyższego,  
wybitnego cywilisty, autora wielu ważnych publikacji,  
w latach 1983–1990 powszechnie szanowanego adwokata Izby radomskiej,  
a po roku 1996 także Izby warszawskiej

Bliskim Zmarłego  
składamy wyrazy głębokiego współczucia i szczerego żalu.  
Prezydium NRA  
Redakcja „Palestry”

# I Listy do Redakcji

Wielce Szanowny Panie Redaktorze:

opublikowany w „Palestrze” artykuł p. Bartosza Karolczyka (*Masz prawo zachować milczenie... – V poprawka do konstytucji Stanów Zjednoczonych a prawa osoby podejrzanej, do roku 1966*, nr 9–10/2011, s. 280–291), aplikanta adwokackiego z warszawskiej izby adwokackiej, ma charakter sprawozdawczy: Autor przybliżył w nim regulacje prawa anglosaskiego. Sprawozdawczość przedstawia istotną wartość dla każdego czytelnika, który nie orientuje się w referowanej materii, często z powodu bariery językowej i ograniczonego dostępu do źródeł. Nie zwalnia to jednak Autora tego rodzaju wypowiedzi od zachowania ścisłych wymogów rzetelności warsztatu naukowego. Tam, gdzie w rachubę wchodzi referowanie cudzych poglądów i ustaleń, gdzie bazuje się na cudzych badaniach, wymogi warsztatowe są jednak jeszcze surowsze niż w przypadku tekstu nieopartego na obcych, oryginalnych badaniach. Autor nie ustrzegł się pewnych błędów warsztatowych, które znalazły się w tekście.

Dając „krótki rys historyczny” przywileju ochrony przeciw samooskarżeniu (s. 283), Autor cytuje takie oto pytanie (w kontekście zasady prawa do milczenia): „Czyż rodzice nie starają się wychować swoich dzieci w przywiązaniu do prostych zasad prawdy i sprawiedliwości?” Wskazane przez Autora źródło to artykuł A. W. Alschulera (*A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94 „Michigan Law Review” s. 2625 i n.). Mamy podaną stronę, z której pochodzi cytat: 2625. Na tej stronie nie odnajdujemy jednak cytowanego przez B. Karolczyka pytania A. W. Alschulera. Może gdzie indziej A. W. Alschuler pisze o obowiązkach wychowawczych rodziców? Tak jest w istocie. To nie na s. 2625, lecz na s. 2637 jego tekstu znajdujemy wzmiankę o metodach wychowawczych rodziców. Gdyby chodziło tylko o jeden taki błąd (i tylko o ten jeden błąd), to nie warto byłoby wcale nań zwracać uwagi, przyjmując, że idzie tu o zwykłą literówkę. Jednak kłopot nie polega wyłącznie na tym, że Autor podaje błędny numer strony (nie jest to zresztą odosobniony przypadek, por. niżej). Okazuje się bowiem, że nie jest to wcale – jak podaje B. Karolczyk – cytat z A. W. Alschulera. Wypowiedź ta wyszła spod pióra sędziego W. V. Schaefera (*The Suspect and Society*, Evanston, Northwestern University Press 1967, s. 59, cytat za A.W. Alschulerem). Dalej: nie jest to wcale pytanie, tylko zdanie oznajmujące. Wreszcie zostało błędnie przetłumaczone, bo W. V. Schaeferowi (a nie A. W. Alschulerowi) nie chodzi wcale o „proste zasady prawdy i sprawiedliwości”, w których rodzice starają się wychowywać swoje dzieci, ale o „wpojenie prostych cnót



prawdy i odpowiedzialności" (*parents try hard to inculcate in their children the simple virtues of truth and responsibility*).

Na s. 284 znowu błędne podanie źródła (chodzi o ten sam artykuł A. W. Alschulera): o „zasadzie, że nikt nie może być błędnie przesłuchiwany pod przysięgą w braku [...] tzw. publicznej famy” A. W. Alschuler nie pisze nic ani na stronie 2639, ani na stronie 2640 swojego artykułu. Odniesienie się do pogłosek, wieści opinii publicznej (bo tak chyba należy tłumaczyć łacińskie określenie *fama publica*) jako podstawy przesłuchania pod przysięgą następuje na s. 2644 artykułu A. W. Alschulera.

Nie negując dość abstrakcyjnej i ogólnej wymowy wypowiedzi Autora, że „XIX wiek przyniósł zmiany w procedurze karnej w Anglii” (*Masz prawo*, s. 284), nasuwa się nieodparcie skojarzenie z prawie identyczną wypowiedzią A. W. Alschulera (*A Peculiar*, s. 2655), który mówi o istotnych zmianach w XIX-wiecznej procedurze karnej w Anglii, wiążąc jednak zmiany angielskiej procedury karnej wprost z rolą obrońców/prawników (*within another half century, however, counsel had begun to work a substantial change in English criminal procedure*). Zmiany w angielskiej procedurze karnej Autor tekstu też wprowadzie łączy z rolą wykwalifikowanego obrońcy (prawnika), tyle tylko, że nie wspomina o tym, iż do podobnego wniosku doszedł parę lat wcześniej właśnie sam A. W. Alschuler. Pisze Autor (s. 284, przypis nr 24), że „w Anglii prawnicy uzyskali po raz pierwszy prawo do reprezentowania oskarżonych o zbrodnie w 3. dekadzie XIX wieku”. Być może tak było. Trudno jednak to stanowisko zweryfikować, bowiem Autor nie podaje jego źródła ani żadnych innych danych, które pozwalałyby na zidentyfikowanie źródła. W każdym razie autorzy anglosascy są odmiennego zdania: twierdzą mianowicie, że w Anglii prawnicy uzyskali po raz pierwszy prawo do reprezentowania oskarżonych o zbrodnie sto lat wcześniej, bo już w latach 30. XVIII wieku (A. W. Alschuler, *A Peculiar*, s. 2655: *In England, lawyers were first permitted to represent criminal defendants in ordinary felony trials in the 1730s*, podobnie J. H. Langbein, *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, 92 „Michigan Law Review”, s. 1048: *Although persons accused of ordinary felony began to be allowed counsel in the 1730s, defense counsel did not become quantitatively significant until the 1780s*, por. w związku z tym bardziej sceptyczny co do datowania przypis nr 96 na s. 1069 artykułu Langbeina).

Osobną kwestią jest sprawa autorstwa niektórych poglądów wyrażonych w tekście B. Karolczyka. O ile nie można czynić zarzutów z powodu przytaczania faktów ogólnie znanych, notoryjnych, o tyle prezentowanie cudzych wniosków płynących z tych faktów czy analizy tych faktów i wniosków formułowanych na jej podstawie wymaga już od piszącego rygorystycznego powołania źródła oryginalnej myśli. Tekst tego warunku nie spełnia. Oto trzy, dość wymowne, przykłady.

Pisze Autor, że „analiza ewolucji zasad wyrażonych w XVII w. w takich maksymach, jak *nemo tenetur se ipsum accusare* (od nikogo nie będzie wymagane, aby sam siebie oskarżał) oraz *nemo tenetur prodere se ipsum* (od nikogo nie będzie wymagane, aby sam siebie zdradzał), które przeistoczyły się w sformułowanie Konstytucji [amerykańskiej] («ani żadna osoba nie będzie zmuszana w sprawie karnej, by być świadkiem przeciw same-mu sobie»), by ostateczną formę przyjąć pod postacią jednego z praw *Mirandy* («masz prawo zachować milczenie (...))», skłania do wniosku, że dzisiejsza interpretacja praw wynikających z V Poprawki daleko odbiega od jej początkowych założeń” (*Masz prawo*, s. 284). Nie jest to już tylko sucha konstatacja faktów historycznych – to oryginalna teza

interpretacyjna Autora, którego badania doprowadziły do wniosku o **trójstopniowym** rozwoju prawa do milczenia w prawie amerykańskim w perspektywie historycznej: od ogólnych reguł czy dyrektyw procesowych, które nie miały postaci normatywnej, przez kodyfikację tych dyrektyw w ustawie zasadniczej Stanów Zjednoczonych, aż po orzeczenie *Miranda*. Zbieżną interpretację historyczną przeprowadził też badacz amerykański i wyodrębnił **takie same trzy etapy** historycznej ewolucji prawa do milczenia w prawie amerykańskim (A. W. Alschuler, *A Peculiar*, s. 2638: *The history of the modern privilege against self-incrimination can be divided roughly into three stages, each of them captured by its own distinctive formulation of the doctrine. At the earliest stage, the privilege against self-incrimination was expressed in maxims like Nemo tenetur se ipsum accusare („No one shall be required to accuse himself”) and Nemo tenetur prodere se ipsum („No one shall be required to produce himself” or „No one shall be required to betray himself”). At the second stage, the formulation was that of the United States Constitution: No person „shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.” At the third stage (the modern stage), the warnings mandated by *Miranda v. Arizona* express the general although not universal understanding of the privilege: „You have a right to remain silent”). B. Karolczyk o tej identyczności interpretacji historycznej nie wspomina w swym tekście.*

Pisze Autor: „Należy pamiętać, że do tej pory gdyby oskarżony nie zabrał głosu w swojej obronie, nikt nie zrobiłby tego za niego. W takiej sytuacji, z prokuratorem po przeciwnej stronie, zachowanie milczenia równało się «procesowemu samobójstwu» i źródła historyczne wyraźnie wskazują, że w XVI, XVII i XVIII wieku praktycznie wszyscy oskarżeni zabierali głos na rozprawie”. Te spostrzeżenia (a także sformułowanie o „procesowym samobójstwie”, które, trzeba przyznać, jest zřejme i nośne) ułatwiają zrozumienie daleko idących konsekwencji procesowych zachowania podsądnego (wyboru milczenia na rozprawie). B. Karolczyk podaje źródło tych informacji (*Masz prawo*, s. 284, przypis nr 25). Jest nim artykuł J. H. Langbeina (*The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, 92 „Michigan Law Review”, s. 1047). U Langbeina na cytowanej przez B. Karolczyka stronie znajdujemy wzmiankę o tym, że w angielskim procesie karnym wieków XVI–XVIII gwarancją procesową nie było prawo do milczenia, lecz prawo (a raczej okazja – *opportunity*) do składania wyjaśnień, jednak brak sformułowania o „procesowym samobójstwie”. Cytowane powyżej zdanie B. Karolczyka jest prawie zbieżne ze zdaniem A. W. Alschulera: *So long as defendants were unrepresented, no one could speak for them unless they spoke for themselves. In this situation, a right to remain silent would have been a right to commit suicide. Langbein notes that [...] the evidence is clear that in the sixteenth, seventeenth, and eighteenth centuries virtually all English defendants did speak* (A. W. Alschuler, *A Peculiar*, s. 2654). B. Karolczyk nie podaje jednak źródła i wprowadza do przetłumaczonego tekstu tylko drobne, kosmetyczne poprawki.

Zdania B. Karolczyka (s. 285–286): „Krytycy tej zmiany zarzucali, że uderza ona w «samo serce» przywileju przeciw samooskarżeniu. Podnoszono m.in., że w przypadku gdy oskarżony nie zdecyduje się zeznawać, przysięgli odbiorą to jako przyznanie się do winy, niezależnie od instrukcji sędziego czy komentarzy samych stron. Taka sytuacja podstawi oskarżonego «pod ścianą», narażając go na dokładnie taką presję, przed którą Konstytucja miała chronić. W odpowiedzi na te zastrzeżenia w 1878 r. Kongres uchwalił ustawę, która zabraniała prokuratorowi komentowania faktu odmowy składania zeznań

przez oskarżonego, a także wyciągania z tego faktu jakichkolwiek wniosków na jego niekorzyść” stanowią, poza drobnymi zmianami stylistycznymi, niemalże dosłowne powtórzenie tekstu A. W. Alschulera (*A Peculiar*, s. 2661, 2662): *Opponents contended, however, that the statutes threatened the privilege against self-incrimination. They argued that jurors would view the failure of a lawyer to call his client to the witness stand as a confession of the client's guilt and that the jurors would draw this inference regardless of whatever cautionary instructions they received. In practice, defendants would be pressed to take the oath; they would be subject to precisely the compulsion that state and federal constitutions condemned. [...] In deference to constitutional concerns, most competency statutes, including the federal statute of 1878 provided that the prosecutor could not comment on the failure of a defendant to testify and that no presumption against the defendant would arise from his failure to take the stand.* B. Karolczyk także tutaj nie podaje żadnego źródła. Zresztą pisząc o „krytykach zmiany”, nie wskazuje tych krytyków i nie podaje żadnego źródła. U Alschulera jest powołanie źródłowe (s. 2661, przypis nr 142 wskazujący źródła tej krytyki).

Ten list do Redakcji ma na celu zwrócenie uwagi na konieczność przestrzegania zasad poprawnego warsztatu naukowego, obowiązujących w szczególności autorów tekstów aspirujących do miana tekstów o charakterze „akademickim”.

*Antoni Bojańczyk*

# TABLE OF CONTENTS

<i>Monika Strus-Wołos</i> , advocate, Ph.D., member of Polish Bar Council's Presidium (Grójec-Warszawa) A child's closed eyes .....	7
<i>Romuald Kmieciak</i> , Prof. Ph.D. habilitated, Maria Curie-Skłodowska University (Lublin) Life sentence abroad and the <i>exequatur</i> procedure in Poland .....	9
<i>Jan Widacki</i> , advocate, Prof. Ph.D. habilitated (Kraków) Assessment of truthfulness of the interrogated in criminal procedures .....	13
<i>Olga Mazur</i> (Kraków) Wrongful convictions in Poland as seen by prosecutors and policemen .....	19
<i>Paweł Michał Lech</i> , advocate (Warszawa) The fruit of a poisonous tree in criminal procedure. Illegally obtained evidences .	34
<i>Czesław Paweł Kłak</i> , Ph.D., senior lecturer of University of Rzeszów (Rzeszów) Complaint about lengthiness of proceedings vs. solutions accepted in selected European countries as "legal remedies" for excessive lengthiness of proceedings – similarities and differences (part 1) .....	49
<i>Piotr Wiatrowski</i> , Ph.D., University of Economics (Kraków) Qualified types of venality in the criminal code of 1997 .....	58
<i>Marian Liwo</i> , Ph.D., advocate (Rzeszów), <i>Edyta Nowosiadły-Krzywonos</i> , advocate (Rzeszów) Mediation instead of a court in labour law .....	69
<i>Marcin Hemerling</i> , legal adviser, candidate for doctor's degree (Warszawa) The legal aspects of marital joint ownership of bigamous matrimony and its division after the marriage dissolution .....	80
<i>Piotr Rodziewicz</i> , candidate for doctor's degree of University of Wrocław, legal adviser's trainee (Wrocław) Several remarks on entry into land register positive material validity effect .....	92
<i>Paweł Czubik</i> , Ph.D., senior lecturer of Jagiellonian University (Kraków), <i>Ewa Kamarad</i> , candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków) Legal action on the disposition of the part of the inheritance (the disclaimer of inheritance with an indication of purchaser) made under a foreign law – case study ....	101
<i>Małgorzata Janiszewska-Michalska</i> , Ph.D. (Poznań) Discrepancies in the jurisprudence of administrative courts in matters of appropriate constructions supervisors .....	110
<i>Dominik Gajewski</i> , advocate, Ph.D. (Warszawa-Lublin) Instruments preventing the phenomenon of tax avoidance – chosen issues .....	127
<i>Radosław Rycielski</i> , advocate (Warszawa) Taxation of income on selling bonds and credits form bill of exchange .....	135
POINTS OF VIEW	
<i>Maciej Łaszczuk</i> , advocate (Warszawa) About the form of correction and interpretation of a sentence of the arbitration court	142
THE BAR TODAY AND TOMORROW	
<i>Paweł Kuczma</i> , Ph.D. (Polkowice) A lawyer as a profession of public trust in the Constitutional Tribunal's jurisdiction	146

GLOSSES	
<b>Barbara Nita</b> , Ph.D. habilitated (Kraków–Warszawa)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 29 <sup>th</sup> March, 2011, III KK 365/10 . . . . .	158
<b>Miłosz Kościelniak-Marszał</b> , advocate (Częstochowa–Opole)	
Gloss to the sentence of Supreme Court of 9 <sup>th</sup> November, 2010, WA 31/10 . . . . .	164
<b>Magdalena Zwolińska</b> , advocate, Ph.D. (Warszawa–Kraków)	
Gloss to the resolution of Supreme Court of 8 <sup>th</sup> April, 2009, IV KK 407/08 . . . . .	169
<b>Piotr Ostapa</b> , legal adviser, candidate for doctor’s degree of Warsaw University (Warszawa)	
Gloss to the resolution of Supreme Court of 27 <sup>th</sup> June, 2008, III CZP 50/08 . . . . .	176
<b>Karol Skrodzki</b> , advocate, assistant of University of Białystok (Białystok)	
Gloss to the resolution of Supreme Court of 21 <sup>st</sup> July, 2010, III CZP 23/10 . . . . .	183
RECENT JURISDICTION	
<b>Marek Antoni Nowicki</b> , advocate, lecturer of Collegium Civitas (Warszawa)	
European Court of Human Rights – review of jurisdiction (October–December, 2011)	189
THE BAR’S HISTORY PAGES	
<b>Witold Okniński</b> , judge of Administrative Court (Warszawa)	
Lawyer’s identity cards as a contribution to the Bar’s history . . . . .	199
<b>Waldemar Bednaruk</b> , Ph.D. habilitated, senior lecturer of Catholic University of Lublin (Lublin)	
On the causes of barratry among gentry . . . . .	205
REVIEWS AND NOTES	
<b>Monika Całkiewicz</b> , <i>Modus operandi sprawców zabójstw</i> (Modus operandi of murder perpetrators)	
<b>Dariusz Charko</b> (Stare Juchy) . . . . .	214
<b>Ronald Irving</b> , <i>„The Law is a ass”. An illustrated anthology of legal quotations</i>	
<b>Maciej Jońca</b> , Ph.D., senior lecturer of Catholic University of Lublin (Lublin) . . . .	217
<b>Jacek Jankowski</b> , <i>Informatyka prawnicza</i> (Legal IT)	
<b>Jacek Petzel</b> , Ph.D., assistant professor, Warsaw University (Warszawa) . . . . .	219
SIMPOSIUMS, CONFERENCES	
<b>Magdalena Trzebicka</b> , advocate’s trainee (Gdańsk), <b>Maciej Czerwiński</b> , advocate’s trainee (Gdańsk)	
Third Polish–German Conference “Lawyers’ Dialogue”, Gdańsk, 20 <sup>th</sup> –22 <sup>nd</sup> October, 2011 . . . . .	226
<b>Andrzej Malicki</b> , advocate, dean of District Bar Council (Wrocław),	
<b>Anna Malicka</b> , advocate’s trainee, candidate for doctor’s degree of Wrocław University (Wrocław)	
Conference of the Bar of Wrocław, “The Bar as a participant of the legislative process”, Wrocław, 2 <sup>nd</sup> December, 2011 . . . . .	235
<b>Paweł Libertowski</b> , candidate for doctor’s degree of Adam Mickiewicz University (Poznań)	
Conference “Public legal aid in criminal procedure in the European Union”, Warsaw, 5 <sup>th</sup> –6 <sup>th</sup> December, 2011 . . . . .	240
<b>Aleksandra Zalewska</b> , Press Office of Polish Bar Council (Warszawa)	
Conference “Effective legal protection against discrimination of women”, Warsaw, 10 <sup>th</sup> December, 2011 . . . . .	245

<i>Katarzyna Szczepańska</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Adam Mickiewicz University (Poznań) Conference "The Union summing up of the year 2011", Kraków, 13 <sup>th</sup> –15 <sup>th</sup> January, 2012 .....	248
THE BAR CHRONICLE	
From the meetings of Polish Bar Council's Presidium .....	253
Review of events (January–March 2012)	
<i>Joanna Sędek</i> , Head of Press Office of Polish Bar Council (Warsaw) .....	256
<i>Andrzej Bąkowski</i> , advocate (Warsaw) Evening of magic of the Galician Bar, art and culture in Warsaw .....	259
29 <sup>th</sup> Skiing Championship of the Bar, Krynica-Zdrój, 16 <sup>th</sup> –19 <sup>th</sup> February 2012	
<i>Jerzy Zięba</i> , advocate, Dean of District Bar Council (Kielce) .....	262
TRAINEE'S VOICE	
<i>Maciej Bocheński</i> , advocate's trainee, candidate for doctor's degree of Jagiellonian University (Kraków) Towards the restorative justice .....	265
<i>Monika Magdalena Dębska</i> , advocate's trainee (Warszawa) Legal aspects of <i>Zemsta</i> by Fredro .....	275
FROM THE LIFE OF THE LOCAL BARS	
THE BAR OF KRAKÓW	
New initiatives in professional development in the Bar of Kraków	
<i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , advocate (Kraków) .....	287
Jubilee of Janusz Ładoś, advocate	
<i>Stanisław J. Jaźwiecki</i> , advocate (Kraków) .....	288
VARIA	
<i>Jacek Kędzierski</i> , advocate (Łódź) From TRIPS to ACTA – around the international intellectual property protection system .....	289
COLUMNS OF MEMORY	
Judge <i>Stanisław Rudnicki</i> (1926–2012) <i>Zbigniew Strus</i> , retired judge of Supreme Court (Warszawa) .....	295
LETTERS TO EDITORS	
<i>Antoni Bojańczyk</i> , Ph.D., senior lecturer of Cardinal Stefan Wyszyński University (Warszawa) [On the research methodology] .....	298





# Kup Apartament idealny na biuro

450 m do stacji metra „Rondo Daszyńskiego”  
900 m do Złotych Tarasów  
20 minut spacerem do Pałacu Kultury i Nauki

- najlepsza cena w centrum!
- niskie koszty utrzymania
- recepcja i monitoring 24h
- podziemny garaż
- granitowe płyty, kamienne fontanny w każdym holu

**PAŃSKA 96**  
APARTAMENTY



Biuro Sprzedaży:  
ul. Pańska 96, lok. 105  
00-837 Warszawa  
tel. +48 22 40 225 75  
tel. +48 22 40 225 95

[www.acciona-nieruchomosci.pl](http://www.acciona-nieruchomosci.pl)

*W numerze między innymi:*

**ROMUALD KMIĘCIK**

Skazanie za granicą na karę dożywotniego  
pozbawienia wolności a procedura *exequatur* w Polsce

---

**PAWEŁ MICHAŁ LECH**

Owoce zatrutego drzewa w procesie karnym.  
Dowody zdobyte nielegalnie

---

**JAN WIDACKI**

Próby weryfikowania prawdomówności w procesie karnym

---

**OLGA MAZUR**

Niesłuszne skazania w Polsce  
w opinii prokuratorów i policjantów

---

**MAŁGORZATA JANISZEWSKA-MICHALSKA**

Rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych  
w sprawach właściwych organom nadzoru budowlanego

---

**DOMINIK GAJEWSKI**

Instrumenty przeciwdziałające zjawisku  
unikania opodatkowania – wybrane zagadnienia

---

**MACIEJ ŁASZCZUK**

O formie sprostowania i wykładni wyroku sądu polubownego

---

**PAWEŁ KUCZMA**

Adwokat jako zawód zaufania publicznego  
w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

---